

CALIDAD DE LA LEY, EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO Y ARGUMENTOS ECONÓMICOS

Quality of the Legislation, Regulatory Impact Assessment and Economic
Reasons

Pedro MERCADO PACHECO

Universidad de Granada
pmercado@ugr.es

Fecha de recepción: 7/11/2013

Fecha de aceptación: 15/12/2013

RESUMEN

El artículo aborda la cuestión de cuál es el valor que deben de atribuirse a las razones económicas en la justificación racional de una decisión legislativa y cuál es el papel que el análisis económico del derecho puede jugar en la evaluación *ex ante* y *ex post* de la legislación. En concreto, se señalan las potencialidades y las limitaciones del uso del instrumental del análisis económico del derecho en los hoy obligados estudios de impacto normativo. Se concluye con una reflexión de fondo sobre si el coste de las distintas opciones legislativas puede constituir una razón suficiente para la toma de decisiones políticas.

Palabras clave: teoría de la legislación, calidad de la ley, impacto normativo, análisis económico del derecho.

ABSTRACT

The present article focuses on the question of what value should be attributed to economic reasons in the rational justification for a legislative decision and what role *law and economics* can play in the *ex ante* and *ex post* evaluation of legislation. In particular the potential and limitations of using *law and economics* tools in the now obligatory regulatory impact assessment are indicated. It concludes with a detailed consideration of whether the cost of the various legislative options may be a sufficient reason for making policy decisions.

Key words: theory of legislation, quality of the legislation, regulatory impact assessment, law and economics.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy parece existir un consenso casi unánime en subrayar que no solo es importante lo que dicen las leyes sino lo que consiguen, que es necesario conocer si el comportamiento de sus destinatarios se acomoda o no a sus previsiones, cuáles son sus consecuencias y efectos, y cuál es el coste de la consecución de sus objetivos.

A ello se añade que la reciente reforma constitucional y la inclusión de la regla del equilibrio presupuestario en el artículo 135 de la CE, directa o indirectamente, refuerza los deberes ya constitucionalizados de economía y eficiencia de la acción de los poderes públicos y fuerza a un uso “racional” de los recursos públicos que, en general, viene a otorgar un nuevo peso a las razones económicas en la argumentación legislativa.

Por otro lado, una de las novedades más importantes en el ámbito de la teoría de la legislación ha sido el desarrollo en las últimas décadas de un renovado movimiento por la calidad de la ley. En este movimiento destacan, por su trascendencia para nuestro ordenamiento jurídico, los programas de mejora regulatoria de la OCDE y de la Unión Europea que han impulsado de forma muy significativa el debate sobre la calidad normativa y han institucionalizado nuevos principios de buena legislación y nuevos instrumentos técnicos de mejora regulatoria en los que la evaluación del impacto económico de las normas cobra un protagonismo principal.

En este nuevo contexto, ¿qué valor tienen las razones económicas en la justificación racional de una decisión legislativa? ¿El coste de las distintas opciones legislativas puede constituir una razón suficiente para la toma de decisiones políticas?

Para dar respuesta a estos interrogantes de hoy quizás pueda ser de interés acudir al hoy ya no tan novedoso “análisis económico del derecho”. El problema del coste del derecho, el significado económico de la regulación jurídica, y las consecuencias que para la teoría y la práctica del derecho implicaba tomarse en serio estas cuestiones estaban en el núcleo del programa originario del movimiento del “análisis económico del derecho” o *law and economics* (en adelante, AED).

Lo que intentaré llevar a cabo en este trabajo es intentar mostrar cuales son las aportaciones mas importantes que el análisis económico del derecho pueda hacer a una teoría de la legislación que, más allá de los problemas de técnica legislativa, centre su atención en la argumentación racional y en los nuevos instrumentos de calidad de la ley. En concreto, trataré de ilustrar cuál es el papel que el AED puede jugar en la evaluación ex ante y ex post de la legislación y cuáles son las potencialidades, pero también las limitaciones del uso del AED en los hoy obligados estudios de impacto normativo.

2. EL JURISTA Y LA “PROSA ECONÓMICA”

Hablar hoy del AED creo que no es una cuestión de moda como pudo serlo en su momento. Paulatina y silenciosamente, casi sin estruendo, estudiosos y

prácticos del derecho han tenido noticia o adquirido un conocimiento, al menos a nivel elemental, de lo que es el AED¹. Como tal identificamos una corriente teórica surgida en los Estados Unidos y que tiene como característica definitoria la aplicación de las categorías, los instrumentos y el método de la ciencia económica en la explicación y evaluación de las instituciones del sistema jurídico.

Al margen de los desarrollos y de las aportaciones concretas tanto en su vertiente de análisis *positivo* (análisis de los efectos económicos de las normas jurídicas y explicación del derecho del *common law* como un derecho eficiente), como en su versión *normativa* (cuáles sean los valores que desde el punto de vista económico debe perseguir el derecho, la consideración de la eficiencia como un valor o los necesarios equilibrios o *trade offs* entre eficiencia y equidad), los puntos fuertes —como en otras ocasiones anteriores hemos subrayado²— de esta peculiar mediación normativa de lo económico sobre lo jurídico que el AED nos presenta serían los siguientes:

a) En primer lugar, el AED supone una *reformulación de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica*. El núcleo teórico del AED que comparten todos los juristas-economistas, sea cual sea la tendencia en la que se inscriban o las ideas que los diferencien entre sí, es que la teoría económica constituiría una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. El derecho influye económicamente en el comportamiento humano porque fija precios para los distintos cursos de acción y la teoría económica predice que los individuos elegirán sus cursos de acción en función de este precio³.

El sistema jurídico aparece reformulado como un *sistema de incentivos y rémoras* que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho. Las normas jurí-

1. Hoy podemos decir que el AED ha alcanzado un nivel de institucionalización y difusión aceptable, aunque desigual, en nuestro país. En muchas facultades de Derecho (y en muchos de los planes de estudio de los grados de Economía y de Administración y Dirección de Empresas) de las universidades españolas, públicas y privadas, existen asignaturas específicas dedicadas al AED, bien como materia obligatoria en los programas de “Economía política” o bien como asignatura con entidad propia. Esto ha permitido que en la práctica casi todos los licenciados en derecho en nuestro país al menos tengan noticia de las tesis fundamentales del AED.

2. Me refiero principalmente a mi trabajo, Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

3. Existen dos formas a través de las cuales el derecho influye en la conducta: a) el derecho fija precios para determinadas conductas (una regla de responsabilidad en el ámbito del tráfico no es sino el precio de conducir cuidadosamente), una obligación jurídica impone un coste a la persona obligada, y la teoría económica predice que los actores motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio; y b) el derecho, en tanto que sanciona una determinada estructura de derechos, especialmente en lo que respecta a los derechos de propiedad, tiene una influencia directa en la eficiente asignación de los recursos de una sociedad. Diferentes estructuras de derechos determinarán diferentes incentivos en la conducta de los individuos (un régimen de propiedad privada o un régimen de propiedad pública determinan un distinto uso de los recursos afectados por esa regulación jurídica), *ibid.*, pp. 33 y 224 y ss.

dicas incentivarían y desincentivarían mediante el establecimiento de los “precios” de las distintas alternativas de acción, los resultados congruentes con los objetivos previstos en la norma. Lo que distingue al AED es asumir una perspectiva en la que el concepto, contenido y estructura de la norma como elemento central de la reflexión jurídica deja paso a una concepción del derecho en la que el elemento central es la acción racional de los individuos ante las normas jurídicas. O lo que es lo mismo, que la teoría del derecho reposa sobre y necesita de una *teoría de la acción*. Otra cuestión es la teoría de la acción racional asumida por el AED que no es otra que la del modelo de acción racional del *homo oeconomicus* de la teoría económica neoclásica.

b) El otro pilar constitutivo del AED, no residía ya en un cambio epistemológico de relación entre ciencia jurídica y ciencia económica, sino en la reformulación de las relaciones entre sistema económico y sistema jurídico, entre economía y derecho, Estado y mercado; y en la reformulación de la *función económica del derecho*, esto es, su concepción como *mecanismo de asignación y distribución de recursos*.

El AED nos aporta una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico que parte del reconocimiento de la *función constitutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico*. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía tal y como era vista en la ideología liberal del *laissez faire*. Detrás de las aportaciones de Ronald Coase, Guido Calabresi, de los teóricos de la escuela de los *property rights* o de la “economía institucionalista” latía una idea común y simple: *en la realidad de un mundo complejo, donde los costes de transacción impiden el funcionamiento de los mercados de competencia perfecta, el sistema institucional asume un papel económico determinante en la asignación eficiente de los recursos*. No hay mercado donde no existe derecho, donde no existen instituciones adecuadas para su funcionamiento. El derecho se convierte en factor de producción, o por expresarlo en otros términos, el entorno jurídico-institucional del mercado se convierte en un factor decisivo para el desarrollo económico.

Estos eran los pilares centrales de un enfoque que partía de una concepción instrumentalista y pragmática del derecho como medio para la consecución de fines sociales y que entroncaba con una tradición realista en el pensamiento jurídico norteamericano, desde la que se presentaba como un programa de renovación de la propia ciencia jurídica.

Ahora bien, esa renovación también tenía sus costes que desde el inicio fueron señalados y criticados. Una crítica que yo centraba en tres aspectos: el reduccionismo metodológico de un modelo de racionalidad basado en el modelo del *homo economicus*, la sacralización del mercado y la entronización —al menos en la versión posneriana— de la eficiencia económica como fin del derecho⁴.

4. *Ibid.*, especialmente capítulo quinto.

Muchas cosas han cambiado desde entonces. En primer lugar, y de forma más notoria, el contexto social, económico y político en que se enmarcaba este movimiento. El AED se gestó en el punto más álgido del debate sobre la crisis del *welfare state*. La desmitificación de la intervención estatal en la esfera económica y social sacó a la luz los costes de la acción del Estado y sirvió de fundamento a la primera oleada de políticas desreguladoras de los años ochenta. En ese contexto era fácil comprender, identificar y “etiquetar” las tesis y propuestas normativas del AED y la de sus críticos. Por el contrario, el debate sobre la crisis del Estado del Bienestar se desarrolla hoy en el marco más general y complejo del proceso de globalización. El contexto actual es el de la mundialización de la economía, el declive del Estado nación soberano, la emergencia de nuevas y complejas formas de gobernanza y de regulación jurídicas en el que nuevos poderes normativos (públicos y privados, supra e infraestatales) emergen para hacer frente a la complejidad de nuevos problemas económicos y sociales como el de la regulación de los mercados y la sostenibilidad de las políticas sociales en una economía globalizada, o el de la crisis ecológica y las diferentes problemáticas asociadas a la sociedad del riesgo.

En segundo lugar, y en parte debido a este cambio radical en el contexto económico social y político, el debate sobre el AED se ha ido progresivamente “des-ideologizando”: ha pasado de ser considerado un enfoque o movimiento “etiquetado”, como “neoliberal y conservador” en política, y “economicista” en el ámbito del conocimiento (por su pretensión de convertir la economía en teoría general del comportamiento humano) a ser considerado “una metodología más” a disposición del jurista⁵.

Sin embargo, pasadas más de dos décadas desde los primeros trabajos de recepción en nuestro país, hay que reconocer que en el interior de la cultura jurídica el impacto de este enfoque económico ha sido minoritario. El nivel de implantación del AED y el número de profesionales e investigadores especializados

5. Vid. I. Ortiz de Urbina, “El análisis económico del derecho ¿método útil o ideología nefasta?” en C. Courtis y M. Atienza (coord.) *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 321-348. Un ejemplo de este proceso puede ser ilustrado con lo que, con indudable acierto, define Iñigo Ortiz de Urbina como el “viaje de la eficiencia”. En sus inicios en los Estados Unidos y en su recepción posterior en Europa, la tesis que suscitó una crítica más virulenta en el interior y en el exterior del propio movimiento pero sobre todo desde fuera del AED, fue la defensa por parte de R. Posner de una concepción de la justicia basada en la eficiencia entendida como maximización de la riqueza. Hoy, ese intento ambicioso de dotar a la eficiencia de un robusto fundamento ético-normativo ni siquiera es ya mantenido por su propio autor que, en la evolución posterior de su pensamiento hasta desembocar en una versión un tanto *sui generis* del pragmatismo jurídico, ha acabado por justificarla en términos instrumentales es decir, el valor de la eficiencia en tanto que instrumento para la consecución de fines sociales. En esta variable instrumental, se actúa eficientemente cuando con los medios de que se dispone se satisface la mayor cantidad de fines o alternativamente, cuando se logra esos fines con el menor coste. La eficiencia deja de ser un valor, sino que se ocupa de determinar que cursos de acción son los más adecuados para la consecución de otros valores. La eficiencia ha dejado de ser un criterio de evaluación normativa y ha pasado a ser un instrumento al servicio de tales criterios y, por tanto, ha viajado desde el análisis normativo-ético al normativo-técnico. *Ibid.*, p. 334.

en el tema está todavía lejos de las expectativas que la recepción del AED hacía previsible hace algunos años. Son pocos los practicantes del AED y los juristas que lo han incorporado en sus agendas de investigación o en su práctica profesional⁶. El “tsunami” principialista, el auge de las teorías de la argumentación, el neoconstitucionalismo, Dworkin y Alexy, Habermas o Ferrajoli..., han centrado progresivamente el debate teórico en España y han desplazado al AED y las cuestiones teórico-prácticas que este planteaba a un lugar, si no residual, sí al menos periférico respecto al “core” o núcleo duro de la cultura jurídica en nuestro país.

En consecuencia, podría pensarse que el AED es una cuestión del pasado, un enfoque y un movimiento pasajero que tuvo su momento pero que sustancialmente ha dejado inalterados los presupuestos de la teoría y de la práctica del derecho en el interior de nuestra cultura jurídica. Pero también hay razones para sospechar que esto puede ser una percepción equivocada.

Hasta ahora la huella del AED en España, y en Europa en general, se ha medido en términos predominantemente académicos, es decir, por su presencia en los estudios e investigaciones convencionales, así como por el número de practicantes o de centros e iniciativas que tienen como base el AED. Sin embargo, la verdadera implantación del AED en nuestra cultura jurídica no ha venido de la teoría sino de la práctica; su influencia no ha sido académica, sino sobre todo política. Instituciones como el FMI, el Banco Mundial o la OMC son hoy las máximas difusoras a nivel mundial de las tesis defendidas por el AED a través de sus políticas liberalizadoras y por la importancia que en las políticas desarrolladas por esos organismos adquiere el entorno jurídico e institucional de los mercados para el buen funcionamiento del sistema económico. La Unión Europea no es una excepción, y son ya muchos los ámbitos de la regulación comunitaria en los que se muestra la inspiración fecunda que los *policy makers* europeos han encontrado en el AED⁷. Y más pronto que tarde, los operadores jurídicos han de estar preparados

6. Hay que reconocer que prácticamente todas las iniciativas en el ámbito del AED han estado capitalizadas por tres grandes grupos: el formado en la Universidad Autónoma de Madrid en torno a Paz Ares y posteriormente Jesús Alfaro; el grupo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona con Pablo Salvador Cordech y Fernando Gómez Pomar como destacados miembros, sin olvidar el trabajo pionero y permanente de Benito Arruñada; y el grupo impulsado por Santos Pastor, primero en la Universidad Carlos III de Madrid (con la creación del Instituto de Derecho y Economía) y posteriormente en la Universidad Complutense de Madrid donde su trabajo junto a Francisco Cabrillo se plasmó en la creación del Centro de Investigación en Derecho y Economía (CINDE). Y aunque el número de investigadores haya aumentado y aparezcan nuevas generaciones de profesionales y académicos practicantes del enfoque y de la metodología del AED, como Iñigo Ortiz de Urbina, Gabriel Doménech, Marta Albert, Francisco Marcos... hay que reconocer que casi todos ellos provienen de los grupos antes citados y que, en la mayoría de los casos, han sido formados en su seno.

7. Especialmente significativa ha sido la influencia en el derecho de la competencia comunitario, pero también en los ámbitos del derecho del consumo, y en la armonización y elaboración de unos principios comunes en el derecho de contratos y de la responsabilidad civil. *Vid.* sobre este tema U. Mattei, Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell’ Europa colonizzata” en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (2003), p. 401.

para implementar unas políticas y una regulación con herramientas distintas a las hasta ahora manejadas en el análisis jurídico convencional.

De no hacerlo, nuestros juristas pueden correr la misma suerte que el personaje principal de la obra *El burgués gentilhomme* de Molière que tras ser ilustrado por su maestro de retórica sobre las dos formas de expresarse, la poesía y la prosa, exclamara sorprendido: “cuarenta años hablando en prosa y yo sin saberlo”. Pueden descubrir que en muchas ocasiones su elegante “retórica poética” de principios, reglas, máximas y argumentos jurídicos se traduce en la fría y descarnada “prosa económica”. En otras palabras, corren el riesgo de descubrir que muchos de los problemas a los que se enfrentan cotidianamente son problemas de naturaleza económica y que llevan mucho tiempo haciendo AED sin saberlo; y, lo que es más preocupante, haciéndolo sin el instrumental técnico que la ciencia económica puede prestarle para realizarlo adecuadamente.

Además, estoy convencido que el manejo de la “prosa económica” puede constituir una herramienta útil y necesaria para el jurista del presente y del futuro. Existen dos factores que avalarían esta afirmación. Uno está relacionado con el “giro argumentativo” en el ámbito de la teoría del derecho que sin duda ha abierto un amplio espacio para la utilización de las argumentaciones económicas en el razonamiento jurídico. El otro factor está relacionado con el renovado interés por la mejora de la calidad de la regulación. En este ámbito, el AED, acompañado de otras disciplinas como la ciencia política y enfoques como el del análisis de las políticas públicas, están replanteando de forma importante los presupuestos de la teoría de la legislación a partir de una visión ampliada y alargada del ciclo y del proceso normativo en el marco del nuevo paradigma de la gobernanza. En este proceso aparecen nuevos instrumentos de calidad de la ley, pero también nuevos criterios de racionalidad y de legitimidad normativa. Qué ventajas pueda ofrecer el AED a la teoría y práctica del derecho en esos dos nuevos escenarios y cuáles puedan ser sus costes o limitaciones es el propósito que intentaré llevar a cabo en los apartados siguientes.

3. EL GIRO ARGUMENTATIVO EN LA TEORÍA DEL DERECHO Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hoy se ha abierto paso como concepción dominante en el ámbito de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho, una “concepción argumentativa del derecho”⁸. En efecto, y abreviando un debate que desborda ampliamente el objeto de este trabajo y que es sobradamente conocido, la argumentación jurídica, especialmente en los Estados constitucionales de derecho, ocuparía el lugar central en la teoría y en la práctica jurídica. De la reducción positivista del derecho a norma hemos pasado a un modelo de derecho mucho más dúctil basado en normas pero tam-

8. Vid. por todos, M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

bién en principios, que abren la teoría y el razonamiento jurídico a la necesidad de la ponderación de argumentos y a la búsqueda de la mejor decisión, o de la más razonable que no es otra que aquel que consigue convencer a la comunidad jurídica por estar basada en las mejores razones. En este nuevo contexto argumentativo y de ponderación de soluciones jurídicas en base a razones, el AED ha encontrado un nicho confortable y seguro, en tanto y en cuanto los argumentos económicos resultan de especial relevancia y convicción en muchos casos por su carácter pragmático y funcional.

En concreto, los argumentos de base consecuencialista, los relativos al problema del coste del derecho, la evaluación de las consecuencias y el análisis del coste-beneficio de las distintas alternativas de solución, han pasado a un primer plano en la toma de decisiones en este nuevo contexto.

Incluso algunos autores apuntan al propio corazón de esta visión argumentativa del derecho, esto es, a los principios y a su ponderación, como un espacio especialmente propicio para mostrar la fecundidad de los instrumentos del AED en el razonamiento jurídico⁹.

Sintéticamente el razonamiento sería el siguiente: si se conciben los principios como mandatos de optimización que ordenan la realización de un valor en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas (Alexy), la aplicación de un principio mediante el juicio de ponderación o la máxima de la proporcionalidad sería en esencia un argumento económico o, al menos, susceptible de ser traducido en términos económicos en todas sus conocidas fases.

Solucionar un conflicto de principios supondría tomar una decisión que no implicase un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, una decisión que maximice su satisfacción global. Pero para ello es necesario averiguar en qué medida se realizarán cada uno de los principios según el curso de acción que se siga, y escoger el curso que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar los costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance: "Así las cosas, se podría pensar que este método jurídico para resolver esta clase de conflictos no se diferenciaría demasiado del propio de la economía (...) también los problemas de aplicación de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias *prima facie* de cada uno de los principios aplicables, donde debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria o excesivamente la realización de cada uno de ellos, una decisión que maximice la satisfacción del conjunto de los mismos"¹⁰.

La conclusión sería que si el problema jurídico de la ponderación puede traducirse en un problema económico, no debería existir ningún inconveniente para

9. *Vid.*, G. Domenech, «Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico», en L. Ortega y S. de la Sierra (coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 159-186.

10. *Ibid.*, p. 160.

utilizar los modelos, los métodos empíricos y el instrumental desarrollado por la ciencia económica durante siglos para tomar decisiones racionales que permitan aprovechar óptimamente nuestros recursos escasos y realizar en la mayor medida de lo posible nuestros diversos fines sociales¹¹.

Además, en esta visión argumentativa del derecho y de la práctica jurídica, los argumentos económicos presentarían en determinados casos y sectores del ordenamiento jurídico una cierta ventaja respecto a otros argumentos y otras formas más tradicionales de razonamiento jurídico. Esa ventaja comparativa residiría en su carácter empírico y cuantitativo. El jurista tradicional estaba en muchas ocasiones abocado a hablar de los efectos de las leyes o de la bondad, la justicia o la oportunidad y necesidad de una determinada decisión, norma o política legislativa basándose simplemente en intuiciones y en presuposiciones no empíricas. El AED, por el contrario, dota de una fuerza pragmática y cuantitativa a los argumentos cualitativos de justicia o injusticia utilizados por el jurista. El AED, al fijar su interés en los efectos que las normas tienen en el comportamiento efectivo de sus destinatarios y en las consecuencias que pudiera tener la adopción de una determinada norma o decisión en términos de eficiencia, de equidad, etc, permite que el discurso jurídico trascienda el mero análisis exegético y sistemático, y las valoraciones intuitivas y escasamente refutables de los argumentos en pro o en contra de una norma¹².

En conclusión, en el contexto de una teoría y una práctica jurídica predominantemente argumentativas, el AED es una herramienta teórica que puede enriquecer de manera muy notable la argumentación del jurista tradicional, haciéndola más pragmática y, desde el punto de vista empírico y cuantitativo, mucho más rigurosa.

Pero esta ventaja comparativa de los argumentos económicos debe tomarse en sus justos términos, esto es, no debe exagerarse el peso de la cuantificación en la preferencia por un argumento. Sin perjuicio de volver sobre este problema, valga por ahora dejar sentado que un argumento jurídico construido sobre datos empíricos puede ser sin duda un buen argumento, pero no implica necesariamente que sea el mejor argumento. Ponderar no es calcular o, al menos, no es solo realizar un cálculo de los costes y beneficios sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de una disposición normativa o de una decisión judicial. Tampoco la medida del cálculo, o sea, la eficacia y eficiencia de las distintas alternativas puede ser el fiel de la balanza que dirima con exclusividad el juicio de ponderación. En

11. “Si los principios jurídicos ordenan la *realización* de algo valioso en la mayor medida de lo *fáctica* y jurídicamente posible, la preocupación fundamental de quienes los aplican deberá ser que sus decisiones logren satisfacer *efectivamente, en el terreno de los hechos*, los correspondientes valores. Su atención deberá centrarse, por consiguiente, en los *efectos reales* de las decisiones jurídicas, *en las consecuencias* que éstas puedan producir *sobre las conductas* y el *bienestar* de las personas, en si tales decisiones contribuyen *realmente* o no al logro de sus objetivos. Y averiguar todo esto constituye un problema empírico. Y para resolverlo convendrá, obviamente, utilizar métodos empíricos”. *Ibid*, p. 162

12. *Vid.* sobre este punto el interesante e ilustrativo artículo de J. Alfaro Águila-Real, “Los juristas —españoles— y el análisis económico del derecho”, *Indret*, 1/2007, p. 7.

los Estados constitucionales de derecho en los que la constitución incorpora un amplio y denso contenido normativo tendencialmente plural y contradictorio, el argumento económico reduce la complejidad de un juicio de ponderación a un ejercicio pragmático e instrumental mediante el que se trata de identificar mediante el correspondiente cálculo de las alternativas la decisión que maximice el fin perseguido. Y aún reconociendo la fuerza y el peso de la argumentación económica, no debe olvidarse, como subraya Atienza, que la racionalidad de los principios no es solo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral¹³.

Pero sobre este particular, y sobre los límites de la utilización de los argumentos económicos en ciertos supuestos volveremos en el apartado final de este trabajo.

4. CALIDAD DE LA LEY, EVALUACIÓN DE IMPACTO NORMATIVO Y AED

Si en el momento aplicativo e interpretativo del derecho la utilización del AED puede ser de interés y utilidad para el operador jurídico, la aportación del AED se me antoja de crucial importancia en la mejora y superación del viejo paradigma normativista, especialmente en lo que hace referencia a las cuestiones de política legislativa y en la creación y evaluación normativas. En este ámbito, hoy se dan una serie de condiciones que pueden favorecer la utilización de las aportaciones del AED para completar una nueva teoría de la legislación que supere los estrechos corsés de la mejora de la técnica legislativa y que, desde una perspectiva integral y multidisciplinar del fenómeno jurídico, permita dar respuestas teóricas a los desafíos de la regulación jurídica de nuestros días, y a la problemática más amplia de la democracia y de la gobernanza, tal y como están siendo definidas en el ámbito europeo.

En este caso, el paso del tiempo creo que ha venido a dar la razón a James Buchanan y a confirmar sus augurios cuando en un antiguo trabajo en el que criticaba duramente la tesis de Posner sobre la eficiencia del *common law*, ya insistía en que el ámbito más propicio para mostrar la fecundidad de la aplicación del enfoque económico al estudio de la realidad jurídica no era tanto el ámbito de la adjudicación o jurisdicción, sino sobre todo el ámbito de la legislación¹⁴.

Por otro lado, una de las lagunas más fuertemente denunciadas en el ámbito de la teoría y de la ciencia jurídica, ha sido la focalización de ésta exclusivamente en el momento interpretativo y de aplicación del derecho. El modelo de jurista, de enseñanza del derecho y de la práctica jurídica continúa centrado en el momento aplicativo del derecho en el que la ley, la norma, es considerada un dato previo, un material básico a partir del cual el jurista despliega sus artes interpretativas, exegéticas, sistematizadoras, argumentativas y retóricas. Los juristas se formaron

13. M. Atienza, "A vueltas con la ponderación", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), pp. 43-59, p. 52.

14. *Vid.* J. Buchanan, "Good economics-Bad law", *Virginia Law Review*, 60 (1974), pp. 483-492.

y se siguen formando en nuestras facultades de derecho para resolver problemas de *lege data* y no de *lege ferenda*, están entrenados para aplicar e interpretar normas jurídicas pero no para crearlas o evaluarlas. Durante mucho tiempo nuestra cultura jurídica ha desdenado el estudio y el cultivo de una auténtica “ciencia de la legislación”, que vaya más allá del estudio de los tradicionales problemas de técnica legislativa, para explorar las condiciones y posibilidades de la argumentación racional en el ámbito legislativo¹⁵.

Y en paralelo a este anhelo teórico y a los esfuerzos por fundamentar una nueva teoría de la legislación, en las dos últimas décadas se ha despertado un enorme interés por la calidad de la ley en el ámbito internacional hasta convertirse en un objetivo fundamental de la agenda política de numerosos gobiernos y organizaciones internacionales. En el contexto europeo, a partir de 1995, tanto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como la Unión Europea (UE), adoptaron iniciativas oficiales en los que se plasmaba su interés político en la mejora de la calidad de la regulación¹⁶.

En particular, la UE ha hecho una apuesta muy fuerte por la política de mejora de la regulación y la ha incluido como prioridad en la renovada Agenda de Lisboa (2001), al considerarla un instrumento indispensable para aumentar la competitividad y promover un crecimiento sostenible y un pilar imprescindible para el futuro de la gobernanza europea. El Informe Mandelkern (2000), y el Libro Blanco de la Comisión sobre Gobernanza europea (2001), pusieron las bases para el desarrollo de un ambicioso plan de mejora de la legislación europea, concretado en el programa *Better Regulation*, que ha sido completado recientemente con el programa *Smart Regulation*¹⁷.

15. En el tema de la argumentación legislativa es imprescindible remitirse al desarrollo del proyecto “Legisprudence” en la obra de L. Wintgens. *Vid.* al respecto en castellano de dicho autor “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003), pp. 261-289 En nuestro país habría que destacar, entre otras, las aportaciones de M. Aienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, y “Argumentación y legislación”, en Menéndez, A., (Dtor.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 89-112; A. Calsamiglia, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *Doxa*, 13 (1993), p. 168; A. Galiana Saura, *La ley: entre la razón y la experimentación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; J. A. García Amado, “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y Libertades : Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 9, julio-diciembre, 2000; pp. 299-317; G. Marcilla Córdoba, *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; y V. Zapatero, *El arte de legislar*. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2009.

16. *Vid.* A. Sánchez Graells, “Movimiento por la calidad de la regulación: iniciativas en el contexto internacional y principios rectores”, *Marco regulatorio y unidad de mercado, Libro Marrón*, Ed. Círculo de empresarios, Madrid, 2006, pp. 285-325.

17. Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor» (2003/C 321/01) de 31.12.2003 y Comunicación de la Comisión «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea» (COM(2005) 97 de 13 marzo de 2005 y Comunicación de la Comisión “Normativa inteligente en la Unión Europea” COM(2010) 543 final, de 8.10.2010. La bibliografía sobre estos programas se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años y la hace prácticamente inabarcable. Para una visión de conjunto *vid.* Radaelli, C. M. and A. Meuwese (2009), *Better Regulation in Europe: between*

El programa de mejora regulatoria es un ambicioso programa que desarrolla tres de los objetivos más importantes de la estrategia de la gobernanza europea: a) la mejora de la *eficacia* de las políticas comunitarias mediante la introducción de cambios en la formas de gobernanza y en los procesos legislativos en los que destaca el rol otorgado al conocimiento experto y a la evidencia empírica en la toma de decisiones; b) en segundo lugar, el aumento de la *competitividad* mediante la reducción de las cargas administrativas y la adopción de regulaciones más eficientes; y, en tercer lugar, en el plano de la *legitimación*, y como medida para paliar el denunciado déficit crónico de legitimidad democrática de la UE, se intenta abrir el proceso legislativo y de toma de decisiones a la participación de los intereses afectados mediante mecanismos de consultas y reforzando los principios de buen gobierno como la transparencia, la responsabilidad y la rendición de cuentas¹⁸.

Este interés creciente en el ámbito internacional por la calidad de la ley no solo es una reacción a los fenómenos de la proliferación o inflación legislativas y a la devaluación de los atributos técnico-formales de la legislación, sino que es expresión de la toma de conciencia a partir de los años noventa, después de la primera oleada privatizadora y desreguladora de los años ochenta, de que un sistema económico eficiente y competitivo depende de su entorno institucional y de la calidad de su regulación. Que en un contexto de globalización económica, de volatilidad y fluidez de las inversiones y capitales, solo una regulación de gran calidad permite aportar beneficios a la colectividad en tanto contribuye al crecimiento económico, atrae inversiones y no supone un obstáculo al funcionamiento del mercado. Una regulación menos onerosa para el sistema productivo, más esencial y eficaz que intervenga solo cuando sea necesario y solo cuando los beneficios superen a los costes; y en el que las medidas no sean impuestas desde arriba en un modelo de *command and control*, sino que sean el resultado de consultas y del dialogo con los destinatarios de las normas.

En esta visión, la calidad de la ley se justificaría en términos funcionales por su estrecha relación con el desarrollo económico. El buen funcionamiento del mercado dependería de su infraestructura jurídica. Este y no otro es el significado de la idea nuclear del AED en su entendimiento de la relación entre economía y derecho a partir de la afirmación de la función constitutiva de la las relaciones económicas que cumpliría el sistema jurídico¹⁹.

Public Management and Regulatory Reform, Public Administration, Volume 87, Issue 3, pages 639-654, 2009; en España cabe destacar, G. Marcilla Córdoba (et al.): *Legislar mejor 2009*. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2009, A. Betancor, *Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2009 y C. Gómez Asensio, *La mejora regulatoria (Better Regulation): Aplicaciones en materia de contratación pública*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2013.

18. Radaelli, C. M. and A. Meuwese (2009), *Better Regulation in Europe...*, op. cit., p. 639.

19. Especialmente ilustrativo es el siguiente extracto de la Comunicación de la Comisión sobre "Legislar mejor..." del 2005: "La Unión Europea ha desarrollado un sofisticado corpus legislativo que sigue contribuyendo al desarrollo económico, a la protección del medio ambiente y a la mejora de los estándares sociales, especialmente con la realización del mercado interior. Ahora bien, a medida que avanzamos hacia esos objetivos, se pone manifiesto que *nuestra forma de legislar determina en gran*

Esta funcionalidad económica de la calidad de la ley para el buen funcionamiento del sistema económico es la idea que late también en el compromiso de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible con la mejora regulatoria, a la que dedica su capítulo primero y en el que establece como principio marco y objetivo político prioritario para los poderes públicos: “el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general”.

Con ello se intenta cumplir con los compromisos europeos en materia de *Better Regulation* y se aporta una base sólida para aunar los progresos tímidos que hasta ahora venía realizando España en el ámbito de la mejora regulatoria. En concreto, se establecen unos principios de buena regulación que deben ser de aplicación a las iniciativas normativas de todas las administraciones públicas que recogen en lo sustancial los principios desarrollados en el ámbito europeo por la OCDE y por la UE y que se convierten en nuevos criterios de legitimación de la legislación y que el artículo 4 de la ley concreta en los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia²⁰. Asimismo, se recogen los instrumentos de que disponen las administraciones para la mejora de la regulación (artículo 5): el análisis *ex ante* de las iniciativas normativas, los procesos de audiencia pública durante su proceso de elaboración y la evaluación *ex post* de las medidas adoptadas.

En este nuevo marco de principios de buena legislación e instrumentos de mejora regulatoria en el que necesariamente habrá de situarse la actual teoría de la legislación, el AED ya está desempeñando un papel protagonista como referente teórico y metodológico en el diseño y justificación racional de las decisiones normativas.

A partir de aquí voy a tratar de apuntar cuáles serían precisamente los ámbitos y los instrumentos en los que se muestra esta especial funcionalidad del AED para servir a los objetivos económicos marcados en esta estrategia de mejora de la calidad regulatoria.

medida la eficiencia de ese avance. La política de mejora de la legislación de la UE está orientada a perfeccionar el marco regulador, mejorar la concepción de la legislación en beneficio de los ciudadanos, reforzar el respeto y la eficacia de las normas y minimizar el coste económico, siguiendo los principios de proporcionalidad y subsidiariedad de la UE” (p. 2).

20. Sobre estos principios *vid.* A. Sánchez Graells, “Movimiento por la calidad de la regulación: iniciativas en el contexto internacional y principios rectores”, *Marco regulatorio y unidad de mercado, Libro Marrón*, Ed. Círculo de empresarios, Madrid, 2006, pp. 285-325.

4.1. Una visión integrada y ampliada del proceso legislativo

A) En primer lugar, el AED utiliza un marco temporal amplio a la hora de enfocar el proceso de toma de decisiones jurídicas que puede ayudar a contemplar el objeto de la teoría de la legislación, esto es, el proceso legislativo desde una perspectiva más amplia y dinámica.

En efecto, la utilización de una teoría de la acción basada en el modelo de acción racional económica implica la introducción en el análisis de los problemas jurídicos del enfoque *ex ante* que caracteriza al análisis económico y que permite predecir las respuestas de los individuos ante los cambios normativos en virtud de sus expectativas sobre el futuro. Para decirlo con otras palabras, mientras el jurista utiliza un *marco temporal estrecho*, es decir, fija su atención en el acto normativo o en el momento en que las acciones individuales infringen determinadas reglas jurídicas, el jurista-economista insiste en la necesidad de encuadrar el acto legislativo en un *marco temporal más amplio*. El AED subraya que el acento debe ser puesto en *lo que está antes de la ley*: la evaluación prospectiva de las decisiones y de las políticas públicas, y *lo que está después*: la reacción efectiva del comportamiento de los destinatarios a los incentivos que la propia norma establece, sus consecuencias y efectos económicos.

En este replanteamiento del proceso legislativo el AED no está solo y se muestra muy cercano a los planteamientos desarrollados en el ámbito de la ciencia política y de los especialistas en análisis de políticas públicas en el marco más amplio de las nuevas formas de regulación y legitimación asociadas al paradigma de la gobernanza. En este nuevo paradigma se parte de una visión mucho más amplia del “ciclo de vida” de la ley, una visión menos *estática* y más *dinámica*, menos centrada en el momento del *acto* legislativo y más en el *proceso* circular y reflexivo de la producción normativa.

Una de las ideas clave para entender la novedad del paradigma de las nuevas formas de gobernanza es la imposibilidad de separar la fase de concepción y diseño de las políticas —la fase de creación normativa— de la fase de su ejecución, implementación y evaluación. Esta visión del proceso legislativo no permite hacer distinciones rígidas entre la promulgación y la aplicación, entre *law making* y *enforcement*, en las que los modelos tradicionales de legitimidad y responsabilidad se basan²¹.

4.2. Evaluación de impacto normativo y AED

Esta versión integrada y alargada del proceso legislativo permite la experimentación de *nuevos instrumentos de mejora de la calidad de la ley* tanto en la fase

21. Sobre este tema me permito la remisión a mi trabajo “Experimentalismo democrático. Nuevas formas de regulación y legitimación del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46 (2012), pp. 37-68.

preparatoria del texto normativo (estudios de impacto normativo, consultas con los *stakeholders* o el asesoramiento de expertos), como en la fase de ejecución, control y evaluación de los resultados de la regulación jurídica²².

Entre todos estos instrumentos, hemos de destacar por su destacado papel protagonista en la política de mejora regulatoria en la UE, y por su especial relación con el AED, los *estudios de impacto normativo*²³.

No sería exagerado decir que la evaluación *ex ante* de la legislación y el enfoque del AED han acabado por conformar un maridaje casi perfecto como instrumentos de la mejora regulatoria. Hemos de aclarar que un estudio de impacto normativo no es solo un análisis prospectivo del impacto económico de la legislación. Por lo menos en el contexto europeo, dicho estudio debe medir también los posibles impactos sociales y ambientales. Pero, por una parte, el papel preponderante que en la justificación de una nueva legislación se ha otorgado a los principios de necesidad y proporcionalidad y, por otra, el uso casi exclusivo de la técnica del coste-beneficio para dotar de fundamento precisamente a esos juicios ponderativos han acabado indentificando en una simbiosis un tanto especial tanto al instrumento —el estudio de impacto— como a la técnica —el AED y, en general, el análisis coste-beneficio.

En resumidas cuentas, el estudio de impacto normativo formaría parte de la evaluación *ex ante* de la norma que debería servir como base fundamental de su motivación o justificación racional. A través de él se busca conseguir que las normas aprobadas sean solo las necesarias, que resulten proporcionadas a las finalidades que persiguen, sean eficaces en el cumplimiento de sus objetivos y comporten el menor coste posible para los ciudadanos y las empresas²⁴.

22. En esta fase han aparecido en escena instrumentos absolutamente novedosos y de *soft law* como el aprendizaje mutuo, la evaluación comparativa, la revisión por pares y mecanismos de supervisión como los informes de seguimiento, la elaboración de indicadores y de rankings de cumplimiento. *Ibid.*, pp. 53 y ss.

23. *Vid.* F. Marcos, “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, en *Revista de Administración Pública*, n.º 179, mayo-agosto, 2009; pp. 333-365 y M. Fernández Picazo y M. Mateo Feito, Evaluación de impacto normativo en España, *Presupuesto y Gasto Público* 68/2012, pp. 111-124.

24. El Real Decreto 1083/2009, de 2 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo en nuestro país, destaca en su preámbulo el “papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo» como justificación primaria de su aportación a la mejora de la calidad de las normas. En consecuencia, el Decreto presta «especial atención a la valoración del impacto económico de las propuestas, entendida como un concepto más amplio que la estimación del coste presupuestario y haciendo hincapié en el impacto sobre la competencia, así como a la adecuación del proyecto al orden constitucional de distribución de competencias». Este protagonismo se plasma en un contenido preceptivo de la memoria del análisis de impacto normativo de las iniciativas legales y reglamentarias, que deberá pronunciarse sobre el «impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas”, según reza el artículo 2.1.d). Un sesgo económico, pues, dentro del cual se otorga especial relieve a la competencia y la reducción de cargas administrativas

En la consecución de este objetivo el AED se presentaría como un aliado especialmente preparado para resolver algunas de las cuestiones más importantes que atañen a cada una de las fases del estudio de impacto normativo.²⁵

A) En primer lugar, el AED puede ser de gran ayuda en la fase inicial de cualquier estudio de impacto normativo que es la fase de *identificación de problemas*. En este punto, el AED, al centrar su atención en el comportamiento de los individuos ante las reglas jurídicas, puede contribuir a esclarecer las causas de un incumplimiento de las normas o de su falta de eficacia. En este sentido un análisis de los incentivos y de las motivaciones de la conducta humana en presencia de normas jurídicas puede explicar el fracaso o la limitada eficacia de determinadas políticas sacando a la luz los sesgos y prejuicios de los agentes económicos que impiden la consecución de los resultados sociales óptimos y que motivan la consiguiente reforma legislativa.

B) Sin embargo, la contribución más propia del AED en la fase de evaluación *ex ante* de la legislación se concreta en proveer a los poderes públicos de argumentos económicos para realizar tres juicios importantes sobre la legislación:

- a) En primer lugar, determinar *qué alternativas políticas son viables*. El impacto normativo de una legislación exige una evaluación previa de factibilidad o viabilidad económica: es necesario tener en cuenta los recursos disponibles y los costes previstos de las distintas alternativas porque ello permitiría descartar aquellas opciones normativas que, aunque desde el punto de vista político pudiesen tener una alta rentabilidad electoral, no sean viables desde el punto de vista económico.
- b) En segundo lugar, el AED puede contribuir a la identificación de entre las consideradas viables, *las propuestas más eficaces y eficientes*. Esta operación exige evaluar cuáles son los cursos de acción que comportan una maximización de los objetivos perseguidos y una minimización de los recursos empleados, esto es, identificar cuál de las opciones, asegurando un mismo nivel de eficacia en la consecución de los objetivos propuestos, es la de *menor coste*.
- c) Y, en tercer lugar, realizando un *balance entre los costes estimados y los beneficios* que se espera alcanzar con la decisión normativa. Esta operación es de especial de interés cuando existen alternativas diferentes, con costes distintos y grados de cumplimiento de los objetivos también divergentes.

25. De acuerdo con su regulación en España a través del Real Decreto 1083/2009 y la Guía Metodológica, el contenido del análisis de impacto se realizaría en torno a los siguientes elementos: identificación del motivo de la actuación, definición de objetivos, la comparación con otras opciones alternativas y, por último, la identificación de los efectos esperables, de su impacto. *Vid.* M. Fernández Díez-Picazo y M. Mateo Feito, Estudios de impacto normativo, *op. cit.*, p. 118.

En la determinación de estos juicios parciales, el AED puede llegar a convertirse en una de las herramientas imprescindibles para evaluar la calidad de una ley no solo términos *técnico-normativos* (rigor lingüístico, claridad expositiva y sistemática, y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico), sino formando parte de un análisis más amplio sobre su *calidad material* que provea de un material empírico riguroso que permita motivar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la norma, especialmente en lo referido a su racionalidad pragmática o instrumental, esto es, realizando un juicio sobre la *eficacia y eficiencia de la norma* a la hora de la consecución de sus objetivos.

4.3. Calidad democrática, buen gobierno y AED

Por último, algunos apuntan a que la introducción del AED y de la técnica del análisis coste-beneficio en los estudios de evaluación normativa no solo se justificaría en razón de su contribución a la evaluación de la eficacia y eficiencia de las normas, sino también por su contribución a la transparencia y coherencia en la toma de decisiones políticas. Es decir, por razones que atañen a su idoneidad para convertirse en instrumentos de mejora de la calidad democrática y de buen gobierno²⁶.

Desde el punto de vista de la transparencia, el estudio de impacto y el análisis coste-beneficio dotarían de mayor publicidad a la acción de los poderes públicos. Pueden servir para evitar fenómenos de “captura del legislador” por parte de los grupos de interés y a hacer más transparente la decisión mediante la información sobre los costes y beneficios de las distintas opciones de regulación. Al mismo tiempo podrían contribuir a un comportamiento más responsable y cauteloso de los poderes públicos a la hora de hacer promesas políticas y de proponer cualquier tipo de medida legislativa. Como argumenta Sunstein, “los poderes públicos podrían optar por proceder incluso cuando los costes exceden los beneficios, pero si lo hacen, debería ser después de recibir la información que brinda el análisis coste beneficio, y si con esa información los entes reguladores optan por imponer

26. *Vid.*, por ejemplo J. Ponce Solé, *El deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, 2001 y sobre todo C. Sunstein, *The Cost-Benefit State*, University of Chicago, Law School, John M. Olin Law & Economics, Working Paper No. 39, May 1996, página 4: “Cost benefit requirements are of course most easily justified on economic grounds, as a way of promoting economic efficiency and thus eliminating unnecessary and wasteful public and private expenditures. But cost-benefit requirements also have strong democratic justifications. Indeed, they can be understood as a way of diminishing interest-group pressures on regulation and also as a method for ensuring that the consequences of regulation are not shrouded in mystery but are instead made available for public inspection and review. Some of the strongest arguments for cost-benefit requirements are not so much economic as democratic in character.”

costos que son desproporcionadamente altos en comparación con los beneficios esperados, deberán explicar porqué eligieron hacerlo”²⁷.

Por otra parte, la evaluación económica del impacto normativo podría contribuir a hacer mucho más creíble y responsable la acción de los poderes públicos. Obliga a las fuerzas políticas y a los poderes públicos a revelar sus objetivos finales, en lugar de esconderse tras una falsa y retórica representación de sus promesas. Un marco institucionalizado, riguroso y sistemático de evaluación legislativa puede contribuir de forma considerable a justificar un marco coherente de objetivos políticos y de medios para conseguirlos, y de medir el grado de cumplimiento de los programas políticos²⁸.

5. ¿COSTES O RAZONES? LOS LÍMITES DE LA RACIONALIDAD ECONÓMICA EN LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS LEYES

Hasta ahora hemos expuesto los beneficios que el uso del AED podría tener en una teoría de la legislación que tuviese por objeto, no solo la mejora de la ley en un sentido técnico normativo, sino también su calidad material, su justificación racional en términos más amplios.

Sin embargo, este potencial heurístico del AED y su contribución al movimiento de mejora de la calidad de la ley no implica por sí mismo que la generalización de la evaluación económica *ex ante* y *ex post*, y la utilización sistemática del análisis coste/beneficio se conviertan en la panacea de una mejor justificación racional de la legislación, que es la impresión que parece desprenderse de muchos de los documentos oficiales y desarrollos teóricos relacionados con la *Better Regulation*.

Creo que habría que adoptar en este punto una actitud más cautelosa y prudente. Que la incorporación del enfoque del AED en el marco de los estudios de impacto normativo se traduzca en una mejora efectiva de la calidad de la ley, dependerá en gran medida tanto de la “calidad” del estudio de impacto normativo, como de la “calidad” del análisis económico del derecho utilizado en su realización.

Sobre este particular, hace dos décadas ya centraba mis objeciones al AED en el reduccionismo de sus premisas, en la visión estrecha de los problemas sociales que nos proporcionaba una metodología basada en la hipótesis del comportamiento racional del *homo oeconomicus*, en la sacralización de las soluciones del mercado y en la preferencia otorgada —al menos en la versión posneriana— a las razones de eficiencia²⁹.

Dos décadas después, creo que gran parte de ese reduccionismo todavía puede explicar algunas de mis reservas sobre las bondades del enfoque económico y,

27. Vid. C. Sunstein, *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, Katz editores, Madrid, 2009, p. 161.

28. A. Renda, *Law and Economics in the RIA world*, 2012.

29. Vid. Pedro Mercado Pacheco, *El análisis económico del derecho...*, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

en concreto, sobre la utilización de la técnica del análisis coste-beneficio como instrumento de la evaluación normativa y de mejora de la calidad de la ley.

La experiencia de la aplicación del análisis coste-beneficio en los estudios de impacto normativo y en la identificación de las opciones normativas que maximicen las ventajas netas para la sociedad, ha mostrado los sesgos producidos por el uso de una concepción de la racionalidad económica basada en el presupuesto metodológico del *homo oeconomicus* que limita en gran parte su potencial heurístico³⁰. Las investigaciones desarrolladas en las últimas décadas en el ámbito de la psicología y de la economía (especialmente en la variante conocida como “*behavioral economics*”) han venido a relativizar la fortaleza de aquellas premisas. Las aportaciones pioneras de Herbert Simon, o las posteriores de H. Kahneman³¹ o de C. Sunstein y R. Thaler³², por citar solo algunos, han dado un golpe casi mortal al presupuesto de la racionalidad de la teoría neoclásica y han mostrado la racionalidad limitada de nuestros juicios, lo limitado de nuestros recursos mentales. Esta racionalidad limitada es la responsable de que en la vida real —no en los modelos econométricos— los individuos realicen elecciones que pudiéramos considerar racionales a corto plazo o en un determinado contexto, pero que serían irracionales si las consideramos en el largo plazo o en contextos diferentes; o que no realicemos elecciones óptimas cuando hay mucho en juego en la decisión; o que la búsqueda racional de nuestro interés en muchas ocasiones sea sacrificado “irracionalmente” de forma voluntaria y altruista para ayudar a los demás. Tomarse en serio estas limitaciones del modelo de acción racional del AED al menos obliga a poner en cuarentena la presunta corrección y objetividad de los cálculos realizados sobre su base, no para desecharlos completamente, pero sí para ser conscientes de sus costes y limitaciones. Unos costes y limitaciones que de forma más concreta, pero también sumaria, paso a desglosar.

Primero.—Creo que no se debería forzar el uso AED y la técnica del análisis coste-beneficio para cumplir tareas para las que, en principio, no está preparado o pensado. En este sentido comparto el argumento de Susan Rose Ackerman, cuando nos advierte de la necesidad de distinguir nítidamente los ámbitos normativos y los tipos de decisiones en los que podríamos utilizar de forma consistente y ventajosa el AED y el análisis coste-beneficio, y los tipos de decisiones en las que no son un instrumento idóneo y en los que su uso, en lugar de servir como

30. A. Renda, *Law and Economics in the RIA World: Improving the use of economic analysis in public policy and legislation*, Intersentia, Cambridge, 2011, cap. 4.

31. Kahneman, D. and A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, *Econometrica*, 47/1979, pp. 263-291 y Kahneman, D. and A. Tversky (eds.), *Choices, Values and Frames*, Cambridge University Press, 2000.

32. Jolls, C., C. R. Sunstein and R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review*, 50/1998, pp. 1471-1550; Sunstein, C. R. and R. H. Thaler (2008), *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

base para justificar una decisión normativa solo puede servir para distorsionarla³³. Ackerman incluye entre estas últimas a las políticas que tienen objetivos distintos a los de la eficacia y eficiencia económicas, como la equidad, la protección de los derechos fundamentales, la lucha contra la pobreza, o aquellas otras que tienen consecuencias macroeconómicas importantes, multigeneracionales y potencialmente irreversibles (riesgos tecnológicos y ecológicos como el cambio climático, los riesgos de la eliminación de residuos nucleares, la pérdida de la biodiversidad, por nombrar solo algunos). En estos casos, el análisis económico puede ayudar a concebir estudios de rentabilidad y a asegurar que los poderes públicos tengan en cuenta todos los costes de oportunidad y todas las ventajas secundarias a la hora de la toma de decisiones. Pero en estos temas las elecciones últimas deben ser realizadas sobre bases distintas a los costes³⁴. Así lo reconoce el propio Cass Sunstein, uno de los principales abanderados de la utilización del análisis coste-beneficio en la evaluación de las políticas públicas: “Para algunas decisiones este enfoque es desacertado. Un buen sistema constitucional es una democracia deliberativa, no una máquina de maximización. Muchos juicios sociales deberían decidirse tras una discusión deliberativa entre ciudadanos involucrados y no mediante la suma de las opciones individuales de los consumidores”. Entre algunos ejemplos ilustrativos, Sunstein cita las políticas de igualdad y de lucha contra la discriminación, la prohibición del acoso sexual, o la protección de especies en extinción, y concluye que en todos estos casos “estaríamos ante cuestiones morales que deben resolverse mediante el debate democrático, no mediante ejercicios de soberanía del consumidor”³⁵.

Segundo.—En consecuencia, el uso del AED y del análisis coste-beneficio debería circunscribirse a la fundamentación y mejora de la calidad de las normas y decisiones políticas que tengan por objeto la regulación del mercado, bien para corregir los fallos de su funcionamiento, bien para la ordenación de determinados sectores económicos y en los que los efectos distributivos no sean especialmente significativos.

Pero aún en estos casos, el AED presenta limitaciones y dificultades de aplicación importantes. Limitaciones que en realidad son *problemas de medida*, y están relacionadas con los déficits del análisis coste-beneficio para integrar en sus cálculos tres problemas o variables diferentes que han sido objeto de un

33. Susan Rose-Ackerman, “Étude d’impact et analyse coûts-avantages: qu’impliquent-elles pour l’élaboration des politiques publiques et les réformes législatives?”, en *Revue Française d’Administration Publique*, n.º 140, 2011, pp. 787-806.

34. *Ibid.*, p. 17. Quizás es en este punto donde los defensores del AED se muestran más belicosos y resistentes. Precisamente argumentan que la novedad y utilidad del enfoque económico es cuando extiende sus modelos y metodología al estudio de fenómenos no explícitamente económicos. Pero en el marco concreto de la teoría de la legislación, a veces la obligada introducción en las memorias de impacto económico medido en costes y beneficios monetarios o cuantificados en una reforma como la del aborto pueden parecer un tanto forzada, cuando no directamente ridícula.

35. *Vid.* C. Sunstein, *Leyes del miedo...*, *op. cit.*, pp. 218-219.

debate profuso e intenso dentro del propio enfoque y que en este momento solo puedo enunciar:

- a) en primer lugar, el análisis económico y el cálculo coste-beneficio operan en el corto y medio plazo y surge el problema de cómo evaluar los costes y beneficios de una medida legislativa a largo plazo, y de si existen o no “tasas de actualización” adecuadas para estimar esos costes y beneficios en el futuro;
- b) en segundo lugar, nos encontramos con los problemas relativos a la integración en el análisis coste-beneficio de las distintas actitudes de los individuos ante el riesgo;
- c) y, en tercer lugar, el problema —quizás más clásico y conocido— de cómo medir en términos monetarios bienes difícilmente mensurables como las vidas humanas, los bienes culturales o los recursos naturales.

En todos estos casos, hay problemas filosóficos de gran envergadura —los derechos de las futuras generaciones, cómo tomar decisiones en situaciones de riesgo e incertidumbre, o la inconmensurabilidad de los bienes culturales o de los ecosistemas— que, aún en el supuesto de que se desarrollen técnicas cuantitativas para integrar esas variables en el cálculo coste beneficio —mediante tasas de actualización, cálculo de probabilidades o mediante la utilización de equivalentes monetarios como el coste de oportunidad o la disposición a pagar en el mercado por un determinado bien—, no tienen una solución adecuada en los estrictos márgenes del razonamiento económico subyacente al AED.

Como contrapartida a este argumento, habría que reconocer que existirán numerosas decisiones legislativas en las que no están involucrados estos aspectos —“casos fáciles”, por utilizar un símil muy extendido— en los que el análisis económico y el cálculo de sus costes y beneficios puede ser imprescindible a la hora de justificar racionalmente una decisión legislativa o administrativa y en los que debería ser un instrumento rutinario y obligatorio en la toma de decisiones por los poderes públicos³⁶.

Tercero.—Otra de las grandes limitaciones del análisis coste-beneficio es que no se ocupa de los efectos redistributivos de las distintas alternativas. Es decir, no se preocupa de *quién gana* y *quién pierde*, quién obtiene los beneficios y quién soporta los costes. En este punto se hace necesario que los poderes públicos, aparte de conocer y evaluar los costos y beneficios de una política determinada, hagan lo mismo con las características particulares que tienen estos costos y beneficios y también las características de los grupos que ganan y que pierden al aplicarse una

36. En muchos de estos casos fáciles la introducción del razonamiento económico es casi una pura cuestión de sentido común, y debe ser tenido en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre, por ejemplo, nuevas infraestructuras y obras públicas (aeropuertos, autopistas, etc.).

decisión normativa³⁷. Una versión más amplia del AED que integrara el impacto distributivo de las distintas alternativas de regulación podría convertirse en una de las tareas más importantes y estimulantes en las que el análisis económico podría contribuir a la teoría de la legislación. Pero de nuevo la realidad de los análisis de impacto normativo tal y como se desarrollan en Europa y en nuestro país muestran que hasta este momento el estudio de impacto económico, que por mandato normativo debería integrarse con el estudio de los impactos sociales y ambientales, ha sido el prevalente y casi exclusivo; y aun cuando en algunas ocasiones se han hecho previsiones sobre el impacto distributivo de las normas se hacen de forma intuitiva sin el rigor que el propio análisis económico puede proporcionar³⁸.

37. C. R. Sunstein, *Cost-Benefit Default Principles*, University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper N.º 104 (2d series), Law School, University of Chicago, June 2001, página 60: "In addition to knowing the benefits and costs of regulation, it is necessary to know who bears those costs and enjoys those benefits, and also the particular nature of those costs and benefits... An ideal cost-benefit analysis would tell us something about the incidence of both costs and benefits. It makes sense to say that the "bottom line" numbers will not be decisive when an incidence analysis shows that those numbers should be adjusted to take account of the identify of the winners and losers".

38. Pongamos un ejemplo referido a la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia. En su memoria de impacto normativo establecía como objetivos básicos de la reforma no el recaudatorio (al menos no prioritariamente), sino sobre todo la reducción de la tasa de litigiosidad en nuestro país para conseguir una justicia más rápida y eficiente y, en consecuencia, garantizar mejor la tutela judicial efectiva. El argumento económico es aparentemente impecable: la finalidad de este tipo de tasas no es sólo recaudar, sino disciplinar la demanda de justicia e impedir su abuso. Se trataría, por un lado, de que contribuyan a sufragar el coste de la Justicia los que más uso hacen de ella y, por otro, de disuadir para que no se acuda a ella cuando no existe motivo lo suficientemente justificado. La tasa busca desincentivar el (mal) uso del servicio público de administración de justicia y reducir su coste y hacerle ganar en eficiencia, evitar el colapso y por tanto garantizar de forma mucho más eficaz la tutela judicial. La memoria de impacto normativo cuantificaba de forma detallada la ganancia económica derivada de la reforma y justificaba la norma no solo en términos de eficiencia, sino en términos de equidad porque las tasas no sería aplicables a los supuestos de justicia gratuita.

Ahora bien, la alta cuantía establecida y la generalidad de la tasa judicial produce un efecto fundamental y es que la tasa disuade de forma indiscriminada. Y una disuasión sin discriminación en este tema puede tener efectos distributivos muy importantes. El problema es que hay gente que merece ser disuadida y otra que no. Y en el actual funcionamiento de la administración de justicia puede suceder que la medida disuada en mayor medida a unos ciudadanos que a otros. Pongamos como ejemplo el de los usuarios y consumidores que se sientan perjudicados por considerar que una comisión bancaria o una cláusula en la formalización de un préstamo hipotecario es abusiva y pretendan acceder a los tribunales para presentar la oportuna reclamación y demanda frente a las entidades bancarias. En este caso, las tasas lo que están haciendo realmente es elevar el coste de reclamar ante los tribunales y, en consecuencia, están reduciendo correlativamente el coste (o el riesgo) para las entidades bancarias de continuar comercializando productos con cláusulas abusivas. Y si anteriormente a la reforma de las tasas los bancos esperaban a que fuesen demandados por sus clientes para modificar sus prácticas, mucho más ahora cuando a las dificultades de éstos para costear un proceso de estas características, se le añaden unas tasas absolutamente desproporcionadas. El banco en cambio podrá asumir una posible apelación y una hipotética condena en costas, dado que no tiene precisamente problemas financieros. Este tipo de análisis de los efectos distributivos sin embargo no suelen estar presentes en los actuales estudios de impacto. Un post muy interesante sobre este tema de Marco Celentani y

Cuarto.—Por último, en un apartado anterior dejábamos apuntado que ponderar no es calcular y que la racionalidad de los principios no es solo una racionalidad instrumental sino político-moral. Si trasladamos este argumento al ámbito del proceso de creación normativa y al peso que deben tener las razones económicas en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos, implicaría asumir que los análisis de impacto normativo y el análisis económico de costes-beneficios son herramientas, no reglas. Son mecanismos para informar la toma de decisiones, pero no constituyen ni prefiguran la propia decisión. La decisión en sí misma es y debe ser un ejercicio de juicio político por parte de los poderes públicos. Ese juicio estará mejor justificado cuanto mejor esté informado por una comparación estructurada y cuidadosa de sus consecuencias, ya sea en los términos de un análisis de “costes y beneficios” o de “impactos positivos y negativos”. Con ello se contribuirá a la transparencia de la toma de decisiones y a evaluar y debatir las razones dadas. Pero la clave del proceso de evaluación *ex ante* y del análisis del impacto económico de una disposición normativa debe ser la de constituir un instrumento para considerar alternativas y consecuencias, para dar razones de las decisiones, en lugar de la cuantificación *per se*. Aún en ese caso el coste esperado de una decisión normativa, será solo eso, *una razón* más junto a otras a ponderar en el proceso legislativo

La evaluación económica de la ley puede contribuir a hacer mejor una ley, pero no creo que pueda ser considerada por sí misma una razón suficiente para elegir una ley y no otra. Puede ayudar, pero no sustituir, la ponderación que habrá de realizarse en el proceso legislativo. El proceso legislativo es o debe ser el proceso institucional en el que se responde a la pregunta última que constituye la tarea central de la política y de la democracia desde sus orígenes griegos, la pregunta acerca de qué ley debe gobernar la ciudad, por qué esta ley y no otra. Y ese debate sobre la mejor ley, añadiría yo, no puede ser hurtado, suplantado o amputado en razón de un cálculo preconstituido sobre la base de una racionalidad económica e instrumental. En estos casos, no es el derecho el que debe ser juzgado sobre la base de su coherencia con la eficiencia del mercado, sino que son los mercados los que deben ser evaluados según su compatibilidad con criterios jurídicos que, en última instancia, son el producto de elecciones políticas.

CONCLUSIÓN

Los estudios de impacto normativo y el AED pueden contribuir a orientar el proceso legislativo en una dirección más pragmática y funcional y a dotarlo de un soporte empírico y cuantitativo, una contribución que, en términos generales, es positiva para la mejora de la calidad de la ley y para su justificación racio-

Fernando Gomez Pomar puede leerse en el blog de Fedea, disponible en <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=26980&cpage=1#comment-38829>.

nal. Ahora bien, esta contribución debería estar sujeta, como hemos visto, a una doble condición: la primera es que el uso del AED y del análisis coste-beneficio en particular debe partir del reconocimiento de sus propios costes y límites a la hora de justificar decisiones normativas; y, la segunda condición, es que el AED se integre como una perspectiva más, una herramienta más, en una evaluación de impacto normativo mucho más compleja, más argumentada e interdisciplinar de la que ahora se está llevando a cabo en el contexto europeo en general y en España en particular. Es decir, se trataría de defender un AED más humilde en sus pretensiones normativas, y una evaluación de impacto legislativo menos cuantitativa y más cualitativa. Un enfoque multidisciplinar que parta del reconocimiento de la racionalidad limitada de los individuos y que contraste y enriquezca sus aportaciones con las de la psicología, la filosofía moral, la teoría política y de la propia ciencia jurídica a la hora de justificar racionalmente las decisiones legislativas en el marco de una concepción de una ciencia de la legislación de más largo alcance.