

L'ANÀLISI ECONÒMICA I EL DRET

ANDREU MAS-COLELL

Catedràtic d'economia de la Universitat de Harvard i Universitat Pompeu Fabra

I. INTRODUCCIÓ

Per més que alguns dels meus millors amics siguin juristes, el cert és que jo, de lleis, en sé molt poc. Començo doncs per fer-vos notar que el títol d'aquesta breu conferència no és *L'anàlisi econòmica del dret* sinó *L'anàlisi econòmica i el dret*. Vol ser, per tant, una reflexió simètrica, feta per un economista; això sí, però feta amb ànim de ser equànim a l'hora de contemplar les similituds i les diferències entre la manera de veure i d'analitzar el món d'economistes i de juristes.

Les relacions històriques entre l'economia i el dret han estat fluctuants. L'economia va nèixer en un lligam estret amb les escoles de dret però es va independitzar aviat. La raó és, segurament, que la lògica de les dues disciplines és força diferent. Per al dret, principis i normes són d'importància fonamental. Per a l'economia, els principis també ho són, però es mantenen més al rera-fons intel·lectual de la disciplina. Les normes i els procediments, en canvi, no ho són gaire. L'anàlisi del comportament optimitzador pren el seu lloc. Potser és per això que les escoles d'enginyers produïren des de ben el començament –i sobretot a França– alguns dels grans noms del pensament econòmic.

Després d'un llarg període on la interacció entre les nostres dues àrees de pensament han estat migrades –o, encara pitjor, on l'existència d'una relació era senyal d'endarreriment i era present sobretot a universitats continentals un xic encarcerades–, hem viscut en els darrers vint anys un període molt fructífer de relacions: el del *Law and Economics* anglosaxó, ja sigui en la seva versió lliberal-posneriana de la Universitat de Chicago (vegeu Posner, 1992), ja sigui en versions més analítiques i amb menys intenció ideològica (i que per no ofendre ningú no qualificaré amb un nom de persona, però que, i segurament ofenent algú, podria identificar amb el binomi Berkeley-Cambridge; vegeu Cooter-Ulen, 1988, o Shavell, 1987).

El *Law and Economics* ha estat, sobretot, un moviment intern al dret (ajudat però, per alguns economistes traspassats a escoles de dret) i ha resul-

74 tat, em diuen, en un influx important cap al dret d'idees i mètodes analítics de l'economia. En certa manera, podríem dir que el moviment ha partit de la constatació que moltes de les situacions ordenades pel dret són situacions de conflicte parcial entre individus, és a dir, situacions on hi ha conflicte, sí però on també hi ha guanys possibles (encara que aquests guanys puguin acabar repartint-se de maneres molt diferents), i on hi ha, per tant, un paper clar per, la reflexió jurídica: com crear entorns i dissenyar normes que generin els estímuls adequats i que portin, no per mitjà d'una mà invisible sinó per la robustesa mateixa del marc jurídic, a un resultat eficient (no vull entrar ara en la definició tècnica del terme *eficiència*). Tot això és ben similar al que els economistes es proposen i és, doncs, natural que la metodologia econòmica hagi estat útil per als juristes.

Mentre que la influència del *Law and Economics* s'ha fet sentir, crec en moltes àrees del dret, n'hi ha algunes en l'extraordinari és que dret i economia es puguessin ignorar tant temps. Em refereixo és clar, a tot el dret que s'ocupa directament de la regulació de l'activitat econòmica: el dret mercantil, el dret laboral, etc. Em fa l'efecte, que això s'està redreçant, no solament a nivell teòric i acadèmic sinó a nivell pràctic (potser més en el dret mercantil i d'empresa que en el dret laboral). És ben cert però, que de vegades la terminologia en fa dubtar (penso per exemple, en la vigència del terme *manipulación del precio de las cosas*, que em fa tremolar a mi i suposo que a tot comerciant que fixa preus). Comentaré com a símptoma d'aquest retrobament, dos exemples: l'un llunyà i l'altre amb resonàncies més properes.

El primer exemple es refereix a la reforma econòmica dels països de l'est, sobretot a l'ex-Unió Soviètica. Els economistes s'han adonat aviat que aquesta reforma ha de ser en gran mesura una tasca d'advocats, tant o més que d'economistes. És impossible actuar en els mercats si no hi ha claredat jurídica, és a dir, si no hi ha un entorn legal que estableixi una diferència clara entre el que és comerciar i invertir i el que és robar. Ara bé és també molt important, diria que indispensable, que aquests advocats tinguin idees com a mínim educades sobre el que estan fent, i és per tant d'esperar que, o be siguin ells mateixos bons economistes, o que treballin amb equips que incloguin economistes especialitzats en el camp de l'organització d'empreses i de mercats. Pel que tinc entès, això és precisament el que està passant.

El segon exemple es refereix a la legislació de suspensió de pagaments i de fallida (o de *percances* en la terminologia de F. Baratech). Recullo aquest tema perquè ha estat molt viu a la recerca econòmica dels darrers anys (dins del camp de la teoria de contractes; el meu col·lega O. Hart és un nom significatiu en aquest camp i a ell li dec el que he après d'aquest tema.

Deixant al marge les moltes diferències entre legislacions d'un país o un altre, el següent problema ha estat observat amb una certa generalitat. La legislació tradicional de suspensió de pagaments i de fallida és poc efectiva per aconseguir el redreçament d'empreses que són recuperables però que

estan en mans de directors i consells d'administració poc interessats en la salut econòmica de la empresa, ja sigui per simple incompetència, ja sigui per raons més lucratives. D'una banda, la legislació de suspensió de pagaments protegeix excessivament els equips directors a càrrec de l'empresa en el moment de la suspensió; tant que de vegades aquesta no és més que una maniobra protectora de la direcció. D'altra banda, la legislació de fallida és molt efectiva per eliminar el paper i el poder de la direcció antiga, però també porta a la dissolució física de l'empresa per liquidació dels seus actius, cosa que en algunes circumstàncies pot ser molt ineficient. Les noves idees sobre aquestes qüestions (penso en un treball de Aghion, Bolton i Hart, 1992) busquen la formulació de mètodes que obrin la possibilitat d'eliminar de bell antuvi el paper de la direcció antiga, però que també permetin l'opció que algun grup inversor, a determinar per alguna forma sofisticada de subhasta, compensi els acreedors, tot respectant els dret prioritari de les diferents classes d'aquests, i es quedi amb l'empresa íntegra. És evident que me n'he recordat d'aquesta literatura tot seguint l'*affaire* Banesto a la premsa espanyola, i, amb menys detalls, la internacional. Un es pregunta si a Solomon Brothers, els consultors del Banc d'Espanya, hi ha gent que té encomanat llegir les revistes especialitzades.

Em temo que m'estic desviant. Reprenc, doncs, el fil inicial. El que pretenc fer aquí no és dir-vos als juristes que heu de saber més economia —dono per sentat que, encara que no ho confesseu, això ja be que ho sabeu—. Ans el contrari, el que vull fer és reflexionar en veu alta i des del punt de vista d'un economista, d'un economista teòric, per ser més precís, entorn a algunes situacions que m'he anat trobant tot treballant en temes diversos i en les quals m'he adonat que la manera d'analitzar dels economistes contrasta amb la manera de fer dels juristes. A més, i aquest és l'aspecte decisiu, el contrast és tal que no m'inspira a mi l'economista, la reacció que, és clar, del que es tracta és que els juristes aprenguin a pensar el tema millor (una reacció que potser tinc quan m'arriben discussions sobre *la manipulación del precio de las cosas*), sinó que més aviat intranquil·litza la meua natura d'economista i m'empeny a repensar i fer-me preguntes sobre els fonaments del meu model econòmic. Adverteixo que el que expressaré són només impressions generals. El meu coneixement del pensament i la pràctica jurídics és tan minso que no m'atreveixo ni tant sols a dir que els temes que tocaré són temes dels quals els economistes haurien d'aprendre del pensament i la pràctica jurídics.

Els temes que discutiré són tres. El primer es refereix al paper de la informació i, en particular, de la informació estadística, en els processos econòmics i jurídics. El segon es refereix a la racionalitat dels actors socials, una hipòtesi que és l'element de base del pensament econòmic. El tercer es refereix a la figura de la sanció. Aquests tres temes tenen elements en comú, però no constitueixen en univers sistematitzat. Són simplement temes que, ho repeteixo, m'han despertat, al llarg dels anys, la inquietud que us acabo de manifestar.

II. L'ÚS DE LA INFORMACIÓ

Començaré per parlar de l'ús de la informació, la observació de partida és que em fa l'efecte que economistes —em refereixo a economistes analítics— i juristes tenim *a priori*, actituds diferents envers l'ús de la informació.

76 El jurista parteix d'una distinció entre informació d'ús admissible en el procés jurídic, i informació d'ús no admissible. No em refereixo només a l'ús a processos judicials, sinó també a la informació que és permès d'utilitzar o no en la confecció de contractes. Per contra, l'economista tendeix a ser molt més lliberal en aquest tema. Un exercici analític típic d'economista s'estructura de la manera següent: primer es descriu la informació de què els diferents agents econòmics poden disposar; després, i a partir d'aquest quadre de limitacions, el planificador o, més generalment, l'autoritat de política econòmica, dissenya de manera òptima l'estructura contractual i, és clar, el seu suport sancionador. L'economista analític no es planteja, en general, la qüestió de quina informació és legal utilitzar. De fet l'economista serà més aviat escèptic sobre la possibilitat a la pràctica de distincions d'aquesta mena, és a dir, que a la realitat es pugui "oblidar" informació.

Una altra forma d'expressar el que estic intentant transmetre és notant, en primer lloc, que economistes i juristes han hagut, inevitablement, d'enfrontar-se a la qüestió de com tindrà en compte, doctrinalment parlant, la informació disponible en l'entorn social on es desenvolupen els processos jurídic o econòmic concrets, i, en segon lloc, que la tasca resolutiva d'aquest problema l'han encertada des d'angles de partida diferents. En el cas del dret es comença amb una distinció entre informació d'ús legal i d'ús no legal, que es fonamenta, suposo, en principis del dret i que, també ho suposo, ha de ser difícil de precisar i deu d'estar subjecta a debat i a revisió permanent. En el cas de l'economia, impulsada segurament pel seu reduccionisme racionalista, la teoria s'ha bastit, en canvi, sobre el punt de partida d'un anàlisi condicionada només per les factibilitats físiques. El contrast pot ser ocasió de reflexions interessants.

Pensem, per exemple, en l'ús de les característiques físiques d'un subjecte a l'hora de confeccionar les clàusules sancionadores o reguladores d'un contracte o d'una peça de legislació. L'edat d'un conductor d'automòbil és estadísticament parlant, una dada de gran rellevància per estimar la categoria de risc d'un conductor, i és comú i acceptat (parlo d'EEUU, desconec la pràctica espanyola) que les primes d'assegurances puguin dependre de l'edat. Fins aquí em sembla que tots, economistes i juristes, hi estaríem d'acord. Compliquem doncs la història.

Suposem, i seria fàcil trobar-ne exemples, que el lloc de residència també proporcionari informació estadística sobre la categoria de risc. És utilitzable aquesta informació? M'imagino que la reacció instintiva del jurista és de recança, de desconfiança envers aquesta possibilitat. En canvi, i el contrast aquí és patent, la reacció instintiva de l'economista és pensar que sí que ho és, a menys que hi hagi raons econòmiques en contra. N'hi ha? De fet,

per aquest problema concret en podríem trobar, encara que no sé si decisives. El barri de residència no és una dada de la natura. Dintre d'un cert marge, la gent tria on viure. Si és així, llavors permetre primes d'assegurances superiors a unes zones que a altres podria induir el fenomen negatiu de la selecció adversa. Els conductors prudents (o el tipus humà que és poc propens a la conducció perillosa) s'abstindran de viure a segons quins barris, fet que no fa sinó empitjorar les realitats estadístiques d'aquest barri i induir una expulsió encara més forta de conductors prudents. Una forma de tallar aquesta espiral induïda seria precisament ignorar la possibilitat de condicionar la prima d'assegurança a aquesta informació.

77

Per evitar la complicació de la selecció adversa serà millor contemplar un cas on la informació potencialment útil no està determinada internament, és a dir, un cas que sigui una dada de la natura. Suposem per exemple que la propensió als accidents d'automòbils depengui no solament de l'edat sinó també del sexe. I qui parla d'accidents d'automòbil podria estar parlant també d'enfermetat, o de la durada de la vida. A mi em sembla que les reserves del jurista a la utilització contractual o legislativa de clàusules de condicionament per raó de sexe serien considerables però potser no absolutes. De fet, penso que quan toca a la seguretat social hi ha algunes distincions acceptades (almenys als EEUU). Però, en fi, si en comptes del sexe es tractés de grup ètnic –i dic *grup ètnic*, no *origen geogràfic*– és segur que el jurista no voldria entrar en una discussió de la qüestió.

M'apresuro a afegir que el mateix és veritat de l'economia. Però a l'economista li falten raons econòmiques del tipus usual, és a dir, d'anàlisi d'eficiència, que justifiquin el rebuig a considerar la qüestió. Si, posem per cas, fos un fet estadísticament provat que els membres d'un grup ètnic determinat tenen una propensió mes gran que altres grups a patir d'algun tipus d'enfermetat, la tendència natural de l'economista serà buscar raons que justifiquin la utilització de la informació. No continuo perquè com a economista ja quasi em trobo en aquesta situació i dintre de cinc minuts ós estaria donant arguments ben convinents. Us estaria dient, potser, que l'assegurança d'enfermetat podria tenir una part discrecional, de manera que cada grup pugés ajustar el que queda cobert en funció de les seves característiques, estadístiques o d'altre tipus. La conseqüència seria que, a la fi, en el marge, estarien coberts per coses diferents. Ja ho veieu, és molt difícil de resistir aquest tipus d'argumentació.

Però, repeteixo, també l'economista estarà inclinat a creure que hi ha categories d'informació que es preferible no utilitzar. Ara bé, quin és el criteri de demarcació entre el que és i el que no és legítim fer servir? Trobarà l'economista una guia clara en el dret sobre aquesta qüestió? Al menys per a mi, coses com la guia dels precedents no qualificarien per a aquest propòsit. Potser la resposta la trobarem en els fonaments del dret. Els economistes reconeixem, no tots però molts de nosaltres sí, que els principis informadors de les decisions de política econòmica són dos: l'eficiència, discutint la qual ens sentim enormement còmodes, i la justícia (els judicis de valor de

què ens parlava en Fabià Estapé a la Facultat, discutint els quals no ens sentim tant a gust). Se'ns escapen una mica, però hem d'acceptar que hi són. Doncs bé, si tracto d'organitzar las observacions fetes fins ara i d'entendre-les des del punt de vista de la teoria de la justícia, em sembla que hi trobo un fil.

78

El fil és, simplement, el principi que tothom ha de ser tractat igual. La raó és que, sota el que els filòsofs en diuen el vel de la ignorància i els economistes en diem *ex-ante*, tots som iguals. A uns ens toca viure de catalans i a altres d'escoços, però podria ser inapropiat, és a dir injust, condicionar les obligacions contractuals legals a informació sobre trets d'aquesta mena. Noteu que aquest plantejament ens permetria encara condicionar per edat. Hi ha una diferència entre ser jove i ser escocès: De jove, tothom ho és en un moment o altre de la vida.

Afegiré, i això ho dic per als economistes a l'audiència, que quedarien molts punts a perfilar. Noteu que he dit *podria ser inapropiat*, no *seria inapropiat*. No es pot excloure que una anàlisi tècnica de la situació *ex-ante* ens indiqui que, tot respectant la idea de tractament igual, la informació estadística, fins i tot la d'ordre ètnic, sigui convenient utilitzar-la en determinades situacions. Potser el contracte òptim sigui un on la informació s'utilitza per si s'afegeixen mecanismes indirectes de compensació. O potser no.

Ens estem apropant a un tractament tècnic. És senyal que hem de passar al proper tema.

III. LA RACIONALITAT

Els economistes tendim a ser racionalistes extrems. En els darrers vint anys, impulsats per una atenció creixent a l'anàlisi de mercats dominats per interaccions estratègiques, això ens ha portat, explícita o implícitament, a contemplar la validesa predictiva de les cadenes de deduccions molt llargues basades en la hipòtesi que els agents econòmics són racionals, reconeixen mútuament la seva racionalitat i gaudeixen d'una clarividència calculadora molt notable. M'imagino que els juristes són més escèptics, i per tant més realistes, sobre aquesta qüestió. M'explicaré mitjançant l'ús d'alguns exemples. Per conveniències, lligaré a la discussió sobre la utilització de la informació.

Abans he discutit la utilització d'informació purament estadística, és a dir, d'una informació obtinguda a partir de mostres de grans poblacions. Quan considerem una persona en particular tenim llavors un llistat de les seves característiques, de manera que aquestes, contrastades amb el patró estadístic, ens donen probabilísticament parlant, força informació sobre les normes de conducta de l'individu en qüestió.

Però ara el centre d'atenció serà en altre tipus d'informació: la informació que sobre un individu en particular es deriva de les accions concretes d'aquest individu, i no solament de les seves característiques, físiques o

d'altra mena. Las accions poden ser o bé preses en el passat o bé induïdes per un procediment legal concret. La distinció de moment no és important.

Comencem per un exemple extret de la premsa d'aquest dies: la qüestió de les proves genètiques de paternitat. Sobre això l'economista pensaria que des del punt de vista de la inferència informativa, un resultat positiu i una negativa a fer-se la prova vénen a ser la mateixa cosa. El raonament és prou evident: el pare potencial sap si és pare i sap que la prova és absolutament segura. Per tant, si és racional i no és el pare, és fara la prova. Ergo, si no se la fa, és perquè és el pare. Noteu que hi ha una cadena de deduccions aquí, però és una cadena molt curta. Què en faria el jurista, d'aquesta argumentació? És ben possible que un jutge la trobés convincent i que procedís en conseqüència. Però fins i tot en un cas tan simple, el jutge pot dubtar. El jutge podria pensar: potser el pare potencial no és tan racional. No es pot excloure que no sigui el pare però que, així i tot, no es faci la prova per principis, o perquè li fan por les agulles, o per superstició... La cosa es complica pel fet que qualsevol indicació que el pare potencial no és completament racional no s'ha de tenir en comte: aparentar irracionalitat és precisament el que un culpable faria, és l'única menera d'evitar la condemna. Però, en fi, donguem-nos el benefici del dubte i suposem que un jutge acceptaria el raonament basat en la deducció.

Fins a quin punt podem estendre raonaments d'aquesta mena? És a dir, fins a quin punt podem acceptar la idea d'un jutge completament racionalista? Per aclarir-nos, el que faré és portar l'argument de la deducció al seu extrem lògic. A aquest efecte, presentaré un altre exemple en forma de faula. Per continuïtat, mantindré el vestit d'un procés judicial. Però el contingut de l'exemple és un clàssic en el camp de la teoria informàtica de la computació. És l'anomenat problema dels generals bizantins (vegeu Osborne-Rubinstein, 1994, per a una explicació d'aquest problema).

La història és la següent: els bizantins dominen les muntanyes a les dues bandes d'una vall de pas. A cada banda hi ha un general a càrrec d'un exèrcit. De tant en tant, un exèrcit turc, o potser un grup d'almogàvers, passa per la vall. Són enemics temibles i els bizantins els venceran només si ataquen simultàniament des de les dues bandes i si l'atac és per sorpresa. La necessitat de la sorpresa fa que per coordinar un atac no hi hagi possibilitat de senyals de fum o de coses similars. L'única possibilitat de coordinació és a través de missatgers, vailets enviats a la nit a travessar les línees enemigues. El risc per a aquests vailets és gran.

Ens trobem en el dia següent d'una desfeta terrible, i és que la contenda d'ahir només l'ha escomesa un d'els exèrcits. L'altre no ha baixat a la vall. La llei de l'imperi de Bizanci ens diu que si un atac fracassa és perquè la victòria no estava assegurada i que, per tant, hi ha un culpable: el cap d'un general ha de caure. És el general que ha atacat o el que no ha atacat? Les primeres sospites assenyalen el segon. Però la llei mana que per dilucidar la qüestió s'ha de constituir una comissió d'investigació formada pels millors juristes de l'Imperi. Així es fa. L'enquesta dura mesos, milers de pergamins

documenten las anades i vingudes de missatges, i, a la fi, una resolució: un dels generals és declarat no només culpable sinó també traïdor; i és degudament condemnat a mort. Quin general? Doncs bé, proveït dels meus principis de deducció racional, tan estimats dels economistes jo ós puc dir, sense cap informació específica, de qui es tracta: és el general que ha atacat.

80 Per què ho sé, això? Bé, examinen uns quants dels continguts possibles de la investigació. El general que ha atacat li podríem dir Belisari, i el que no ha atacat, Narses.

Escenari 1: Belisari declara, i demostra, que va enviar un missatge a Narses comunicant-li el dia i l'hora de l'atac. Narses declara, i demostra, que el missatge no el va rebre mai, és a dir, que el missatge fou interceptat per les tropes turques. Aquest és un rics ben conegut i el tribunal conclou que fou irresponsable per part de Belisari d'atacar sense haver demanat i rebut un acús de rebut.

Escenari 2: Belisari declara, i demostra, que ha atacat perquè ha rebut un missatge d'atac de part de Narses. Narses, que no ha atacat, reconeix haver concebut i tramès una data per a l'atac, però argumenta que no ha atacat perquè no estava segur que el seu missatge coordinador s'hagués rebut a l'altra banda perquè no va rebre un acús de rebut. Les raons son admeses pel tribunal. Narses no havia d'atacar si no havia rebut acús de rebut per al seu missatge.

Escenari 3: Belisari declara, i demostra, que ha atacat perquè ha rebut un missatge d'atac de part de Narses. A més a més, també demostra que ha enviat una acús de rebut. Narses reconeix haver rebut l'acús de rebut: ell sabia, per tant, que el seu missatge coordinador havia estat rebut. Ara bé, Narses argumenta, a la desesperada, que no podia atacar sense abans comunicar a Belisari que havia rebut l'acús de rebut per el seu primer missatge. Perquè si Belisari no ho sap, això, no atacarà. Narses continua explicant que, per tant, quan ell ha rebut, l'acús de rebut ha enviat un reconeixement, un acús de rebut de l'acús de rebut a Belisari. I afegeix que, per tal d'assegurar-se que Belisari el rebia, li ha demanat també un reconeixement de la darrera tramesa, és a dir, un acús de rebut de l'acús de rebut. Aquest, Narses assegura que mai l'ha rebut. Si Belisari reconeix haver atacat sense rebre l'acús de rebut (de l'acús de rebut) de Narses, llavors això és una greu i culpable irresponsabilitat. Però potser Belisari sí que l'ha rebut i, fins i tot, ha enviat a Narses el tercer acús de rebut de la sèrie. Així i tot, la comissió investigadora se n'adona que Belisari ha estat irresponsable: hagués hagut de demanar a Narses un nou (quart) acús de rebut. Si ho ha fet o no, no ho sabem. Però sabem que ha atacat sense rebre'l. Culpable altra volta.

Podríem anar allargant els escenaris fins a l'infinit. Però la conclusió és sempre la mateixa. Per més intercanvis que hi hagi hagut, Narses ha fet bé de no atacar: no podia estar lògicament segur que Belisari atacaria. En canvi, Belisari ha atacat sense estar completament segur que Narses atacaria, i és, per tant, culpable.

Ara bé, cal trobar un motiu a Belisari. Perquè si no n'hi ha, potser el que està passant és que Belisari no sap calcular inferències. Aquesta constatació seria, malauradament, incongruent amb la nostra anàlisi, basada en la racionalitat extrema dels dos generals. Dit d'una altra manera: si fem aquesta darrera hipòtesi, llavors hem de concloure que no pot haver-hi atac, ni desfeta. Però hi ha hagut atac. Per tant, o bé algú calcula malament, o bé cal ampliar el model. La comissió d'investigació l'amplia i conclou que el general ha estat comprat pels turcs. És, doncs, un cas de traïció (la fi de la història només pot ser que no hi ha execució: Belisari ha anticipat tot això i com a conseqüència, mai l'han pogut prendre).

L'exemple és, evidentment, una caricatura efectista, però captura un dilema. La teoria moderna de l'organització industrial ha tendit a utilitzar i predir els resultats de l'actuació d'empreses en els mercats en base a arguments d'aquesta mena. Però em fa l'efecte que al jurista, aquestes prediccions no li merixeran gaire confiança, i jo no m'atreveria a contradir-lo. El jutge que decideix sobre el cas de la paternitat potser sí que donarà valor a la deducció indirecta. Tot és molt obvi, i la cadena és curtíssima. Però estic convençut que la comissió d'investigació sobre la desfeta bizantina, si realment és una comissió que vol arribar a una conclusió justa i sensata, demanarà proves més directes de la traïció de Belisari.

Passem al tercer i últim tema.

IV. LA SANCIÓ JURÍDICA

Des d'una perspectiva jurídica –corregiu-me si aquest no és el cas–, una discussió teòrica sobre la figura de la sanció podria admetre com a un possible principi organitzador la idea que la sanció ha d'estar en proporció amb la magnitud de la falta.

Des de la perspectiva de l'analista econòmic del dret, el principi organitzador seria un altre: l'anàlisi d'eficiència actuant sobre un rerafons d'agents racionals. En altres paraules, econòmicament parlant, l'objectiu de la sanció és induir conductes eficients (conduir prudentment, no embrutar el terra, pagar els deutes, posar-se el casc, ensenyar les classes que s'han d'ensenyar, etc.), i la hipòtesi de base és que hem de comptar que, donat un entorn disciplinari determinat, els agents econòmics sabran calcular quina conducta els convé.

Doncs bé, el que vull destacar ara és que, una vegada més, ens trobem amb una discordança entre les perspectives jurídiques i econòmiques. L'anàlisi d'eficiència no porta sempre a sancions "proporcionals". La raó és de sentit comú. Els economistes ens ocupem de situacions on la conducta és modificable per la via dels incentius econòmics. En principi, aquests poden ser positius (*carrots*) o negatius (*sticks*). L'efecte d'uns i altres, de la pastanaga o de la estomacada, és el mateix: augmentar el cost relatiu de la conducta inapropiada. Però la sanció –l'estomacada– és, clar, sovint més barata, i si té un efecte sobre el comportament, llavors molt bé podem arribar a la conclu-

sió que la millor manera de garantir el comportament apropiat és sancionant de manera molt forta, “desproporcionadament” forta, las desviacions de les obligacions contractuals o legals.

82

Hi ha, de tota manera, una consideració important que ens portaria a desdramatitzar el contrast. Una dificultat de la deducció lògica que us acabo d'exposar és que les sancions, si han de ser creïbles, s'han de complir. I *ex-post*, és a dir, després de la falta, ens podem trobar que complir la sanció no és eficient (la falta ja està feta) o, encara que sigui eficient, veus plenament respectables (advocats, filòsofs, fins i tot, algun economista) ens poden fer veure que complir una sanció desproporcionadament forta és “injust”. Ara bé, si no la complim, ja hem begut oli: la credibilitat es perd i amb ella també desapareixen els bons efectes inductors sobre la conducta. La valoració de l'objecció de l'eficiència *ex-post* depèn en bona mesura de si la situació que es contempla és repetible o no. Si és repetible, aquesta objecció perd força (el no-compliment destrueix l'efectivitat de la sanció i, per tant, no és realment eficient; dit d'una altra manera: no hi ha un autèntic *ex-post*). Però si no és repetible, llavors el factor credibilitat és menys important (només fa falta que la sanció sigui creguda una vegada) i l'argument de l'eficiència *ex-post* guanya força. Afegiré que la repetitivitat no és consideració rellevant pel que fa a l'objecció basada en idees de justícia.

No crec, però que aquests raonaments siguin suficient per portar la teoria econòmica de la sanció en concordança amb un principi de proporcionalitat. Em justificaré considerant un cas límit. És freqüent en l'anàlisi teòric de l'economia trobar-se en situacions que comparteixen la següent característica: una sanció suficientment alta condueix a una probabilitat zero de desviació, és a dir, que ningú es desvii. És clar que en aquest cas l'argument que he discutit en el darrer paràgraf no té força. La sanció és dura i desproporcionada, sí, però, de fet, hi ha (en equilibri) una absència total de faltes i de sancions. Reconixerem en aquest món ideal dels juristes (o economistes, o polítics) amb vocació disciplinar. Repeteixo una altra vegada que la sanció (potser dura i desproporcionada) ha de ser creïble. La discussió d'aquesta secció es basa en la premisa que *creïble* i *proporcionada* no són la mateixa cosa. Una sanció proporcionada és fàcilment creïble, i sovint, les desproporcionades no ho són. Però, almenys com a experiment mental, es poden pensar situacions on una sanció és creïble (perquè, per exemple, ha estat judicialment automatitzada) i, de tota manera, és intuïtivament desproporcionada. Per exemple, el Congrés dels EEUU està discutint una llei que exigiria que qui és declarat culpable d'una tercera *felony* ha de ser condemnat a presó per vida (*three strikes and out*). Un dels aspectes discutibles d'aquest projecte (i discutit per molts jutges) és que pot donar peu a situacions de pena desproporcionada.

La situació que us acabo de presentar és extrema (és un cas, però, que apareix sovint en discussions de política econòmica, especialment de macroeconomia; moltes elaboracions sobre la qüestió de la credibilitat de la política monetària i la independència dels bancs centrals es basen en aquest cas;

vegeu Repullo, 1993). Una situació més típica, d'anàlisi més difícil però que segurament ens aproximaria tant a la realitat com a la perspectiva jurídica, seria aquella on la conducta no determina els resultats de manera única: les desviacions es poden produir simplement per error i, per més forta que sigui la sanció, mai es podrà aconseguir que la probabilitat d'infracció baixi absolutament a zero. Si és així llavors és molt possible que les sancions òptimes (que són les calculades *ex-ante*) ja no ho siguin tant, de desproporcionades. I encara que ho siguin, les dificultats associades amb la qüestió de la credibilitat resorgeix amb agudesesa. Les sancions caldrà imposar-les per mantenir la credibilitat. Però fer-ho pot no ser factible per les raons mencionades abans: l'eficiència *ex-post* i les idees de justícia.

En resum, que hi ha feina a fer per obtenir la plena convergència de la perspectiva econòmica i jurídica.

Em temo que no tinc res més a afegir, excepte desitjar que aquestes jornades no siguin un fet isolat, que es repeteixin, i que, entre altres coses, siguin també un fòrum de diàleg i d'interacció, en les dues direccions, entre economistes i juristes.