

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA JUSTICIA GRATUITA

I. JUSTIFICACIÓN DEL ENFOQUE ECONÓMICO

Como hemos visto anteriormente, la experiencia vivida a partir de la consagración del Estado como garante de los derechos individuales y sociales hasta nuestros días, donde cada vez se ponderan más las ventajas que proporciona un sistema de economía de mercado basada en el reconocimiento de las incapacidades estatales, ha modificado los fundamentos o principios en los que el aparato público basa su actuación. Se reconocen los límites materiales del Estado que lo llevan a ocupar, por una parte, no ya un lugar privilegiado, sino, incluso, “subsidiario” a las capacidades de los individuos para interrelacionarse voluntariamente en los diferentes órdenes de la vida social,¹⁰⁴ y por la otra, a estar bajo la mirada crítica de la sociedad en aspectos que por disposición constitucional, en concordancia con el modelo económico y social adoptado, le competen.

Así, la posición actual del Estado se hace patente en el propio proceso evolutivo de la asistencia jurídica gratuita, con claros patrones internacionales, que indican una posición crítica y vigilante de las prestaciones contempladas durante la época de auge del Es-

¹⁰⁴ De acuerdo con Lindblom, Charles E., *The market system*, Harrisonburg, Yale University Press and New Haven & London, 2001, p. 156: “Una visión o modelo común coloca al sistema de mercado al frente y al centro, dejando al Estado con dos papeles de carácter subsidiario. El primer papel consiste en establecer los fundamentos legales sin los cuales el sistema de mercado no podría operar... El segundo papel es calificado con palabras tales como «interferencia» e «intervención», o palabras menos críticas aunque negativas en su colorido, como «regulación»”. La traducción es nuestra.

tado de bienestar. En principio, la prestación de los servicios jurídicos y los gastos procesales que implica la resolución de un conflicto ante los tribunales de justicia se entienden a costa de los particulares (aún cuando la prestación efectiva de la impartición de justicia corresponde tradicionalmente a una función de Estado), y sólo por excepción, para determinados casos previstos por la ley, especialmente tratándose de personas en situación de extrema pobreza, se prevé la gratuidad de los servicios jurídicos.

Evidentemente, la explicación de esta situación tiene una naturaleza muy compleja que abarca diversos ámbitos del orden mundial y nacional, ya que la propia concepción de la justicia gratuita y, en consecuencia, la forma de justificar su existencia y el alcance de su prestación, vinculada en gran medida más a la idea del Estado de bienestar que a la idea de igualdad de la justicia, obedece a razones históricas, ideológicas y de compromiso político, lo que hace que tenga una naturaleza fácilmente mutable. Pero, quizá, parte de la respuesta, dejando a un lado el plano ideológico e histórico, puede encontrarse en la discutida legitimidad del Estado y de sus instituciones, “como consecuencia de las dificultades, reales o supuestas, que éstas enfrentan para solucionar algunos de los más apremiantes problemas sociales... especialmente en época de una prolongada crisis económica”.¹⁰⁵ La escasez de recursos y su deficiente administración representan una porción considerable de los grandes problemas que enfrenta el Estado para dar cumplimiento a las exigencias sociales constitucionalizadas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Fix-Fierro, Héctor, *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, México, UNAM, 1995, pp. 12 y ss.

¹⁰⁶ Al respecto, Castells, Antoni y Bosch, Nuria, “El futuro del Estado del bienestar: algunas líneas de reflexión”, en Castells, Antoni y Bosch, Nuria (dirs.), *El futuro del Estado del bienestar*, Madrid, Civitas, 1998, p. 23, señalan que: “El Estado de bienestar ha servido para resolver algunos de los problemas acuciantes de las modernas sociedades capitalistas, y su desmantelamiento... no haría sino agravar o hacer reaparecer estos problemas. Pero, al mismo tiempo, está claro que es el fallo, el fracaso parcial, de este Estado de bienestar para resolver algunos nuevos problemas (el paro masivo de las sociedades occidentales, la ineficiencia de buena parte de las áreas gestionadas por el sector público), lo que ha conducido a su cuestionamiento”.

Al respecto, Calsamiglia ha puesto de manifiesto que las transformaciones del Estado contemporáneo han supuesto, entre otras cosas, un nuevo sistema de legitimación. La intervención del Estado en la economía se logra justificar fundamentalmente por la capacidad del aparato administrativo de ofrecer o no unos servicios públicos adecuados.¹⁰⁷ De tal forma que a la tradicional legitimación por la legalidad se añade la legitimación por criterios económicos como es el caso de la eficiencia. Así pues, en palabras de Calsamiglia, “lo que importa... es que la administración ofrezca el máximo bienestar con el mínimo coste posible”.¹⁰⁸

De ahí que resulte conveniente orientar nuestro análisis desde una postura que, por lo que hace a la asistencia jurídica gratuita, resulta novedosa y acorde a las tendencias actuales dominantes. Nos referimos a la introducción de herramientas económicas, en concreto al criterio de eficiencia desde la perspectiva de la política microeconómica, en el análisis de una institución convencionalmente sustentada en criterios estrictamente jurídicos y de justicia social. No está por demás decir que este enfoque nos permitirá añadir un aspecto de fundamental importancia en la resolución de algunas interrogantes que circundan a la justicia gratuita, que van desde su proceso evolutivo, la justificación de su propia existencia, la valoración de su funcionamiento en términos de bienestar social, hasta la precisión de la efectiva participación del Estado frente al esquema de mercado y la actividad altruista de los particulares.

El enfoque económico de la asistencia jurídica gratuita no sólo es deseable, sino también es posible dado que en las últimas décadas hemos asistido a la paulatina introducción de la teoría económica en el análisis de cualquier conducta humana o institucional, aún en campos ajenos a los considerados tradicionalmente económicos, provocada, de acuerdo con Cossío, por la progresiva unificación y aceptación de unos cuantos supuestos y objetivos, así como por la continua formalización y refinamiento de las herra-

¹⁰⁷ Calsamiglia, Albert, “Justicia, eficiencia y derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988, p. 307.

¹⁰⁸ *Idem*.

mientas analíticas del pensamiento microeconómico. De acuerdo con este autor, la adopción creciente de criterios económicos en el análisis de los diferentes ámbitos del orden social se explica por la posibilidad de comprender conductas, sean del orden público o del orden privado, mediante la atribución (obviamente externa) de un sentido económico. Como anticipó en su momento Bentham, los individuos (y las instituciones, conformadas por individuos) actúan como maximizadores racionales de sus propios intereses en todos los aspectos de la vida. Entonces, no importa que, en principio, las personas físicas o jurídicas estén llevando a cabo una conducta política, antropológica o jurídica, pues en uno u otro caso es factible llegar a suponer (y por ello atribuir significado o sentido) que tal conducta pretende maximizar una utilidad o reducir un costo. La conducta así concebida admite, entonces, el calificativo de “económica”.¹⁰⁹

Además, la conveniencia de introducir criterios económicos que nos permitan valorar e, incluso, justificar el papel del Estado, especialmente en sus políticas conformadoras del Estado de bienestar, ha sido ampliamente destacada por la doctrina. Simplemente a manera de ejemplo baste citar a Barr, de conformidad con el cual la teoría económica ha ofrecido una vía alternativa al proceso ideológico y a la teoría de la convergencia (que destaca el natural proceso de industrialización) como fórmulas históricas para justificar el intervencionismo estatal que todo Estado de bienestar supone. Esta tercera vía consiste, según este autor, en advertir los problemas insuperables de eficiencia a que se enfrenta la provisión privada de los derechos que configuran el Estado de bienestar (en este caso, la prestación de asistencia jurídica),¹¹⁰ a lo cual podríamos agregar la conveniencia que supone esta perspectiva para analizar de manera racional las implicaciones de una prestación generosa, esto es, sus efectos sobre los incentivos.

¹⁰⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 11 y ss.

¹¹⁰ Barr, Nicholas, *The Economics of the Welfare State*, California, Stanford University Press, 1998, p. 742.

En esta tesitura, ya no es suficiente decir que el Estado debe promover tal o cual política bajo consideraciones propias de criterios tales como la justicia social, la igualdad o la equidad, o bajo los argumentos iniciales en los que se sustenta la aparición de las estructuras conformadoras del Estado de bienestar (consistente en mejorar las condiciones económicas y sociales de las personas en situación desaventajada), sino que se hace necesario introducir nuevos criterios valorativos, como la eficiencia, a efecto de justificar tanto la conveniencia de la participación del Estado, como el alcance de la misma, en términos de bienestar social. Mientras que el objetivo de eficiencia es común a cualquier tendencia ideológica, los criterios redistributivos dependen esencialmente de la definición de justicia o equidad que se adopte, la cual varía considerablemente de acuerdo a dichas tendencias.¹¹¹

Trasladando estas ideas a nuestra materia de estudio, entonces, ya no es suficiente decir, bajo argumentos inevitablemente abstractos y, en un gran número de casos, ideológicos, que el Estado debe promover el acceso a la justicia a través de la implementación de mecanismos de justicia gratuita para determinados sectores de la población, sino que se hace necesario valorar si esta institución redundaría efectivamente en el incremento del bienestar social en su conjunto y, en su caso, determinar los efectos negativos y positivos de una política generosa. Evidentemente, las conclusiones a las que se lleguen bajo esta perspectiva tendrán un efecto directo en determinar la propia conveniencia o no de la participación del Estado en esta materia y, en su caso, respecto de los límites o restricciones a los cuales debe sujetarse su efectiva prestación. Así, admitir que la justicia gratuita únicamente se basa en criterios éticos o morales podría llevarnos a sostener una postura reduccionista, pues no se puede desconocer su relevancia económica y la necesidad de introducir criterios de eficiencia en su propia configuración.

Para reforzar este argumento baste considerar que si bien es cierto que la asistencia jurídica gratuita concebida como una institución pública indispensable para fomentar el acceso a la justicia de

¹¹¹ *Ibidem*, p. 69.

todas las personas inmersas en un conflicto jurídico tiene un fundamento inherentemente basado en criterios de igualdad, además de constituirse por imperativo constitucional, también lo es que en su concepción destaca necesariamente su carácter “prestacional” y, por ende, su relevancia económica. La asistencia jurídica gratuita implica necesariamente la utilización de recursos públicos y, como hemos visto, privados (en el modelo *Judicare*), mismos que presentan claros límites, sea por su propia naturaleza de escasos o simplemente por la necesidad de elegir adecuadamente su distribución para dar cumplimiento a todas y cada una de las políticas públicas que el Estado debe acometer. No olvidemos que el destino de mayores recursos en favor de una política pública concreta, como podría ser precisamente la asistencia jurídica gratuita, implica necesariamente la reducción de recursos en perjuicio de otra, a menos, claro, que se incrementara el régimen impositivo del Estado a cargo de un mayor gravamen de los contribuyentes. Es aquí, precisamente, donde encuentra cabida la llamada economía del bienestar, misma que se ocupa del mejor uso (lo que significa tanto eficiente como equitativo) de los recursos escasos, y el criterio de eficiencia que la misma difunde.

De esta forma, si podemos demostrar que la asistencia jurídica gratuita se constituye en un *desideratum* tanto ético (basado en criterios de equidad) como económico (desde la perspectiva de la eficiencia económica), los argumentos que la sostienen se ven considerablemente reforzados.

Pero nuestro análisis pretende ir todavía más allá de la mera demostración de la conveniencia de la intervención pública en la efectiva promoción y prestación de la justicia gratuita para promover el acceso a la justicia, a efecto de cumplir con los criterios valorativos que hemos seleccionado, esto es, la eficiencia y la equidad. Es necesario determinar, conforme a dichos criterios valorativos, el alcance y la configuración que adoptan los mecanismos de justicia gratuita. Mientras que la equidad, así como la justicia, justifican su propia existencia, pero no establecen claros límites en su prestación y financiación, las herramientas económicas, y concretamente el

criterio de eficiencia, nos permiten valorar y comprender de manera formal las restricciones a las que la misma se encuentra sujeta.

Como cualquier servicio público, la asistencia jurídica gratuita crea un entorno de incentivos específico que induce cambios en el comportamiento de los individuos que participan en su prestación o que se benefician de la misma. La consideración de estos incentivos, como veremos, determina en gran medida la adopción y el alcance de su propia configuración. Nuestra tarea, entonces, consiste tanto en valorar la necesidad de establecer ciertas restricciones que hagan de la justicia gratuita una prestación residual (en contraposición a su carácter universal), como determinar cuáles son los efectos o resultados de una política generosa, evaluando, evidentemente, sus efectos en términos de bienestar social.

El supuesto evidente del que tenemos que partir a efecto de cumplir con este objetivo consiste en concebir tanto al individuo como al Estado como sujetos maximizadores del bienestar. Respecto de los individuos debemos distinguir entre los propios beneficiarios de la justicia gratuita y aquéllos que participan en su efectiva prestación, especialmente los abogados y procuradores, en el modelo *judicare*, pero también otros profesionales que participan en el proceso de solución de conflictos. Igualmente debe tomarse en consideración la propia actuación del Estado, ya que a fin de cuentas éste tiene por objetivo maximizar el bienestar de la sociedad a través de sus políticas redistributivas o de transferencia, tal como puede ser, en parte, la asistencia jurídica gratuita. En otras palabras, debemos tomar en consideración que tanto los individuos como las instituciones actúan de manera racional en el sentido convencional de este término en economía, que hace referencia a la adecuación de una determinada conducta al modelo adoptado y no a un estado de ánimo o psicológico, buscando la maximización de utilidad bajo ciertas restricciones. Entre las restricciones más importantes se encuentran la disponibilidad de información, la actitud frente al riesgo y la reacción de otros sujetos ante la conducta propia.¹¹²

¹¹² Cfr. Pastor Prieto, Santos, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 36 y 37.

Así pues, para estar en posibilidad de elaborar una teoría sustantiva y no meramente procesal de la asistencia jurídica gratuita, que entienda que todas las personas deben acceder a la justicia en igualdad de condiciones con total independencia de su capacidad económica, resulta necesario considerar los argumentos y resultados del análisis económico. Ello, porque la satisfacción de la justicia gratuita para fomentar el acceso a la justicia depende sustantivamente de los recursos disponibles más la forma de su distribución, y en cualquier caso, debe sustentarse a través de criterios de eficiencia y de equidad, en términos de maximización del bienestar social.¹¹³

De esta forma, una vez hechas las aclaraciones pertinentes, procedamos a establecer algunas breves consideraciones en torno a los criterios que nos servirán de herramienta de análisis de la asistencia jurídica gratuita, esto es, la eficiencia y la equidad, a efecto de estar en posibilidad de continuar con su aplicación a la institución antes dicha.

II. EL CONCEPTO DE EFICIENCIA

El concepto de eficiencia es ampliamente utilizado en la teoría económica. La relevancia que se le concede, a veces en perjuicio de la equidad, radica precisamente en la idea de que la eficiencia implica la máxima utilización de los factores productivos (esto es, la

¹¹³ Desde la perspectiva de la política microeconómica es casi una posición común la necesidad de considerar tanto a la eficiencia como a la equidad como objetivos de cualquier política social dirigida a la población, sea para aliviar la pobreza, proveer servicios que se consideren básicos o fundamentales para la sociedad, o incluso para garantizar un mínimo de calidad de vida. Los objetivos de todo Estado de bienestar pueden reducirse a tres (aunque cada uno de ellos con diversos enfoques): la eficiencia, la equidad y la viabilidad económica. De esta forma, si aceptamos que la asistencia jurídica gratuita es una parte fundamental del Estado de bienestar, necesariamente tendría que participar de dichos componentes. Ahora bien, la importancia o el alcance que se le conceda a cada uno de ellos y la forma de su implementación dependerá de la tendencia ideológica que se adopte.

eficiencia técnica o productiva)¹¹⁴ o, más allá de esto, en la utilización de la mejor combinación posible de dichos factores para reducir el coste o maximizar el valor de los bienes y servicios ofertados (es decir, la eficiencia en la asignación).¹¹⁵ Gracias a la objetividad de su formulación y tratamiento, podemos decir que la eficiencia se convierte en uno de los pilares fundamentales de la ciencia económica al relacionarla directamente con el principio económico ahistórico de la escasez de recursos.

Sin embargo, la eficiencia entendida en términos tan absolutos como los señalados nos puede llevar a serias confusiones, como destacaron de manera incipiente Hall y Winsten en su artículo “The Ambiguous Notion of Efficiency”, ya que en la realidad existen diversas formas de analizar un estado eficiente y utilizar diversos métodos y variables para su comprobación.¹¹⁶

Esta problemática ha sido solucionada en la teoría económica moderna a través de la distinción de por lo menos tres formas básicas y diferentes de eficiencia:¹¹⁷

1. La eficiencia entendida desde la perspectiva de la organización productiva, reconocida en primera instancia por Farrell (1957), y posteriormente ampliada por Leibenstein (1966). Esta forma de eficiencia, denominada en ocasiones “eficiencia-X” de acuerdo al término implementado por Leibenstein, fija su atención en las capacidades y las habilidades de la organización productiva para

¹¹⁴ Esto es, que se encuentra en la frontera de posibilidades de la producción.

¹¹⁵ Cfr. Albi Ibáñez, Emilio *et al.*, *Economía pública I. Fundamentos, presupuesto y gasto aspectos macroeconómicos*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 2009, pp. 234 y ss.

¹¹⁶ Véase Hall, Margaret y Winsten, Christopher, “The Ambiguous Notion of Efficiency”, *The Economic Journal*, vol. 69, núm. 273, marzo de 1959, pp. 71-86.

¹¹⁷ Al respecto, véanse las obras de Acocella, Nichola, *The Foundations of Economic Policy, Values and Techniques*, trad. de Jones, Brendan, Cambridge University Press, 1998; Kuttner, Robert, *Everything for Sale. The Virtues and Limits of Markets*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999; Wallis, Joe y Dollery, Brian, *Market Failure, Government Failure, Leadership and Public Policy*, London/Nueva York, Macmillan Press-St. Martin's Press, 1999, y Wolf, Charles, *Markets or Governments: Choosing between Imperfect Alternative*, Cambridge, Mass./London, The MIT Press, 1990.

obtener un determinado *output* a un menor coste y, por supuesto, se trata de una forma peculiar de eficiencia técnica.

Este autor identifica tres elementos significativos para determinar la eficiencia X: “1) la eficiencia motivacional intra-planta [misma que se refiere a los incentivos de los empleados], 2) la eficiencia motivacional externa [esto es, la presión que genera la competencia frente a otras empresas], y 3) la eficiencia en el *input* ajeno al mercado”.¹¹⁸

Así, como puede observarse, en el concepto de Leibenstein, se pone especial énfasis en el aspecto motivacional de los agentes productivos, aunque también se toman en consideración otros aspectos que, de igual manera, originan que empresas con una misma tecnología e igual número de factores de la producción tengan resultados productivos diferentes.¹¹⁹ Así, en estos términos, la eficiencia se reduce al análisis de la organización interna de las empresas, cuyo objetivo radica en incrementar su producción mejorando el funcionamiento de los factores ya adquiridos, es decir, sin necesidad de recurrir a la adquisición de nuevos factores. Como indica Leibenstein, “los métodos involucrados [para aumentar el nivel eficiente de producción] consisten en una simple reorganización del proceso productivo...”.¹²⁰

Aun cuando esta forma de analizar la eficiencia tiene gran importancia en determinados campos del análisis económico, es necesario destacar que esta noción de eficiencia por sí sola es insuficiente para valorar la eficiencia económica en los términos que aquí planteamos, no sólo porque se trata de una forma de eficiencia técnica (que no toma en consideración los deseos de consumo de la sociedad), sino además porque la valoración del aspecto motivacional requiere una forma de análisis diverso al propuesto en esta obra.

¹¹⁸ Leibenstein, Harvey, “Allocative Efficiency vs. X-Efficiency”, *The American Economic Review*, vol. 56, núm. 3, junio de 1966, pp. 406 y 407. La traducción es nuestra.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 392.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 399.

No obstante lo anterior, es necesario especificar que la eficiencia en la organización productiva, esto es, en un sentido lato, entendida como la capacidad organizativa de obtener el máximo de *outputs* con una cantidad dada de *inputs*, se constituye en una condición *sine qua non* para obtener cantidades óptimas de un determinado bien en términos de la teoría general del equilibrio.

2. Otra forma de eficiencia corresponde a la llamada “eficiencia dinámica”, misma que se relaciona directamente con el crecimiento económico y la innovación.

Originalmente esta forma de eficiencia se le ha atribuido a Schumpeter (1942), en virtud de que se constituye en el principal defensor del crecimiento económico a través del progreso tecnológico, es decir, mediante la innovación provocada principalmente por las empresas con alto poder de mercado. Efectivamente, Schumpeter sostiene que precisamente la competencia imperfecta (el poder de mercado) es la causante de alcanzar elevados niveles de eficiencia económica reflejados especialmente en las tasas de crecimiento del ingreso nacional.¹²¹ Incluso, uno de sus principales seguidores en este aspecto, Kuttner, le otorga el calificativo de “profeta del progreso tecnológico” como máquina de crecimiento, y defensor de la competencia imperfecta como agente necesario para alcanzar dicho progreso.¹²²

Esta forma de concebir la eficiencia económica (*alter ego* del crecimiento económico y la innovación) parte de la idea de que su análisis no puede realizarse en un punto específico del tiempo. En términos generales, la eficiencia dinámica se refiere al uso eficiente de los recursos escasos a través del tiempo, de ahí que se le otorgue el calificativo de “dinámica”.¹²³

Si bien la eficiencia dinámica tiene la ventaja de situar a la eficiencia desde una perspectiva de grandes dimensiones como lo es el crecimiento económico de una sociedad determinada, otorgándole un carácter intertemporal, además de que parte de un modelo

¹²¹ Schumpeter, Joseph A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983, t. I, pp. 115 y ss.

¹²² Kuttner, Robert, *op. cit.*, p. 25.

¹²³ Wallis, Joe y Dollery, Brian, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

quizá más realista como lo es la competencia imperfecta, adolece de falta de precisión. Incluso, Kuttner reconoce que el concepto de eficiencia dinámica, por el momento, carece de instrumentos y métodos analíticos que permitan determinar su alcance.¹²⁴ En el mismo sentido se pronuncian Wallis y Dollery al indicar que la eficiencia dinámica no tiene una definición formal aceptada de manera universal.¹²⁵

Ahora bien, conviene especificar que los seguidores de la eficiencia dinámica hacen énfasis en la idea de que el concepto de eficiencia en la asignación de recursos y en la producción, convencionalmente adoptado, mismo que parte del modelo de competencia perfecta en la teoría neoliberal, es insuficiente para determinar si un sistema económico es eficiente o no, precisamente porque la base fundamental de la eficiencia dinámica se encuentra en los beneficios que reporta la competencia imperfecta.

De esta forma, la eficiencia dinámica se constituye, más que en una forma de análisis económico o de un objetivo concreto de la política económica, en una crítica a las condiciones o premisas de las que parte el concepto convencional de eficiencia económica, es decir, el concepto derivado del ahora clásico *Manual de economía política* de Vilfredo Pareto y desarrollado dentro del marco de la teoría general del equilibrio,¹²⁶ mismo que veremos a continuación.

3. Aunque no de manera unánime, pero sí de forma muy extendida, la teoría económica actual adopta el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto (también denominado óptimo de Pareto), de acuerdo con el cual una situación es eficiente cuando no es posible reorganizar la producción o el consumo de tal forma que pueda

¹²⁴ Kuttner, Robert, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁵ Wallis, Joe y Dollery, Brian, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁶ La postura de Kuttner, Robert, *op. cit.*, representa una seria crítica al modelo tradicional de competencia perfecta del que se deriva el análisis de la eficiencia en el sentido de Pareto, precisamente mediante la adopción del concepto de eficiencia dinámica (en el sentido de Schumpeter); sin embargo, cabe observar que en dicha obra no se proporcionan instrumentos definidos de análisis.

mejorar la utilidad (o el bienestar) de un individuo sin empeorar el de algún otro.¹²⁷

Cabe destacar que esta definición de eficiencia es la que adoptaremos, especialmente por tres razones: la primera, y quizá la de menor importancia, radica en las ventajas prácticas que reporta el hecho de que la eficiencia en el sentido de Pareto es la forma de eficiencia más desarrollada y estudiada dentro de la teoría económica y, que a su vez, se ha extendido a otras ramas del conocimiento científico, *v. gr.*, la filosofía, el derecho (principalmente por medio del análisis económico del derecho), la ciencia política, entre otras; en segundo lugar, porque la eficiencia en el sentido de Pareto nos sirve de criterio para analizar aquellas situaciones en las que se producen efectivamente pérdidas de eficiencia (los llamados fallos

¹²⁷ En términos de la teoría general del equilibrio, una situación óptima que comprenda tanto a la producción como al consumo requiere tres condiciones que deben operar simultáneamente, a saber: a) por una parte, la eficiencia productiva, misma que consiste en la capacidad organizativa de obtener el máximo *output* con una cantidad dada de *inputs*. Asimismo, la asignación de *inputs* para la producción de dos diferentes bienes es eficiente, cuando no es posible incrementar el *output* de por lo menos uno de los bienes sin disminuir la producción del otro. En términos formales esto significa que hay eficiencia productiva cuando la producción está en cualquiera de los puntos que conforman la curva de transformación, en lugar de estar situada dentro; b) la eficiencia en la combinación de bienes, la cual debe ser producida dada la tecnología en la producción y los gustos del consumidor. Esto significa que la producción de un determinado bien o servicio, a pesar de realizarse a un bajo coste, no se justifica *per se*, dado que los recursos destinados a esta actividad podrían ser destinados a otra cosa que genere mayor utilidad para los destinatarios (esto es, que satisfaga mejor sus necesidades o preferencias). Formalmente, para satisfacer esta condición ya no es suficiente que la producción esté situada en cualquiera de los puntos de la curva de transformación, sino que se requiere que el coste marginal de producción sea igual al nivel marginal de sustitución, y c) la tercera condición es, precisamente, la eficiencia en el consumo, misma que significa que los consumidores deben destinar su ingreso de tal forma que maximicen su utilidad, dado su ingreso y los precios de los bienes que adquieren. En términos formales esto significa que el nivel marginal de sustitución debe ser igual para todos los individuos. Todo lo anterior puede encontrarse de manera más detallada en Acocella, Nicola, *op. cit.*; Barr, Nicholas, *The Economics...*, *cit.*, y Varian, Hal R., “Distributive Justice, Welfare Economics, and the Theory of Fairness”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 4, núm. 3, primavera, 1975, pp. 223-247.

del mercado) y que dan lugar a ciertos argumentos de intervención estatal,¹²⁸ mismas que se analizarán en capítulos posteriores con referencia a la asistencia jurídica gratuita, y en tercer lugar, porque la eficiencia en el sentido de Pareto puede adoptarse como criterio para el análisis de los mercados (y del Estado) desde una perspectiva meramente positiva, así como desde una perspectiva normativa, constituyéndose así en un objetivo deseable para la sociedad. Es evidente que este último aspecto nos interesa de forma muy particular, ya que ello nos permite relacionarla (o contraponerla) a los criterios de equidad.

El concepto de eficiencia en el sentido de Pareto puede tener gran relevancia dentro del ámbito normativo de la economía, que en palabras de Acocella no es otra cosa que la llamada economía del bienestar,¹²⁹ en atención no sólo al origen de dicho concepto, sino también porque es precisamente esta rama de la economía la que le ha concedido mayor fuerza y difusión, además de tratar de complementarla, a través de la manifestación dual del llamado teorema fundamental de la economía del bienestar, con criterios de equidad estrictamente identificados con aspectos distributivos.¹³⁰ Clarifiquemos a continuación esta idea.

Por lo que se refiere al origen del llamado óptimo de Pareto, Coleman nos recuerda que surgió para evitar la problemática rela-

¹²⁸ Las circunstancias que la teoría económica reconoce como distorsiones o fallos para alcanzar el objetivo de la eficiencia tienen gran importancia para los efectos del presente trabajo, toda vez que dichas circunstancias han servido de justificación para dar paso a la actuación gubernamental, de tal forma que dicha actuación, elevada en algunos casos a rango constitucional, nos puede servir de parámetro para identificar los supuestos normativos en los que la propia Constitución Española beneficia el objetivo de alcanzar resultados eficientes.

¹²⁹ Acocella, Nicola, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁰ La vinculación necesaria entre la economía del bienestar y el ámbito normativo queda claramente especificada en Little, I. M. D., “The Foundations of Welfare Economics”, *Oxford Economic Papers, New Series*, vol. 1, núm. 2, junio de 1949, p. 234: “¿Por qué algunos economistas son tan cuidadosos de evitar juicios de valor tan obvios? Presumiblemente porque ellos quieren ser científicos y objetivos. Si ese es su deseo, no deben convertirse en economistas del bienestar”. La traducción es nuestra.

cionada con los utilitaristas clásicos respecto de la posibilidad de realizar comparaciones interpersonales entre las utilidades de los individuos.¹³¹ Uno de los aspectos primordiales de esta posición radica en identificar aquellas situaciones preferidas o indiferentes de los individuos de acuerdo con sus propias preferencias. Así, de ello no se puede deducir que una persona obtenga mayor o menor satisfacción de un determinado bien o de un conjunto de bienes que otra persona, pero sí se puede afirmar que esa persona, con dicho bien o conjunto de bienes, puede resultar beneficiada o, incluso, ser indiferente de acuerdo a sus preferencias.¹³²

Cabe decir que esta aplicación del principio de Pareto, adoptada originalmente por la economía del bienestar, también ha tenido gran aceptación por parte del análisis económico positivo, pues representa un concepto de eficiencia: la posibilidad que tienen uno o más individuos de obtener más de algo sin forzar a otros individuos a obtener menos.¹³³ El análisis económico positivo pretende utilizar el criterio de eficiencia paretiana (u “óptimo paretiano”) con independencia de cualquier juicio de valor, pero la economía del bienestar utiliza dicho concepto para ordenar estados sociales estableciendo un orden jerárquico llamado “criterio de superioridad de Pareto”, que por su importancia merece alguna explicación adicional.

Mediante el criterio de superioridad de Pareto se pretende establecer una regla de ordenación social, con base en las utilidades de los individuos, que evite la necesidad de establecer comparaciones interpersonales. Así, las funciones de utilidad individuales

¹³¹ Coleman, Jules L., “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”, *Ethics*, vol. 94, núm. 4, julio de 1984, pp. 649 y ss.

¹³² A manera de ejemplo, cuando dos individuos intercambian una naranja por una manzana, únicamente podemos decir que la parte que cambió su naranja por la manzana valora más a la segunda que a la primera y a la inversa. Pero de ello no se puede deducir que dicha persona obtiene una mayor o menor satisfacción del bien intercambiado que la otra parte (lo que implicaría una clara comparación interpersonal), pero sí se puede afirmar que ambas partes resultaron beneficiadas del intercambio de acuerdo con sus propias preferencias.

¹³³ Acocella, Nicola, *op. cit.*, p. 24.

se constituyen en una mera ordenación para distinguir aquellas situaciones preferidas o indiferentes. Como es sabido, este criterio de superioridad puede formularse de la siguiente forma: la utilidad de un grupo de individuos aumenta al moverse de S a S1, si al menos una persona está mejor en S1 que en S y ninguna otra persona está peor. Así, de acuerdo con este criterio, el estado S1 sería superior al estado S.

Ahora bien, la imposibilidad de realizar comparaciones interpersonales trae a colación un problema del que ya se han ocupado muchos economistas, referente a la construcción de un concepto de bienestar social. Como puntualizan Kaplow y Shavell, bajo la rúbrica de la economía del bienestar, el bienestar social necesariamente debe estar basado en el bienestar de los individuos.¹³⁴ Específicamente, el bienestar social se postula como una función creciente del bienestar individual, pero para ello es necesario adoptar algún método de agregación que permita tomar en consideración las utilidades o preferencias de los individuos. Los métodos propuestos han sido muy diversos, que van desde la simple suma de las preferencias individuales (asumiéndolas de manera simétrica y en la cual cada individuo cuenta de manera igual en un sentido importante) hasta la construcción de una función de bienestar social como la de Bergson (1938) y Samuelson (1947), para los cuales no es posible derivar una función de bienestar social que coincida con las funciones de bienestar de los miembros de la sociedad.¹³⁵

La elección del método de agregación o, en su caso, la elaboración de la función de bienestar social ha sido motivo de grandes disquisiciones por parte de los economistas, y evidentemente la elección del método depende en gran medida de los conceptos de

¹³⁴ Kaplow, Louis y Steven, Shavell, "Fairness versus Welfare", *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 4, febrero de 2001, pp. 984 y ss.

¹³⁵ Existe un amplio consenso entre los economistas al concebir la función de bienestar social como una función matemática que se deriva de manera explícita de los postulados ético-axiomáticos adoptados. Estos postulados necesariamente implican juicios acerca de las comparaciones interpersonales de utilidad. Ahora bien, la legitimidad de tales funciones de bienestar social depende del grado en que se reflejen los valores sociales compartidos. No está por demás decir que los parámetros que se utilicen para tal función, constituyen un problema empírico.

justicia o equidad que se adopten. De ahí que sea innegable que la perspectiva de la economía del bienestar necesariamente incorpore la formulación de ciertos juicios de valor, especialmente si consideramos que el bienestar social depende positivamente del bienestar de los individuos que integran la sociedad.

Así, el criterio de superioridad de Pareto y su aplicación en la economía del bienestar, si bien pretende subsanar el problema asociado a los utilitaristas clásicos respecto a la elaboración de comparaciones interpersonales, adolece de incorporar juicios de valor que pueden ser muy discutibles, sobre todo cuando el punto de partida consiste en el individualismo ético, es decir, las utilidades, preferencias o deseos de los individuos, a efecto de determinar el incremento o decremento del bienestar de toda la sociedad.¹³⁶

Además, el orden social que puede llegar a construirse mediante el criterio de Pareto conduce a lo que comúnmente se ha denominado como “tiranía del *statu quo*”. Efectivamente, en virtud de que el criterio de superioridad de Pareto no permite comparaciones interpersonales y únicamente admite como superior aquel estado en el que se beneficia por lo menos a una persona sin perjudicar a otra (es decir, un estado social eficiente), la ordenación social que podría construirse dejaría afuera otros estados en los que no hubiera situaciones eficientes, así como aquellos que no fueran previamente considerados. La mayoría de los cambios sociales se dan normalmente en beneficio de algunas personas, perjudicando a otras, lo que de hecho originaría que no se cumpliera el criterio de

¹³⁶ Al respecto, el premio nobel James Buchanan, señala en su artículo “Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy”, *Journal of Law and Economics*, vol. 2, octubre de 1959, pp. 124 y 125, que el principio de Pareto es por sí mismo una proposición ética, un juicio de valor. Así las cosas, el autor en comento indica que las palabras “mejorar (*better off*)” o “empeorar (*worse off*)” utilizadas en dicho principio requieren de un contenido objetivo, mismo que puede ser dado substituyendo la primera idea (*better off*) por “en la posición elegida voluntariamente”. Así, las preferencias individuales son tomadas para indicar cambios en el bienestar individual, y una persona puede decir que está mejor cuando voluntariamente cambia su posición de A a B pudiendo haber permanecido en A.

Pareto y, por ende, no se pudiera seleccionar entre una situación social y otra.¹³⁷

Por otra parte, este criterio de superioridad, en su forma original, no toma en cuenta las desigualdades existentes entre los individuos de la sociedad, no establece distinciones respecto de las personas que se verían beneficiadas en un nuevo estado SI. Tal como señala Carlos Romero, aun cuando se refiere a un criterio estrictamente utilitarista (concretamente al de Bentham), pero aplicable en este caso, “esta forma de ordenación supone que el incremento en el bienestar de una persona rica en una unidad tiene el mismo valor social que el incremento en el bienestar de una persona pobre por una unidad”.¹³⁸

Las críticas formuladas al criterio de superioridad de Pareto han pretendido solventarse de muy diversas formas, aunque casi siempre con argumentos que se alejan del plano de la eficiencia e incluyen consideraciones de contenido ético o moral. La primera crítica, relativa a su fundamento dentro del individualismo ético, se ha pretendido subsanar modificando la base de información para determinar cuándo una situación debe ser preferida a otra, esto es, pasando de las utilidades o preferencias de los individuos a conceptos de mayor contenido ético. Así, por ejemplo, el premio nobel Sen, basándose en el también premio nobel Arrow,¹³⁹ utiliza la idea de valores de los individuos, comprendiéndose en ella todas aquellas cosas que las personas tienen razones para valorar, y concretándola posteriormente a las libertades y capacidades de los individuos, de tal forma que para Sen una situación sería preferible a otra siempre y cuando en ella se incrementaran las libertades o capacidades de una o varias personas sin empeorar las de otras.¹⁴⁰

¹³⁷ Cfr. Varian, Hal R., *op. cit.*, pp. 229 y ss.

¹³⁸ Romero, Carlos, “A Note on Distributive Equity and Social Efficiency”, *Journal of Agricultural Economics*, vol. 52, núm. 2, mayo de 2001, p. 109. La traducción es nuestra.

¹³⁹ Cfr. Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1951.

¹⁴⁰ Sen, Amartya, “Markets and Freedoms: Achievements and Limitations of the Market Mechanism in Promoting Individual Freedoms”, *Oxford Economic Papers*, vol. 45, núm. 4, octubre de 1993, p. 528.

Lo mismo puede decirse respecto de Rawls, quien propone conceder un peso específico (y mayor al de los demás miembros de la sociedad) al bienestar de las personas en situación desfavorable, de tal forma que el bienestar social corresponda a la utilidad de las mismas.¹⁴¹

Ahora bien, por lo que se refiere a la llamada tiranía del *statu quo*, se han introducido nuevos axiomas que pretenden subsanar tal limitación. Es el caso de la llamada teoría de la compensación (hipotética o potencial), atribuida a Kaldor y Hicks (1939), de conformidad con la cual una situación S1 es superior a otra S si las personas que se benefician con el cambio están en posibilidad de compensar a aquellas personas que se ven perjudicadas con el mismo, de tal forma que nadie quede en una situación peor a la que se encontraba en S y que al menos una persona esté mejor en S1.¹⁴²

La diferencia entre la superioridad de Pareto y el criterio de Kaldor-Hicks consiste justamente en la diferencia entre la compensación hipotética y la actual. Si la compensación potencial se lleva a cabo efectivamente, el movimiento de S a S1 será superior en el sentido de Pareto.

La teoría de la compensación ha representado un gran esfuerzo por mantener vigente el criterio de superioridad de Pareto, ya que amplía el campo de posibilidades en las cuales pueden realizarse movimientos de una situación a otra; sin embargo, esta teoría no ha sido suficientemente aceptada por los inconvenientes que presenta el hecho de que la compensación sea meramente hipotética. Además, las críticas insuperables de Scitovsky y Arrow limitan la aplicabilidad del criterio de Kaldor-Hicks.¹⁴³

De manera resumida, Scitovsky señaló que el criterio de compensación de Kaldor y Hicks conlleva una contradicción. Supongamos

¹⁴¹ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed. en español, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

¹⁴² Véase Coleman, Jules, "Economics and the Law..." *cit.*, p. 651; Acocella, Nicola, *op. cit.*, pp. 33 y ss., y Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado: un acuerdo necesario*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 45.

¹⁴³ Cfr. Little, I. M. D., *op. cit.*, p. 236.

que el cambio de S a S1 se lleva de acuerdo con este criterio, pero la compensación (que es tan sólo potencial) no se efectúa, entonces las personas afectadas con el cambio (aquellos que no recibieron la compensación) desearán regresar a la situación inicial (S). Esto también sería posible bajo el criterio de Kaldor y Hicks, por lo que ello podría llevarnos a una situación interminable de cambios de S a S1, y posteriormente de S1 a S. Para salvar esta contradicción, Scitovsky propuso seguir un doble criterio: 1) que los beneficiados con el cambio pudieran sobrecompensar a los perjudicados, y 2) que las personas en contra de que se efectúe el cambio de S a S1 no tuvieran la posibilidad de sobornar a otras para obtener su voto en contra. Así, con este criterio doble de Scitovsky se evita la contradicción planteada respecto del criterio Kaldor-Hicks, aunque no salva las críticas relacionadas con la desigualdad en la distribución.

Por su parte, Arrow establece una serie de axiomas adicionales que permiten superar las limitaciones imputadas al criterio de superioridad de Pareto, es decir, su carácter parcial de ordenación social, separándose de esta forma de la teoría de la compensación hipotética. Los axiomas o condiciones postulados por Arrow para construir un orden social completo, adicionales al criterio paretiano, son los siguientes:¹⁴⁴

- 1) Una condición de independencia de alternativas irrelevantes: en la elección entre S y S1, debemos tomar en cuenta únicamente las preferencias individuales relativas a esas alternativas, ignorando otras posibilidades de ordenación individual.
- 2) Una condición de dominio irrestricto o universal: la regla para construir un orden social sobre la base de las ordenaciones individuales debe ser definida por todo el conjunto de ordenaciones individuales posibles. En otras palabras, la regla de ordenación social mediante las preferencias individuales incluye a cualesquiera que éstas puedan ser, siempre que cada sistema de preferencias individuales no sea contradictorio.

¹⁴⁴ Citado por Acocella, Nicola, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

- 3) Una condición de unanimidad: si todos los miembros de la sociedad prefieren S a S1, entonces en la ordenación social deberá prevalecer S a S1.
- 4) Una condición de transitividad y consistencia: si S es preferido a S1 y S1 es preferido a S2, entonces la elección social debe indicar que S es preferido a S2.
- 5) La ausencia de dictaduras: ningún individuo debe poseer una situación privilegiada que permita que cuando éste exprese su preferencia entre dos opciones y los demás individuos no estén de acuerdo, prevalezca su elección.

De esta forma, las condiciones incluidas por Arrow nos permiten construir un orden social completo a partir del criterio de superioridad de Pareto, ya que dichas condiciones simplemente son adicionales a éste; sin embargo, el cumplimiento de dichas condiciones simultáneamente se torna inaplicable, especialmente si consideramos que las preferencias individuales no pueden ser contradictorias. Al respecto, Acocella subraya que el cumplimiento de las condiciones establecidas por Arrow “únicamente puede darse si las preferencias de un cierto individuo son decisivas; esto es, si la elección de una persona determina la elección de toda la sociedad, sin incluir las preferencias de los otros miembros de la sociedad...”¹⁴⁵ Esta situación nos lleva a lo que se conoce actualmente como el “teorema de la imposibilidad” de Arrow, en virtud de que existe una tendencia generalizada a rechazar las elecciones dictatoriales y, por ende, esto hace imposible la construcción de un orden social completo.

Puede concluirse que el carácter parcial del criterio de superioridad de Pareto permanece vigente en la teoría económica.¹⁴⁶ Y

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ Esta circunstancia ha llevado a algunos economistas a preferir otros medios de ordenación social, utilizando otros medios para agregar las preferencias individuales, y estableciendo la posibilidad de efectuar comparaciones interpersonales. Asimismo, por su importancia y aceptación podemos mencionar la función de bienestar social desarrollada por Bergson y Samuelson. De acuerdo con éste último, la función toma la forma $W=W(Z_1, Z_2, Z_3\dots)$, donde la Z repre-

más aún, sigue vigente la crítica relacionada a su relación con los criterios de equidad. Como ampliamente destaca Little, el criterio de superioridad de Pareto, refiriéndose concretamente a los seguidores del principio de compensación hipotética (Kaldor y Hicks), aunque admite una ampliación a los demás criterios propuestos, no da cuenta de las desigualdades entre los individuos de la sociedad, ni introduce criterios de equidad.¹⁴⁷

Ahora pasemos a un argumento más de gran relevancia para la cuestión de la que tratamos, nos referimos al teorema fundamental de la economía del bienestar, cuya manifestación se realiza en dos partes:

La primera proposición... es que bajo ciertas condiciones específicas (incluyendo la ausencia de externalidades, *v.g.*, interdependencias ajenas al mercado), cualquier equilibrio competitivo del mercado es «Pareto eficiente». Una situación dada se define como Pareto eficiente si se da el caso de que la utilidad (preferencia, bienestar, valores, etc.) de ninguna persona puede incrementarse sin reducir la utilidad [preferencia, bienestar, valores, etc.] de otra.

La segunda parte del teorema es algo más complicada. Establece que dadas algunas condiciones (incluyendo la ausencia de externalidades, así como también la ausencia de significantes economías de escala) cualquier resultado Pareto eficiente es un equilibrio competitivo en algún conjunto determinado de precios y respecto de cierta distribución inicial de los recursos dados. Esto es, no importando qué situación Pareto eficiente especifiquemos es posible tener un equilibrio de mercado competitivo cediendo precisamente a esa situación a través de la elección apropiada de la distribución inicial de recursos.¹⁴⁸

senta todas las variables posibles, y la función se caracteriza por alguna creencia ética, sea la de un dictador benevolente o egoísta, así como la de toda la sociedad o de un grupo numeroso de la misma. *Cf.* Samuelson, Paul A., *Fundamentos del análisis económico*, 3a. ed., trad. de Uros Basic, Buenos Aires, El Atenco, 1971, pp. 224 y ss.

¹⁴⁷ Little, I. M. D., *op. cit.*, p. 236.

¹⁴⁸ Sen, Amartya, “Markets and Freedoms...”, *cit.*, pp. 520 y 521. La traducción es nuestra.

La primera parte del teorema fundamental de la economía del bienestar, o simplemente “primer teorema fundamental”, no nos representa mayor problema, en el sentido de que de éste se derivan las condiciones bajo las cuales pueden alcanzarse diferentes estados eficientes en el sentido de Pareto, situaciones que evitan la escasez o el excedente de los recursos disponibles, la presencia de excedentes de los consumidores o de los productores. En otras palabras, indica las condiciones requeridas para alcanzar un precio de equilibrio que iguale la cantidad demandada y la ofertada, lo que necesariamente redundará en la mejor utilización de los recursos escasos y, por ende, en un mayor beneficio para ambas partes (consumidores y productores). Como puede observarse, este primer teorema da cabida a una concepción esencialmente positiva del criterio de eficiencia en el sentido de Pareto, mismo que puede o no separarse del llamado criterio de superioridad y, por ende, de la economía del bienestar.

Sin embargo, la segunda parte del teorema fundamental reintroduce algunos aspectos normativos que permiten atender el planteamiento de si efectivamente un resultado eficiente incrementa el bienestar de la sociedad en su conjunto. De conformidad con Sen, precisamente la segunda parte del teorema se constituye en el medio para calificar de “óptimo social” una situación eficiente, ya que también reconoce la necesidad de contar con una “adecuada” distribución inicial de los recursos.¹⁴⁹

Así, podemos decir que la segunda parte del teorema fundamental o “segundo teorema fundamental”, se constituye en un medio para subsanar las críticas usualmente imputadas al criterio de superioridad de Pareto respecto de la distribución, esto es, que el criterio de Pareto hace caso omiso de la forma en que se distribuyen los recursos disponibles y que, por ende, pueden redundar en grandes desigualdades. Ello es así porque, en aplicación de esta segunda parte del teorema, es posible crear condiciones adecuadas en la distribución de los recursos mediante impuestos o transferencias de

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 521.

cuota fija (*lump-sum*) que lleven una asignación Pareto eficiente en la que el óptimo social sea máximo.

Si bien, en principio, la segunda parte del teorema fundamental de la economía del bienestar tiene la gran ventaja de incluir la posibilidad de demostrar que la redistribución puede conducir a una situación eficiente con máximo bienestar social, presenta dos graves problemas:

- a) El primero de ellos consiste en determinar si efectivamente es posible contar con criterios redistributivos, a través de la política impositiva y de transferencias de recursos, que no interfieran negativamente en el funcionamiento de los mercados y que, en consecuencia, permitan la obtención de resultados eficientes.
- b) El segundo problema consiste en determinar el criterio de equidad que servirá de sustento para implementar la política redistributiva adecuada.

Por lo que se refiere al primer problema planteado, la posición más generalizada dentro de la teoría económica consiste en señalar que la redistribución de recursos necesariamente tiene implicaciones en el funcionamiento del mercado, especialmente porque afecta a los incentivos (sea en la producción o el consumo, así como en el mercado laboral) y a la aceptación del riesgo (en la producción), lo que conlleva pérdidas de eficiencia. Así, comúnmente se dice que la redistribución se opone al objetivo de la eficiencia (esto es, que se produce un cierto *trade-off*),¹⁵⁰ aunque como veremos con posterior-

¹⁵⁰ Cfr. Balassa, Bela A., "Success criteria for economic systems", en Bornstein, Morris (ed.), *Comparative Economic Systems, Models and Cases*, Homewood, Richard D. Irwin, 1965, p. 13 y Okun, Arthur, *Equality and Efficiency: The Big Trade-off*, Washington D. C., Brookings Institution, 1975, pp. 88 y ss. De acuerdo con este último, las transferencias de recursos vía impositiva pueden originar varias ineficiencias provocadas por los costos administrativos que generan la recaudación y posterior transferencia, la reducción del esfuerzo laboral, los efectos distorsionantes en el ahorro y la inversión, así como por los posibles cambios en las actitudes socioeconómicas; sin embargo, como el propio autor reconoce, la existencia de un *trade-off* entre la eficiencia y la equidad no significa que necesariamente todo lo que es bueno para uno es necesariamente malo para el otro.

ridad, esta afirmación no siempre es acertada, pues la eficiencia y la equidad no son términos indefectiblemente excluyentes entre sí, lo equitativo no es necesariamente ineficiente y lo eficiente no es necesariamente inequitativo.

Por lo que hace al segundo problema, efectivamente consideramos que el teorema fundamental de la economía del bienestar es, en cierto modo, insatisfactorio, dado que no establece con precisión los criterios de justicia distributiva o equidad requeridos para efectuar una redistribución que permita incrementar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Esta situación nos lleva a la necesidad de acudir a criterios que, si bien son ajenos a la ciencia económica, los propios economistas utilizan en contadas ocasiones por el temor a distanciarse de manera irreconciliable del campo objetivo de las ciencias exactas.¹⁵¹

De lo anterior no pretendemos inferir que el criterio de Pareto sea ineficaz para determinar incrementos en el bienestar social. Por el contrario, estamos convencidos de que efectivamente tiene una influencia directa en el mismo, si tomamos en consideración que el criterio en comento redundaría en un mejor aprovechamiento de los recursos escasos; sin embargo, también es necesario subrayar que el alcance del criterio de eficiencia de Pareto, al constituirse en medio de elección social (lo que nos llevaría al criterio de superioridad de Pareto), tiene serias limitaciones, mismas que, en prin-

Asimismo, en Browning, Edgar y Johnson, William, "The trade-off between equality and efficiency", *Journal of Political Economy*, vol. 92, núm. 2, abril de 1984, p. 175, se muestra un estudio que demuestra el efecto negativo (aumento del coste marginal), concretamente en la oferta de trabajo, de las políticas redistributivas, concluyendo que la redistribución de los recursos produce, por lo general, una asignación ineficiente de los recursos.

¹⁵¹ En Rodríguez López, Fernando, "Altruismo y equidad en la caverna de los economistas", en Sánchez Macías, José Ignacio *et al.*, *Economía, derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2005, pp. 433 y ss., se pone de manifiesto la problemática que representa la carencia de información disponible respecto de cuestiones relevantes para el bienestar, como son la justicia distributiva y la equidad. Esta situación particular, de acuerdo con el autor, dificulta la relación entre medios (método científico) y fines (sociales) de la ciencia económica, a tal grado que, incluso, se ha producido la sustitución de una parte de los segundos por los primeros.

cipio, se encuentran fijadas por los criterios de justicia o equidad adoptados.¹⁵²

De esta forma, consideramos al objetivo de la eficiencia como un elemento indispensable para el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles, de forma tal que se promueva el desarrollo y el crecimiento económico que redunde en un claro beneficio para la sociedad; sin embargo, también estamos conscientes de que este objetivo es insuficiente para satisfacer las necesidades de la sociedad en su conjunto por lo que requiere de otros criterios (u objetivos) complementarios que permitan una adecuada política social y económica. Si bien estos objetivos pueden adoptar diversos enfoques (como los derechos fundamentales, la protección al medio ambiente, entre otros), consideramos que uno de ellos, de vital importancia, obedece a la justicia fomentada a través de la equidad.¹⁵³

¹⁵² Evidentemente, el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto tiene otras limitaciones que hemos omitido en el presente estudio a fin de circunscribir nuestro trabajo a su posible oposición con los criterios de equidad. Estas otras limitaciones obedecen en muchos casos a situaciones de carácter ético o moral, o que, en términos filosófico-jurídicos, pueden contemplarse dentro del ámbito del “bien público”. Dos ejemplos que usualmente se consideran como limitaciones de este orden a la eficiencia podemos encontrarlos en Okun, Arthur, *op. cit.*, pp. 2 y 3. En primer lugar, una limitación del criterio de eficiencia consiste en el hecho de que éste no establece distinción alguna respecto de aquellos productos que efectivamente satisfacen las necesidades de los individuos o que mejoran su calidad de vida, de aquellos que son superfluos o, incluso, nocivos para la salud. Efectivamente, dentro del ámbito correspondiente a la eficiencia lo importante es producir más y mejor de aquello que se ajuste a las demandas de los consumidores, con independencia de la naturaleza de lo producido. Así, la adopción de este criterio puede redundar en la producción masiva de productos de carácter superfluo o, incluso, nocivos (*v. gr.*, el alcohol y los cigarrillos), en perjuicio de la producción de recursos que efectivamente satisfagan las necesidades más apremiantes de la sociedad. Una segunda consideración obedece al concepto de «desarrollo sostenible, en el cual la eficiencia en el sentido de Pareto es insuficiente para determinar el nivel de producción, de tal forma que se asegure o proteja la disposición de recursos para las generaciones futuras.

¹⁵³ Bajo la perspectiva de la “teoría del bienestar económico de la asociación política racional” (*welfare economic theory of rational political association*), en Coleman, Jules L., “Justice in Settlements”, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 248-250, se pone de relieve la necesaria co-

Ahora bien, antes de realizar algunas consideraciones relativas a estos últimos conceptos, esto es, la equidad, y a su discutida relación con criterios de eficiencia, resulta conveniente observar, aunque sea brevemente, cómo el propio concepto de eficiencia económica se ha trasladado a otros ámbitos fuera de los límites materiales del mercado, a fin de reforzar nuestra postura en el sentido de destacar su funcionalidad en el análisis y determinación de las políticas públicas propias de todo Estado de bienestar, sin perder

nexión entre los criterios de eficiencia y equidad. De acuerdo con este autor, del teorema fundamental de la economía del bienestar en su doble vertiente claramente se desprende que los conceptos de eficiencia y de distribución de los recursos son distinguibles. Pero cabe preguntarse si están necesariamente conectados. Coleman señala que de una manera poco problemática y obvia la respuesta sería afirmativa, sin embargo, puede darse un sentido distinto a los dos teoremas, de acuerdo con el cual la eficiencia y la distribución de recursos se diferencian una de la otra. Esto significa que mediante la adopción de diversas políticas pueden fomentarse indistintamente la eficiencia o la equidad (a través de la distribución de los recursos), sin que tengan que tomarse en cuenta simultáneamente. Este sentido de independencia de criterios es lo que Coleman llama “*the Nonintegration Thesis*”. De acuerdo con éste, a pesar de su evidente plausibilidad, la *Nonintegration Thesis* es engañosa o falsa y desinformada, toda vez que ambos teoremas parten de condiciones de competencia perfecta, pero la teoría del bienestar económico de la asociación política racional, esto es, lo que Coleman denomina “*thin market contractarianism*”, establece que la asociación política se produce en cada persona racional que vela por su propio interés para superar los fallos del mercado. De esta forma, ante la presencia de fallos del mercado los dos teoremas no son obtenibles. En cambio, a efecto de superar los fallos del mercado es necesario integrar tanto consideraciones de eficiencia como de distribución de recursos. Además, continuando con el mencionado autor, en una segunda forma del *market contractarianism*, que supone no sólo la asociación política para superar los fallos del mercado (*the thin market contractarianism*), sino también para crear las condiciones necesarias para el éxito del mercado (*the thick market contractarianism*), la *Nonintegration Thesis* no sería sustentable, ya que el éxito del mercado tiene cabida mediante la solución de los fallos del mercado y, como cabe recordar, los dos teoremas fundamentales de la economía del bienestar suponen la ausencia de éstos. De esta forma, Coleman concluye que ante un mercado imperfecto, como suele ser, no es posible obtener una asignación eficiente de recursos de manera no cooperativa. La cooperación, según dice, es la única alternativa de acercamiento a los fallos del mercado, y como la cooperación conlleva tanto componentes de eficiencia como de equidad, éstos están de tal forma vinculados que resquebrajan la *Nonintegration Thesis*.

de vista, por supuesto, los problemas o carencias asociados a su propia definición.

Es el caso, precisamente, de diferentes corrientes de la ciencia económica, como el análisis económico del derecho (*Law & Economics*) y el nuevo análisis económico institucional (*New Institutional Economics*), que vienen enfatizando que la comprensión de lo que ocurre en otras esferas de la sociedad, como la jurídica o la política, puede explicarse mejor si se incluyen criterios económicos, como la eficiencia.

1. *La eficiencia en el análisis económico del derecho*

La escuela del análisis económico del derecho (en adelante, AED), como su nombre lo indica, extiende los conceptos y la metodología propia de la teoría económica al análisis de la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas. Este análisis “desarrolla una teoría *económica* sobre cómo se comportan los individuos (o «agentes») en relación con las normas jurídicas”,¹⁵⁴ sin embargo, su base intelectual más importante consiste en la aclaración de dos asuntos fundamentales: primero, ¿qué impacto tienen las normas jurídicas en la sociedad? Y segundo, ¿de qué manera las fuerzas sociales determinan y dan forma a las leyes?¹⁵⁵

Así, en términos generales, esta corriente de pensamiento se ocupa básicamente de tres cosas: 1) el examen de los efectos económicos de las normas jurídicas; 2) la búsqueda de normas jurídicas eficientes, y 3) la explicación económica de por qué las normas jurídicas son de determinada manera. De esta forma, como señala Posner, el AED presenta tanto un carácter positivo (o descriptivo) como normativo, pues se utiliza tanto para argumentar qué debe

¹⁵⁴ Kornhauser, Lewis A., “El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos”, en Roemer, Andrés (comp.), *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, México, Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas-ITAM-Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 19.

¹⁵⁵ *Cfr.* Kitch, Edmund W., “Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho”, en Roemer, Andrés (comp.), *op. cit.*, p. 51.

ser como para explicar qué es, qué ha sido o bien predecir qué será.¹⁵⁶ En otras palabras, el AED pretende explicar la naturaleza del ordenamiento jurídico (o de ciertas partes de él) y, a su vez, proporciona un criterio para la creación e interpretación del derecho (o de ciertas partes de él).

Si bien en sus orígenes más remotos se ocupaba básicamente de la legislación directamente relacionada con la actividad del mercado, en concreto, la legislación *antitrust*, su ámbito de aplicación se hizo extensivo a prácticamente todos los ámbitos del sistema jurídico, de ahí que se hable del “nuevo” análisis económico del derecho, cuyo origen inmediato se le atribuye, según el propio Posner, a Coase (1960) y a Calabresi (1961).¹⁵⁷ Ambos demostraron que una forma de actividades de no mercado que había sido sometida a una regulación jurídica extensiva podía ser analizada de manera fructífera en términos económicos.¹⁵⁸

En su famoso artículo “The Problem of Social Cost” de 1960, Coase demostró que la titularidad de los derechos de propiedad y la responsabilidad por la causación de un daño pueden explicarse en términos económicos. Para ello partió de la idea de que si lo que se busca es maximizar el valor de la producción, ante el supuesto de una actividad que genera daños hacia terceros (externalidades negativas) no necesariamente debe intervenir el Estado, sea para prohibir dicha actividad, desincentivarla a través de impuestos o establecer responsabilidades para el causante del daño, ya que las propias partes (causante del daño y afectado) pueden llegar a un acuerdo o negociación que incremente de manera “recíproca” sus

¹⁵⁶ Posner, Richard A., “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 2, diciembre de 1979, p. 284.

¹⁵⁷ Parisi, Francesco (ed.), *The economic structure of the law: the collected economic essays of Richard A. Posner*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 39.

¹⁵⁸ De hecho, como afirma Posner, Richard A., “The Law and Economic Analysis of Law”, *The American Economic Review*, vol. 77, núm. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, mayo de 1987, p. 3: el análisis económico ha llevado a obtener diversos logros en materias diversas a las directamente relacionadas con el mercado, como la educación, las causas de la regulación legislativa, el comportamiento de las instituciones sin fines de lucro, el divorcio, entre otras.

beneficios, siempre y cuando haya ausencia de costes de transacción y la titularidad de los derechos de propiedad sean transferibles. Si bien el propósito de Coase era demostrar “las limitaciones económicas del análisis jurídico tradicional del problema de las externalidades”, su teoría fue adoptada por otros autores quienes la hicieron extensiva a otros ámbitos del derecho a efecto de revelar cómo las normas e instituciones jurídicas tienen implícita una lógica económica.¹⁵⁹

Es el caso precisamente de Posner, uno de los exponentes más prolíficos y representativos del AED, para quien el derecho, especialmente bajo el esquema del *common law*, no sólo logra explicarse mejor como un verdadero esfuerzo para promover la eficiente asignación de los recursos (el aspecto positivo), sino que, incluso, debe tener como un objetivo prioritario la maximización de la riqueza (el aspecto normativo).

Para ello, Posner parte de las siguientes premisas: 1) las personas actúan racionalmente para maximizar sus satisfacciones en cualquier ámbito de su vida privada, sea para casarse o divorciarse, litigar o llegar a un acuerdo de resolución de conflictos, conducir un automóvil con o sin precaución, etcétera; 2) las normas jurídicas tienen por objeto imponer precios (o subsidiar) a estas actividades extramercado, alterando, de esta forma, la cantidad o el carácter de la actividad, y 3) el sistema del *common law* (*v. gr.*, la creación judicial del derecho) se logra explicar mejor como un esfuerzo, consciente o no, para obtener resultados eficientes en el sentido de Pareto o de Kaldor-Hicks.¹⁶⁰

La primera premisa de Posner, de la que se deriva, evidentemente, la segunda, es precisamente la que da pie a que la teoría económica, definida usualmente como la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son escasos, pueda extenderse al análisis de otros ámbitos ajenos al mercado. La lógica que sigue es muy simple: si todas las personas actúan racionalmente, en su

¹⁵⁹ Cfr. Hierro, Liborio L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 17.

¹⁶⁰ Posner, Richard, “The Law and Economic Analysis...”, *cit.*, p. 7.

propio interés, para maximizar sus beneficios, entonces también responderán a los cambios exógenos, como las sanciones y las leyes (que actúan como incentivos o desincentivos), de tal forma que su reacción sea mensurable y predecible.¹⁶¹

Sin embargo, como el propio Posner puntualiza, esta primera premisa ha sido objeto de una crítica común en el sentido de que la explicación, en términos económicos, de determinadas instituciones jurídicas y del comportamiento de las personas afectadas por las mismas, no sólo es incompleta, sino que además está sujeta a errores, toda vez que la actuación de dichas instituciones, así como de las personas afectadas por las mismas, se basa en muchas más cosas que el simple deseo de maximizar sus satisfacciones.¹⁶²

Posner, con cierta razón, responde que esta crítica refleja un desconocimiento de la naturaleza científica, ya que ésta comprende necesariamente una cierta abstracción del objeto de estudio y es, por tanto, irreal cuando se le compara directamente con las condiciones actuales. Así, el citado autor señala que una teoría económica del derecho no pretende captar la total complejidad, riqueza y confusión del fenómeno que se analiza (por ejemplo, la actividad criminal), sino “iluminarlo”. La falta de realismo no invalida la teoría, es, por el contrario, una precondition esencial del análisis científico.¹⁶³

Ahora bien, una crítica de mayor trascendencia al análisis posneriano, y que en cierta medida ha contribuido a escindir la escuela del AED en dos vertientes claramente diferenciables (una, mayoritaria, representada por Posner, y otra, por Calabresi y sus

¹⁶¹ De conformidad con Parisi, Francesco, *op. cit.*, p. xii, el trabajo de Posner expande esta proposición (la elección racional en otros ámbitos ajenos al mercado) a efecto de establecer el poder analítico de tres principios económicos fundamentales. Primero, la posibilidad de utilizar la curva de demanda para representar el comportamiento humano. El segundo principio consiste en destacar la relevancia del coste de oportunidad. El tercero consiste en señalar que los recursos y la titularidad de los derechos tienden a utilizarse en su forma más valorada si el intercambio voluntario es permitido. Estos principios son, en general, los que determinan gran parte del sentido del análisis económico del derecho.

¹⁶² *Ibidem*, p. 53.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 54.

discípulos),¹⁶⁴ radica tanto en el aspecto positivo, ya que se le imputa su falta de atención a la justicia como elemento descriptivo del derecho, como en el normativo, esto es, a la pretensión de Posner de instituir a la maximización de la riqueza (eficiencia) como un objetivo si no exclusivo sí preferencial del derecho, para lo cual llega, incluso, a identificar el concepto de justicia con el criterio de eficiencia.¹⁶⁵

La fuerza y consistencia de esta crítica al análisis posneriano, encabezada en gran medida por Dworkin (1980), ha llevado a otros autores, como Calabresi, a defender el AED desde otra perspectiva, más ajustada desde nuestro punto de vista a lo que un jurista pudiera pretender al utilizar herramientas propias de la economía. Esta perspectiva le concede al AED y con ello a la eficiencia, un carácter meramente instrumental. En el análisis descriptivo “se trata, por un lado, de la posibilidad de encontrar explicaciones plausibles a ciertas doctrinas jurídicas y cambios legales a partir de determinadas estructuras (puntos de partida) y determinados objetivos distribu-

¹⁶⁴ Al respecto, Hierro, Liborio, *op. cit.*, p. 43, sostiene que las diferencias entre Posner y Calabresi, tanto a nivel descriptivo como normativo, “son tan relevantes que hacen dudar sobre la unidad de la escuela”.

¹⁶⁵ Una de las críticas de mayor trascendencia al AED consiste, efectivamente, en señalar que éste ignora uno de los conceptos fundamentales del sistema legal, esto es, la justicia. Así, Posner pretende responder a esta crítica distinguiendo entre dos posibles significados de la justicia. Uno que identifica con la justicia distributiva, esto es, el grado adecuado de desigualdad económica (*the “proper” degree of economic inequality*), y otro, que corresponde, según el citado autor, simplemente a la eficiencia. Para explicar el sentido de este último significado, Posner señala lo siguiente: cuando uno describe como “injusta” la condena de una persona sin un procedimiento judicial previo, o cuando se priva de la propiedad a alguien sin una justa compensación, o cuando se fracasa en requerir a una persona para que responda por los daños causados por su negligencia a un tercero, estamos hablando de una conducta o práctica que derrocha recursos y no resulta sorprendente que en un mundo donde los recursos son escasos, el derroche sea visto como inmoral; sin embargo, el propio Posner aclara, sin mayor éxito frente a sus críticos, que puede haber otras nociones de justicia ajenas a la eficiencia, y para ello señala como ejemplos la posibilidad de permitir el suicidio, la discriminación racial o religiosa, el aborto, entre otros, que si bien para muchas personas estas actividades pueden hacerse terriblemente injustas o inmorales no son visiblemente ineficientes. *Cfr.* Parisi, Francesco, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

tivos propios de cada época”, además de que “el análisis positivo puede también operar en sentido contrario: es decir, si se asume que ciertas leyes pretendían o pretenden la eficiencia en ciertos objetivos económicos, el análisis puede ayudar a sugerir qué teorías distributivas, puntos de partida y presupuestos fácticos habrían sido necesarios para obtener el resultado eficiente pretendido”.¹⁶⁶ Pero esto no significa que el análisis sea el punto de vista que explica el derecho, como pretende Posner, sino que es tan sólo un punto de vista más.

Por lo que se refiere al aspecto normativo del AED, la posición de Calabresi quedaría sustentada en la siguiente proposición:

Siempre que, como consecuencia de un cambio legal, los ganadores ganen más de lo que los perdedores pierden y los efectos distributivos del cambio sean deseables o simplemente aceptables, entonces el economista-jurídico puede atacar efectivamente la ley existente [para promover el cambio].¹⁶⁷

De lo antes dicho podemos colegir que mientras Posner concibe a la eficiencia, entendida como la maximización de la riqueza, como fuerza explicativa y fundamento último del quehacer jurídico, Calabresi considera a la eficiencia como un criterio entre otros, de carácter instrumental, que sirve para explicar e, incluso, mejorar el sistema legal, pero esto último siempre y cuando se tome en consideración la redistribución de los recursos. Así, de alguna manera la posición moderada de Calabresi, al integrar criterios redistributivos, logra conciliarse mejor con el desarrollo de la teoría económica dentro del marco de la nueva economía del bienestar.

2. *La eficiencia en el nuevo análisis económico institucional*

Otro enfoque que traslada la teoría y metodología propia de la economía fuera de los límites exclusivos del mercado lo constituye el llamado “nuevo análisis económico institucional” (en adelante,

¹⁶⁶ Hierro, Liborio, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 52.

AEI), cuyo origen deviene, al igual que la escuela del AED, de las ideas expuestas por Ronald Coase en su artículo sobre el coste social, concretamente en lo que se refiere a la importancia de tomar en consideración los costes de transacción y los problemas asociados a la obtención de información.

Si bien una de las características que definían al análisis institucional en su forma primigenia era su rechazo a la teoría económica clásica, según apunta Posner, esto es, a la teoría de Adam Smith, el “nuevo” análisis económico institucional no rechaza del todo a la economía clásica.¹⁶⁸

Algunos de sus representantes, como el propio Coase y Williamson, presentan reservas sobre aspectos específicos de la teoría neoclásica, tales como la asunción de la maximización de la utilidad o la simplicidad o gratuidad de la información, e incluso el carácter abstracto e irreal de la formulación matemática; sin embargo, la mayoría de los neoinstitucionalistas no rechazan la teoría neoclásica *tout court*, sino que se limitan a señalar lo que ellos consideran sus errores o deficiencias. Gran parte de los representantes de esta escuela buscan, más que rechazar la teoría económica en su totalidad, enriquecerla de tal forma que pueda aplicarse a cualquier tipo de institución en cualquiera de las diversas culturas y en las diferentes épocas.¹⁶⁹

Para ello, de acuerdo con Fix-Fierro quien en su obra sigue a uno de los autores más representativos de la escuela neoinstitucional además de ser premio nobel de economía de 1993, es decir, Douglass C. North, la escuela del AEI establece una clara distinción entre las instituciones y las organizaciones. Por una parte, las instituciones conforman las reglas del juego de la sociedad o, más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana (*v. gr.*, el sistema legal), que “estructuran los incentivos y reducen la incertidumbre en el intercambio humano, ya sea político, social o económico”; mientras que las organiza-

¹⁶⁸ Parisi, Francesco, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁹ Para Posner la diferencia entre el análisis económico del derecho y el análisis económico neoinstitucional radica más en una mera cuestión de énfasis y vocabulario, que en su propia esencia. *Ibidem*, pp. 63 y 64.

ciones constituyen aquellas entidades que pretenden maximizar la riqueza, el ingreso o alcanzar otros objetivos definidos por las oportunidades que brinda la estructura institucional de la sociedad.¹⁷⁰

Como consecuencia de esta distinción, la escuela del AEI se separa del concepto de eficiencia en el sentido de Pareto (con un carácter preponderantemente estático) para adoptar lo que de acuerdo con Fix-Fierro se denomina “eficiencia adaptativa” (*adaptive*). En sus palabras, esta forma de eficiencia se refiere “a los tipos de reglas (instituciones) que conforman el modo en que una economía se desarrolla en el tiempo, pero también a la inclinación de una sociedad a adquirir conocimiento y a aprender, a introducir innovación, a correr riesgos y a realizar una actividad creadora de toda especie, así como a resolver problemas y cuellos de botella a través del tiempo”.¹⁷¹

Así, en términos generales, para esta escuela una situación eficiente es aquella que reduce los costes de transacción, siempre y cuando dicha reducción de costes sea mayor a los costes en tiempo y dinero causados por el propio funcionamiento institucional.¹⁷²

Ahora bien, antes de continuar con nuestro estudio es necesario poner de relieve que si bien la perspectiva del AEI tiene la ventaja de acentuar la importancia que presentan los costes de transacción para el análisis económico de determinadas instituciones, como podría ser la propia administración de justicia, además de dotar al análisis de un carácter dinámico, ello no es óbice para renunciar al esquema de la teoría económica convencional por el que hemos optado, toda vez que éste nos permite incluir tanto los costes de transacción como otros conceptos de trascendental importancia para justificar el papel que desempeña el Estado en la configuración de sus políticas públicas, como, por ejemplo, el concepto de bien público, a lo cual se suma el interés que presentan los criterios redistributivos para fomentar la equidad.

¹⁷⁰ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁷² *Ibidem*, p. 24.

III. DIVERSOS CRITERIOS DE EQUIDAD

Si bien hemos sostenido que la eficiencia es un criterio necesario para la adopción de una adecuada política económica y social, como lo es la asistencia jurídica gratuita, también se hace indispensable tomar en consideración otros criterios que participen de la sensibilidad y los valores éticos de la sociedad. Precisamente, uno de los valores de mayor trascendencia en la visión de la sociedad respecto del actuar público y su responsabilidad frente al colectivo social consiste precisamente en la idea de equidad. Como ha dicho Baumol, “persons who design public policy are, typically, at least as concerned with issues of equity as with allocative efficiency”.¹⁷³

Sin embargo, la tarea de introducir criterios de equidad que dirijan las políticas económicas y sociales de una determinada sociedad presenta serias complicaciones, no sólo por las consecuencias negativas que en otros ámbitos, concretamente por lo que se refiere a la eficiencia, pudieran generar los diferentes métodos utilizados para implementar dicho criterio, sino que además la adopción de un criterio de tal naturaleza que satisfaga de manera unánime o, en su caso, a la mayoría de los miembros de la sociedad, resulta a todas luces improbable. No sólo cada individuo tiene una idea propia sobre la equidad, sino que, incluso, en el terreno teórico las divergencias respecto de su concepción también se hacen muy patentes.

Así pues, la equidad ha recibido diferentes acepciones, mismas que podemos observar en la enumeración que a continuación nos presenta Wolf:

Consideremos, por ejemplo, las amplias diferencias y ambigüedades que resultan de interpretar a la equidad de acuerdo con cada uno de los siguientes criterios: la equidad evaluada como la perfecta igualdad de oportunidades, la equidad como igualdad de resultados [u *outcomes*], la equidad como igualdad de resultados partiendo de que el origen de dicha igualdad sea una precondition esencial para

¹⁷³ Baumol, William J., “Applied Fairness Theory and Rationing Policy”, *The American Economic Review*, vol. 72, núm. 4, septiembre de 1982, p. 639.

asegurar las ventajas para aquellos que se encuentran menos favorecidos; la equidad como imperativo categórico que especifica que ninguna acción personal o individual puede ser justa a menos que pueda aplicarse como máxima general que gobierne el comportamiento de otros; la equidad en el sentido de «equidad horizontal» (tratar igual a las personas iguales); la equidad como «equidad vertical» (tratar desigual a las personas desiguales); la equidad en un sentido Marxista; la equidad de acuerdo con el Viejo Testamento (ojo por ojo); o la equidad de acuerdo con el Nuevo Testamento (poned la otra mejilla).¹⁷⁴

Evidentemente, la enumeración que antecede no es exhaustiva, pero nos da una idea muy clara de las posibles divergencias de opinión respecto de la equidad, lo cual tiene, a su vez, serias implicaciones en los métodos utilizados para su implementación. Por ejemplo, la equidad como igualdad de oportunidades se fomenta fundamentalmente a través de la garantía de las libertades fundamentales y mediante el gasto público orientado a la salud y a la educación preferentemente, así como a la inserción de las personas pertenecientes a grupos minoritarios a la vida laboral mediante incentivos fiscales, mientras que la equidad en los resultados pudiera dar lugar a la creación de situaciones de igualdad extrema a través de la nacionalización de los medios de producción.

Esta diferenciación de significados no ha sido del todo ajena a la economía, pues todos aquellos economistas que se han aventurado a introducir criterios de equidad en su análisis, comulgan con distintas corrientes filosóficas que los llevan, incluso, a defender posturas antagónicas entre sí. Simplemente, a manera de ejemplo,

¹⁷⁴ Wolf, Charles, *op. cit.*, p. 80. La traducción es nuestra. También, de acuerdo con el autor en cita, la equidad vertical es la que probablemente ha recibido mayor atención en las últimas tres décadas, lo cual se ve reflejado en el constante crecimiento de las organizaciones, así como en la legislación, que buscan la protección de distintos grupos considerados particularmente como vulnerables o en desventaja por razón de su edad, discapacidad, etnia o género. Esta situación se hace claramente palpable en la asistencia jurídica gratuita, especialmente cuando su prestación se limita a cubrir las necesidades jurídicas de las personas en situación de pobreza.

baste observar las grandes diferencias que presenta el pensamiento liberal de Nozick respecto de las ideas propuestas por Rawls,¹⁷⁵ a lo cual cabría añadir la teoría sustentada por Kaplow y Shavell, cuyo punto de partida reside más en el ámbito del análisis económico que en la mera visión filosófica o moral.

1. *El pensamiento liberal de Nozick*

Nozick, en su famoso *Anarchy, State and Utopia*, defiende la distribución de los recursos lograda a través de la libre competencia en el mercado, en virtud de que cada cual obtiene para sí los frutos de su propio esfuerzo y tenacidad, es decir, la equidad se asemeja a la llamada regla del *quid pro quo*; sin embargo, Nozick no es indiferente respecto del contenido histórico de la distribución, esto es, la relación de hechos sucedidos a través del proceso inicial de adquisición y los sucesivos procesos de transmisión de la titularidad de los bienes y derechos.¹⁷⁶

De hecho, si estos procesos no han sido continuamente legítimos (sea mediante cualquier forma ilegítima de apropiación como el robo, el fraude, la esclavitud o la coerción, entre otros) podría justificarse, en términos del autor, la intervención del Estado a efecto de rectificar o corregir dicha situación ilegítima.¹⁷⁷

De esta forma, Nozick descarta todas aquellas teorías basadas sólo en comparaciones de tiempo presente; rechaza cualquier principio de justicia o equidad que tenga como base la igualdad o la diferencia en los resultados y, por ende, descarta cualquier postura igualitaria basada en las diferencias presentes.

De tal forma que para Nozick, las diferencias creadas por las circunstancias y las acciones pasadas de cada individuo están ple-

¹⁷⁵ Ambas doctrinas filosóficas tienen gran influencia en la teoría económica, de ahí que reiteradas veces —incluyendo al pensamiento utilitario y al marxismo— se haga mención de ellas en los textos sobre economía. Un ejemplo de lo anterior lo vemos en las obras de Sen, Amartya, “Markets and Freedoms...”, *cit.*, y Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado...*, *cit.*

¹⁷⁶ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

¹⁷⁷ *Idem.*

namente justificadas y cualquier intervención que imponga una distribución diferente (y en este sentido, arbitraria) a la que corresponde conforme a dichas acciones, constituye una verdadera injusticia, pues implica una seria intromisión en la capacidad volitiva y en la capacidad de elección de los individuos. Lo único que podría justificar una alteración a la distribución legítimamente adquirida es, precisamente, la rectificación de una injusticia previa creada por la falta de legitimidad en los procesos de adquisición o transferencia.

De acuerdo con lo anterior, Nozick concluye que no existen argumentos válidos, basados en supuestos meramente normativos, para otorgarle al Estado un papel extenso. Si la distribución ha sido propiamente generada el Estado no debe convertirse en redistribuidor, a menos que sea necesaria su mano correctora ante una posible ilegitimidad en el proceso de apropiación de los bienes y derechos. En términos generales, la forma de proceder para la rectificación de la distribución (ilegítima) consiste en determinar cuál sería el resultado esperado si tal ilegitimidad no hubiera ocurrido y, en su caso, proceder a una redistribución que permita la obtención de dicho resultado.¹⁷⁸

Así pues, Nozick únicamente reconoce la posibilidad de intervención del Estado a efecto de hacer cumplir los contratos y otorgar protección a los individuos por la comisión de delitos, pero nunca para llevar a cabo una redistribución de los recursos bajo argumentos basados en posibles desigualdades (creadas durante el proceso histórico).¹⁷⁹ La única condición que establece para considerar que la distribución de los recursos obtenida a través del mercado es justa (o, en este caso, equitativa) consiste en que esta preceda a una distribución inicial que se hubiera obtenido de manera legítima, es decir, sin el uso de la violencia, el robo o el frau-

¹⁷⁸ Nozick, Robert, "Distributive Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 3, núm. 1, otoño, 1973, pp. 125 y 126.

¹⁷⁹ El propio Nozick, *Anarchy...*, *cit.*, hace una excepción para el caso de *catatrophic moral horrors*, de tal forma que limita el campo de su teoría libertaria.

de.¹⁸⁰ Por tanto, ningún individuo puede moralmente forzar a otro a renunciar a sus bienes si se han adquirido sin violar la legalidad.

Evidentemente, esta idea conduce al Estado mínimo y, por ende, presenta escasa aplicación para justificar la acción estatal bajo criterios de equidad.

2. *Las ideas igualitarias de Rawls*

En *A Theory of Justice*, originalmente publicado en 1971, y posteriormente en su *Justice as Fairness: A Restatement* de 2001, Rawls establece una teoría cuyo objeto primario es la estructura básica de la sociedad, es decir, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales, y determinan la distribución de los beneficios y las cargas provenientes de la cooperación social. Parte del supuesto de que en la sociedad existen reglas que especifican un sistema de cooperación diseñado para beneficiar a todos los que forman parte de ella. A pesar de que la sociedad provee de ventajas para sus integrantes también existen conflictos de intereses. La cooperación tiene lugar, pues existen intereses compartidos entre sus miembros, toda vez que la convivencia en sociedad proporciona ciertas ventajas que no serían posibles de vivir en soledad. Pero los conflictos de intereses también están presentes, pues algunos desean obtener los mayores beneficios posibles en la repartición.¹⁸¹

De esta forma es necesario, de acuerdo con el autor, especificar ciertos principios que permitan elegir entre diferentes arreglos sociales (mismos que determinan la repartición de ventajas y delimitan la distribución). Estos principios proveen la forma de asignar los deberes y derechos en las instituciones básicas de la sociedad y, a su vez, definen la distribución apropiada de los límites y beneficios de la cooperación social. Estos principios constituyen la escala con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad.

¹⁸⁰ Cfr. Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado...*, cit., pp. 22 y 23.

¹⁸¹ Rawls, John, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

La forma que propone Rawls para elegir los principios que deben guiar el modo en que se efectúe la distribución de los derechos y deberes fundamentales, así como de las ventajas derivadas de la cooperación social, consiste en partir de un modelo ideal, propio de las teorías contractualistas, en la que los individuos de la sociedad elijan de manera inicial dichos principios sin que nadie sepa cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o *status* social, o sus capacidades físicas o intelectuales, en otras palabras, que se encuentren tras lo que el propio Rawls denomina “el velo de ignorancia”. De esta forma, la posición original apropiada asegura que los criterios o principios adoptados en ella sean imparciales.

En este sentido, el autor considera que:

las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas [o, mejor dicho, equitativas] si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad.¹⁸²

Así, se supone que las personas en la posición original escogerían el principio de igual libertad y restringirían las desigualdades económicas y sociales a las que fueran en interés de todos. En el fondo, el criterio de Rawls puede ser interpretado como una absoluta aversión al riesgo, en la cual los individuos toman en consideración solo aquellas situaciones en las que pudieran estar peor,

¹⁸² *Ibidem*, p. 27. De manera más detallada, Rawls enuncia los dos principios de la justicia como equidad respecto de los que él supone que habría acuerdo en la posición original: primero, cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; segundo, las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. *Ibidem*, pp. 67 y ss.

dando un coeficiente de ponderación infinito al bienestar de los más pobres.¹⁸³

De esta forma, si bien el planteamiento de Rawls tiene su fundamento en el interés individual, pues las elecciones de los individuos bajo el velo de la ignorancia atienden a los posibles resultados que podrían presentarse en un momento dado y con ello evitar una situación desventajosa, difiere sustancialmente de la teoría de Nozick, pues carece de cualquier contenido histórico. Como el propio Nozick señala: “The whole procedure of persons choosing principles in Rawls original position presupposes that no historical-entitlement conception of justice is correct”.¹⁸⁴

Por otra parte, la postura de Rawls rechaza expresamente el sistema de libertad natural que podría encontrar sustento en la postura de Nozick.¹⁸⁵ El argumento es sencillo. De acuerdo con la teoría económica convencional y bajo ciertos supuestos que implican la inexistencia de imperfecciones del mercado, el ingreso y la riqueza serían distribuidas de manera eficiente, y esa distribución eficiente particular que resulta en cualquier periodo de tiempo es determinada por la distribución inicial de los recursos, esto es, por la distribución inicial del ingreso y la riqueza, y los naturales talentos y habilidades de las personas. De tal forma que si se acepta el resultado final como equitativo y no meramente como eficiente, estaríamos ante una aceptación tácita de la base sobre la cual se efectuó la distribución inicial.

Sin embargo, de acuerdo con Rawls, en el sistema de libertad natural la distribución inicial se regula por las reglas propias del *quid pro quo* (también denominado *the conception of careers open to*

¹⁸³ Cfr. Díaz Pulido, José Manuel, “Evaluación de la equidad y los efectos distributivos de las políticas públicas”, *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Lisboa, del 8 al 11 de octubre de 2002. Después de todo, los individuos al hacer sus elecciones en la posición original que propone Rawls no son del todo imparciales.

¹⁸⁴ Nozick, Robert, “Distributive Justice...”, *cit.*, p. 90.

¹⁸⁵ De manera más enfática, el sistema de libertad natural con un claro contenido ético se encuentra en Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1972.

talents). Esta situación presupondría, por lo menos, tanto la igualdad de libertades (igualdad de oportunidades) como la libre economía de mercado. Pero de hecho, como no se exige un esfuerzo para preservar cierta igualdad o similitud en las condiciones de sus miembros, excepto las necesarias para preservar el propio sistema, la distribución inicial necesariamente será influenciada al pasar del tiempo por contingencias naturales y sociales (tales como los talentos, habilidades, suerte, entre otras). Así, la distribución del ingreso y la riqueza existente no es sino el efecto acumulativo de distribuciones anteriores de dichos talentos y habilidades, así como del uso o aprovechamiento de las mismas favorecidas o perjudicadas por las circunstancias sociales y la fortuna. De ahí que Rawls concluya que la inequidad más obvia del sistema de libertad natural consista en que la distribución de los recursos sea determinada en atención a dichos factores totalmente arbitrarios y carentes de contenido moral.

Como podemos observar de lo antes expuesto, la teoría de Nozick difiere enormemente de la postura de Rawls. Cabe destacar que mientras que la postura del primero puede servir de sustento para elegir determinadas políticas económicas y sociales que tiendan exclusivamente a la eficiencia (a través de los supuestos que ponderan a la economía de mercado), la del segundo da una prioridad indiscutible al criterio de equidad a través de la acción pública redistributiva. Así, Rawls señala de manera textual que:

... no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar... una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Rawls, John, *op. cit.*, p. 17.

3. *Tesis de Kaplow y Shavell*

Kaplow y Shavell sostienen que, de acuerdo con la economía del bienestar, las políticas legales (claramente extensivas a las políticas públicas en general) deben depender exclusivamente en sus efectos sobre el bienestar individual.¹⁸⁷ A su vez, el bienestar social depende del bienestar individual y, en consecuencia, cualquier política que busque maximizar el bienestar individual incrementa, a su vez, el bienestar de la sociedad, independientemente del método de agregación que se adopte.

La consecuencia lógica de tal afirmación, cuya comprobación es precisamente uno de los objetivos perseguidos por los citados autores, consiste en rechazar en la valoración de las políticas públicas, el otorgamiento de un peso específico a cualquier concepción de la justicia (como podría ser la justicia correctiva o el deseo de castigo o reprimenda) o de la equidad (como criterio redistributivo) que no se ajuste al bienestar. Así, de acuerdo con Kaplow y Shavell, la inclusión de cualquiera de estos criterios de manera independiente al bienestar de los individuos en la evaluación de determinadas políticas, constituye un verdadero error analítico. Lo que es más, para los citados autores la introducción de nociones abstractas o arbitrarias de tal naturaleza puede reducir el bienestar individual y siempre lo hace cuando estas nociones llevan a elegir una regla legal diferente que aquellas que se prescriben por el bienestar económico.¹⁸⁸ Además, como continúan los citados autores, no existen razones de peso para promover nociones de esta

¹⁸⁷ Kaplow, Louis y Shavell, Steven, "Fairness versus Welfare...", *cit.*, pp. 967 y ss. En un sentido amplio, estos autores conciben al bienestar individual como todo aquello que los individuos podrían valorar, sean bienes o servicios, aménidades sociales, sentimientos de solidaridad o, inclusive, la preocupación por los demás. De manera similar, en un sentido negativo, el bienestar individual implica también el rechazo por todo aquello que pudiera generar un daño, costes o inconveniencias (como podría ser la evitación de la incertidumbre). Así, el bienestar no se reduce a consideraciones hedonistas o al placer material. Su único límite está en la mente de los individuos (no así en el de los analistas).

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 970.

naturaleza a expensas del bienestar individual, no existe ninguna justificación satisfactoria.

Esto no significa un rechazo absoluto a cualquier noción de justicia o equidad, sino sólo a aquellas que no se ajustan al bienestar individual. De hecho, Kaplow y Shavell llegan a afirmar que los principios de justicia o equidad, por lo general, corresponden a normas sociales internalizadas, esto es, que se trata de máximas que las personas desean respetar porque han sido inculcadas en ellas desde su nacimiento. Estas normas sociales aparecen atractivas no sólo por su internalización, sino también porque poseen un valor social instrumental, toda vez que guían las decisiones y aspiraciones de los individuos y limitan el comportamiento oportunista.¹⁸⁹ De ahí que la búsqueda de máximas que corresponda a normas sociales internalizadas promueve la maximización del bienestar social. Así pues, los citados autores advierten que si los individuos han internalizado una norma social que esté relacionada con una noción de carácter ético o moral, pueden tener un gusto por su cumplimiento, en el sentido de que ellos pueden sentirse mejor o peor dependiendo de si la misma se refleja en las reglas legales o en la operación actual del sistema legal.¹⁹⁰

Y como cualquier factor que influya en el bienestar de los individuos es relevante para la economía del bienestar, la equidad, de acuerdo con estos autores, se incluye en la valoración de las políticas, pero no como un principio de evaluación independiente del bienestar social, sino como parte del mismo, esto es, como un beneficio que los individuos derivan efectivamente de satisfacerse. De esta forma, para Kaplow y Shavell existe una diferencia conceptual importante entre los analistas que emplean una noción de equidad con el único propósito de identificar las políticas que beneficiarían el bienestar de los individuos y aquellos que la utilizan como un principio independiente en la valoración de dichas políticas.¹⁹¹ Como veremos en nuestro siguiente apartado, esta

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 974.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 974 y 975.

¹⁹¹ De acuerdo con Kaplow y Shavell lo mismo sucede con el criterio de eficiencia. Ésta “no es más que un concepto que captura los efectos agregados

diferenciación presenta gran relevancia para la relación entre la eficiencia y la equidad, pues si ésta no se incluye como un valor independiente no existe posibilidad de que entren en conflicto.

Ahora bien, la tesis que presentan Kaplow y Shavell no niega la necesidad de incluir ciertos juicios que promuevan la redistribución del ingreso, siempre que dichos juicios estén confinados al bienestar de los individuos. Más aún, ambos reconocen que la noción económica del bienestar social es tal que se ocupa explícitamente de la distribución del ingreso, de tal forma que la economía del bienestar acomoda todos los factores que son relevantes para el bienestar individual y su distribución. Como afirman los citados autores, la redistribución de los ricos hacia los pobres, por lo general, tiende a incrementar el bienestar social, bajo el supuesto de que la utilidad marginal del ingreso es mayor en los pobres que en los ricos¹⁹² (esto es, el supuesto de la utilidad marginal decreciente). Además, la distribución del ingreso puede importar al bienestar social, porque afecta la distribución del bienestar y, bajo la perspectiva de la economía del bienestar, el bienestar social puede depender directamente en cómo el bienestar esté igualmente repartido entre los individuos. A esto se añade que la distribución del ingreso también puede importar al bienestar social en el sentido de que el bienestar de algunos individuos puede depender directamente de la distribución del ingreso, como cuando los individuos tienen sentimientos de simpatía o solidaridad hacia aquellos que son menos afortunados.

De esta forma, aun cuando Kaplow y Shavell se oponen a la inclusión de criterios de equidad que promuevan la redistribución del ingreso como criterios valorativos independientes del análisis de la economía del bienestar, no niegan la necesidad de recurrir a mecanismos de redistribución cuando los mismos promuevan la maximización del bienestar.

de ciertas políticas en el bienestar de los individuos, y la invocación de la eficiencia podría entenderse en el sentido de plantear un problema que concierne al bienestar individual más que a la obediencia de una noción técnica". *Ibidem*, p. 998. La traducción es nuestra.

¹⁹² *Ibidem*, p. 989.

Sobre el particular conviene hacer dos observaciones respecto de la tesis presentada por Kaplow y Shavell. La primera consiste en señalar que esta tesis rivaliza con las ideas antes expuestas de Rawls y Nozick, específicamente cuando estas últimas pretenden utilizarse como métodos de evaluación independiente para las políticas públicas o, incluso, cuando se utilizan como argumento de peso para justificar o negar la actuación del Estado en la implementación de dichas políticas. Evidentemente, esta observación es meramente metodológica, pues, por lo general, ambas nociones se ajustan a lo que los propios Kaplow y Shavell denominan “normas sociales internalizadas”.

La segunda observación se refiere a la posible aceptación de la tesis de Kaplow y Shavell. Al respecto, es necesario destacar que presenta la conveniencia de ajustarse al método propio de la economía del bienestar y, con ello, evitar la adopción de perspectivas diferentes a la ciencia económica (como podría ser la filosófica), a lo cual se añade la introducción de ciertos criterios éticos o de contenido moral que promueven las políticas redistributivas, cuando dichos criterios participan en la maximización del bienestar social; sin embargo, a pesar de las ventajas que presenta esta tesis, difícilmente podría existir un consenso general en cuanto a su aceptación, toda vez que para que opere la inclusión de estos criterios en el análisis de las políticas públicas, es necesario que se trate de una sociedad compuesta por individuos que han efectivamente interiorizado los más altos valores de justicia y equidad. El hecho de que la atención de las personas en situación desaventajada dependa del interés de los demás (o de la satisfacción personal que genera a los miembros de la sociedad) deja a esta teoría susceptible de severas críticas.

A fin de cuentas, la tesis propuesta por Kaplow y Shavell no se trata más que de una de las variantes utilitaristas de las modernas concepciones racionalistas de la equidad, cuya síntesis encuentra expresión en la intuitivamente atractiva pero inalcanzable fórmula de Beccaria: “la máxima felicidad dividida entre el mayor número”. La veracidad de este sentido de la equidad, como apunta Zagrebelsky, es sólo aparente, pues la equidad habla sobre todo a

favor del menor número de los excluidos de la felicidad (en este sentido, del trato desigual a los desiguales) y, en consecuencia, el bien de muchos no necesariamente es equitativo aún cuando importe la infelicidad de pocos.¹⁹³

Además, como puede observarse, la metodología adoptada por Kaplow y Shavell no se salva del problema conceptual, toda vez que si bien reduce cualquier concepto ético o filosófico a todas aquellas aspiraciones o deseos que generen una maximización en el bienestar en los individuos, no existe en la actualidad un método preciso para determinar cuáles son dichos satisfactores que admiten unanimidad o, en su caso, una simple mayoría que permita objetivos compensatorios.

Ahora bien, no obstante el rechazo que genera la identificación de conceptos diferentes como la maximización del bienestar social en términos económicos con la idea de equidad, no podemos negar que toda la historia de la humanidad es una lucha por afirmar concepciones distintas e, incluso, antitéticas, “verdaderas” sólo para quienes la profesan. A lo máximo a lo que se ha llegado, de acuerdo con este autor, es a decir que lo justo o equitativo es lo que guarda correspondencia con la propia visión de la vida en sociedad y lo injusto o inequitativo es lo que va en contra de ella.¹⁹⁴

De ahí que si bien el sentido metodológico de este trabajo difiere de la tesis de Kaplow y Shavell en cuanto que establece una clara diferenciación de conceptos, no se opone en los resultados que se pretenden alcanzar, pues en todo caso se trata de la búsqueda de la maximización del bienestar de la sociedad (tanto en términos de equidad como del criterio de eficiencia en su sentido positivo) a través de la implementación de una institución como la asistencia jurídica gratuita.

¹⁹³ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *La exigencia de la justicia*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2006, p. 20.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 18 y ss.

4. *La relación entre la eficiencia y la equidad*

De manera extensa se reconoce la importancia de incluir los objetivos de eficiencia y equidad como parte de los principios que deben guiar las políticas públicas; sin embargo, no existe pleno consenso en cuál de ambos criterios debe prevalecer en el caso de que entren en conflicto, dejando a un lado la obvia observación de que la respuesta depende de la forma en que pueda maximizarse el bienestar social. Ciertamente, su conceptualización obedece a razones muy diversas, pues mientras que al primero se le suelen imputar ventajas propias del objeto de la ciencia económica, como es el mejor aprovechamiento de los recursos escasos, el segundo hace referencia a los más altos valores que deben inspirar el quehacer humano. Se trata de conceptos diferentes cuya identificación obedecería a un error técnico.

Pero a pesar de su diferenciación conceptual, ambos criterios suelen considerarse como principios rectores de las políticas públicas, que tienen un claro efecto en la legitimación de las mismas. Si la adopción de una determinada política se percibe por la sociedad como inequitativa o, en un supuesto contrario, como totalmente ineficiente, la valoración que se efectúe de dicha política necesariamente tendrá una calificación reprobatoria. De hecho, poco importa que exista una diferenciación en la idea de equidad que se tenga de un Estado a otro, pues lo verdaderamente importante radica en que sus instituciones y su ordenamiento legal se consideren equitativas y así se defiendan, pues en el momento en que desaparece esta pretensión de un Estado, desaparece el orden jurídico y se inicia la tiranía. Lo mismo puede decirse respecto de la eficiencia en el sentido de que es responsabilidad del Estado aprovechar de manera más adecuada los recursos que se le confían, así como también lo es la corrección de algunos de los problemas que surgen en el proceso de interrelación humano, como el propio mercado. En palabras de Calsamiglia, “una sociedad idealmente justa [y equitativa] es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente

la calificaríamos de justa o equitativa”.¹⁹⁵ Además, como pone de manifiesto el citado autor, los problemas de equidad sólo se dan si existe una escasez de recursos relativa. Cuando hay abundancia no se plantean problemas de distribución, mientras que cuando hay escasez extrema se plantean los problemas de “elección trágica”.¹⁹⁶

Así pues, poco se discute la necesidad de incluir ambos objetivos, de eficiencia y equidad, como parte de una adecuada política pública. El problema se presenta cuando existe una posible rivalidad entre objetivos. En algunos casos, especialmente cuando se trata de un interés meramente económico como la mejora en los procesos de producción o consumo (*v. gr.*, en el funcionamiento de una empresa con fines de lucro), la rivalidad no se hace presente, pero en otros, especialmente cuando se trata de la adopción de una política pública que implica la introducción de algún mecanismo redistributivo (normalmente basado en argumentos de equidad), como la transferencia de recursos o la implementación de subsidios, la situación se torna compleja. Si bien la redistribución de recursos puede resultar favorable al fomento de situaciones equitativas (como sería la transferencia de recursos de quienes participan en el sistema impositivo hacia los más necesitados) su implementación podría llegar a rivalizar abiertamente con la búsqueda del criterio de eficiencia. De hecho, un amplio sector de la economía moderna considera que las políticas redistributivas pueden generar efectos adversos respecto del objetivo de eficiencia. Esta divergencia de criterios como parte de las políticas públicas es a lo que se suele referir el llamado *trade-off* entre la eficiencia y la equidad.¹⁹⁷

Al respecto, Giersch, uno de los autores más radicales en esta materia, destaca algunos de los efectos negativos que la redistribu-

¹⁹⁵ Calsamiglia, Albert, *op. cit.*, p. 314.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ Contrario al principio de superioridad que Rawls le concede a la equidad, gran parte de la economía moderna (siendo la teoría neoliberal preponderante) analiza los medios y los obstáculos para alcanzar resultados eficientes, dejando en un segundo plano la necesidad de fomentar una mayor igualdad. De ahí que los argumentos que presentamos a continuación supongan que el fomento a la equidad puede ser adverso al objetivo de la eficiencia y no a la inversa.

ción por parte del Estado provoca, bajo el argumento (utilitario) de que la transferencia de recursos vía el sistema fiscal de los “acomodados” a los “más necesitados” reduce el bienestar de la sociedad en su conjunto. Textualmente este autor afirma que:

Los impuestos de los acomodados y los subsidios a los necesitados reducirán el número de acomodados y aumentarán el de necesitados, de la misma forma que una transferencia de renta equitativa de belleza, de las mujeres más guapas a las más feas reduciría la belleza de toda la población, y, por lo tanto, la haría menos atractiva para el resto. La igualdad, a pesar de ser en sí misma muy deseada, no es sólo un concepto dudoso, sino que significa empobrecer al mundo más de lo necesario... Las proporciones elevadas de impuestos, necesarias para acercarse a la justicia social en el sentido más amplio, significan una fuerte coacción que rechazan los que pagarían las contribuciones más altas y atrae a los que anhelan rentas no ganadas.¹⁹⁸

También con la clara intención de destacar las posibles divergencias entre objetivos, Albi señala que la primera dificultad que se presenta respecto de las actividades de redistribución radica en que éstas, por lo general, son actividades de suma cero, es decir, lo que uno gana es porque otro lo pierde. Hallar criterios redistributivos que se acepten generalmente es, por consiguiente, difícil. Por otra parte, el autor en comentario pone de relieve que la actuación redistributiva puede dañar fácilmente los mecanismos de estímulo económico que hacen funcionar a los mercados con eficiencia.¹⁹⁹

Por su parte, Sen reconoce que “los intentos por erradicar la desigualdad pueden provocar en muchas circunstancias una pérdi-

¹⁹⁸ Giersch, Herbert, “Economía del gobierno y economía del mercado”, *El sector público en las economías del mercado (ensayos sobre el intervencionismo)*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979, p. 29. El citado autor critica, además, la educación gratuita, especialmente en un nivel elevado, como medio para igualar las oportunidades entre los ciudadanos, toda vez que ello generaría un número “excesivo de intelectuales”, de la misma forma que tanto la educación como la sanidad estatal afectarían el rol que desempeña la familia en la sociedad.

¹⁹⁹ Albi Ibáñez, Emilio, *Público y privado...*, *cit.*, pp. 131 y 132.

da a la mayoría y a veces incluso a todos”.²⁰⁰ Aunado a lo anterior, Sen establece que “cualquier transferencia pura (la redistribución de la renta o la provisión gratuita de un servicio público) puede influir en el sistema de incentivos de la economía”.²⁰¹ Así, de conformidad con el citado autor, es muy convincente el argumento de que un seguro de desempleo muy generoso puede reducir los incentivos de los parados para buscar empleo. Aunque cabe señalar que el mismo autor admite la dificultad para determinar la magnitud y el alcance de los efectos desincentivadores, en virtud de que las personas, por lo general, buscan empleo no sólo por razones económicas, sino también de superación personal.

Así pues, si efectivamente podemos señalar que en algunos casos existe una clara rivalidad entre los objetivos de eficiencia y equidad, el problema para el analista radica en considerar qué criterio debe prevalecer. Kaplow y Shavell no dudan en afirmar que en ningún caso se puede sacrificar el bienestar de la sociedad bajo argumentos que descansen exclusivamente en alguna concepción de justicia o equidad, cualquiera que esta sea, pues “any notions of fairness would in some circumstances, make every one worse off”.²⁰² En un sentido opuesto se pronuncia Rawls, para quien existe un claro principio de superioridad que corresponde a la justicia como equidad: no importa que los aventajados sufran alguna pérdida material si con ello se beneficia a las personas peor situadas en la sociedad.²⁰³

²⁰⁰ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, trad. de Esther Tabasco y Luis Toharia, Barcelona, Planeta, 2000, p. 121.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 164.

²⁰² Kaplow, Louis y Shavell, Steven, “Notions of Fairness versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency”, *The Yale Law Journal*, vol. 110, núm. 2, noviembre de 2000, p. 237. En cierto sentido, para estos autores no existe, propiamente hablando, una rivalidad de conceptos en el quehacer de las políticas públicas, pues el criterio de equidad no puede considerarse como un criterio independiente y exclusivo. En todo caso se trata de un concepto que en algunos casos podría identificarse con ciertas normas sociales internalizadas, cuyo cumplimiento genera por sí mismo un incremento en el bienestar de la sociedad.

²⁰³ Rawls, John, *op. cit.*, nota 38. Al respecto, Sen, Amartya, “The Impossibility of a Paretian Liberal”, *The Journal of Political Economy*, vol. 78, núm. 1,

Sin duda ambas posturas resultan hasta cierto punto convincentes, pues, de acuerdo con Kaplow y Shavell, una institución que termine afectando a la mayoría de la población no sería deseable. Por su parte, tampoco podemos negar que el criterio de equidad resulta relevante para los analistas y hacedores de las políticas públicas, pues, como advierte Sen "... la sensación de desigualdad también puede erosionar la cohesión social, y algunos tipos de desigualdad pueden hacer que resulte difícil conseguir incluso la eficiencia".²⁰⁴ De esta forma, la idea de equidad pudiera constituirse en una especie de guía que permita detectar en qué casos es necesario actuar a efecto de combatir ciertas desigualdades que se consideren abiertamente injustas o inequitativas y que por el solo hecho de existir generen un malestar para la sociedad en general.²⁰⁵ Evidentemente, esto no nos autoriza para dejar de analizar y denunciar los posibles efectos adversos que dichas políticas redistributivas presentan. En ello radica la labor del economista, en valorar los posibles beneficios o perjuicios que trae consigo una determinada política y en buscar un equilibrio entre objetivos.

Sin embargo, las posibles divergencias y, en consecuencia, la necesidad de optar por alguno de los criterios antes indicados no necesariamente se presenta en todos los casos en los que se requiere de la utilización de mecanismos redistributivos, pues algunas instituciones públicas que tienen como fundamento la promoción de claros objetivos de fomento a la equidad, como la asistencia jurídica gratuita, también benefician a la sociedad en general y se ajustan a claros criterios de eficiencia económica. En este caso, como

enero-febrero de 1970, pp. 156 y 157, demuestra que los derechos fundamentales de corte liberal pueden llegar a producir resultados que violen el criterio de eficiencia en el sentido de Pareto, de ahí que se cuestione sobre la consideración de este criterio como un verdadero objetivo a seguir. De hecho, Sen llega a sugerir "the unacceptability of the Pareto principle as a universal rule".

²⁰⁴ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad...*, cit., p. 121.

²⁰⁵ De acuerdo con Zagrebelsky, Gustavo, "La idea de justicia...", cit., p. 26: "... la justicia viene antes que la política; la política es una función de la justicia, y no la justicia de la política. O, si así se quiere decir, la injusticia no puede ser el medio de ninguna política, por más alto y noble que sea el ideal que tal política persiga".

veremos en lo subsiguiente, no existe propiamente hablando una abierta rivalidad de criterios, pues mientras la misma política pública atiende a consideraciones propias de la equidad (como el acceso a la justicia en igualdad de condiciones y con igualdad de armas para las partes contendientes), también se constituye como una respuesta a los problemas de eficiencia que enfrenta el funcionamiento del mercado y que, si dicha institución se promueve y practica de manera adecuada, las pérdidas que genera para la sociedad son menores que los beneficios que la misma proporciona.²⁰⁶

²⁰⁶ Algunos economistas establecen casos muy específicos en los que determinadas políticas redistributivas no son adversas a la eficiencia, sino que, por el contrario, la fomentan. Al respecto, véase Sala-i-Martin, Xavier, *Apuntes de crecimiento económico*, 2a. ed., trad. de Elsa Vila Artado, Barcelona, Antoni Bosch, 2000, p. 25. Sobre el particular, el autor establece que las transferencias a jubilados y parados, así como los programas de renta mínima dirigidos a la reducción de la pobreza corrigen ciertas externalidades. Sala-i-Martin señala que las transferencias entregadas a individuos pobres son una forma de “comprar” el abandono voluntario del empleo de aquellos individuos cuyo capital humano es muy reducido respecto del promedio. Como el proceso productivo se basa en la interacción entre individuos, quienes tienen un capital humano relativamente bajo —debido a razones de edad o a otra causa— reducen el capital humano medio de sus empresas y de la economía, disminuyendo la productividad del resto de los trabajadores. Las pensiones financiadas por impuestos sobre la renta podrían servir para internalizar este efecto. En este contexto, el gasto en transferencias tiene dos efectos sobre el crecimiento a largo plazo: un efecto positivo, asociado a la corrección de las externalidades que generan los trabajadores con capital humano reducido o que produce la actividad delictiva, al que se contrapone la influencia desfavorable de los mayores impuestos que distorsionan las decisiones. Por su parte, en Albi Ibáñez, Emilio, “¿Qué sector público necesitamos?”, *Estado y economía: elementos para un debate*, España, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1995, p. 24, se indica que la provisión pública de educación y sanidad puede ser una forma de corregir ciertos fallos del mercado, que incluiría, además de las externalidades, las imperfecciones en los mercados de capitales que impiden una inversión eficiente en educación y sanidad, así como los problemas derivados de las asimetrías de información, siendo ambas características propias de los mercados incompletos. Aunque con otro sentido, Lindblom, Charles E., *op. cit.*, p. 163, se cuestiona si las desigualdades pueden tomarse como un problema de eficiencia. Concluye que efectivamente las desigualdades son un problema de ineficiencia, ya que viendo al sistema de mercado como un método de asignación de los recursos de la tierra y de la sociedad para beneficio de la humanidad, uno se puede preguntar si un alto grado de desigualdad es un problema de asignación.

Así pues, si podemos demostrar que la asistencia jurídica gratuita presenta claros beneficios para la sociedad que atañen tanto a la eficiencia como a la equidad, sin dejar de considerar sus posibles efectos adversos (que en cualquier caso deben ser menores a los beneficios que dicha institución genere, a efecto de validarla), entonces no es necesario sacrificar ninguno de los objetivos que deben guiar la adopción de las políticas públicas, pues no existe una rivalidad real entre ellos.