

CAPÍTULO TERCERO

EVALUACIÓN DE IMPACTO Y ANÁLISIS  
COSTE-BENEFICIO: ¿QUÉ ES LO QUE  
IMPLICAN PARA LA FORMULACIÓN  
DE POLÍTICAS Y REFORMA DEL  
DERECHO?

SUSAN ROSE-ACKERMAN\*

\* Henry R. Luce Professor of Jurisprudence (Law and Political Science), Yale University. El presente capítulo fue preparado para la conferencia en el *Workshop on Regulatory Impact Assessments* organizado por Jean-Bernard Auby en Sciences Po, París. Para un mayor abundamiento del análisis coste-beneficio, véase el artículo de la autora: «Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review», *U. Miami L. Rev.* (2011).

## ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN . . . . .	119
II. CRITERIOS PARA EVALUAR IMPACTOS Y EL RESPETO AL PRINCIPIO DEL ANÁLISIS FUNCIONAL . . . . .	125
III. IMPLICACIONES DEL ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO EN EL CONTEXTO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULA- TORIO . . . . .	128
1. Primer caso: Corregir fallos del mercado . . . . .	136
2. Segundo caso: Otros valores en la política regula- toria . . . . .	148
3. Tercer caso: Problemas multigeneracionales a gran escala: situaciones irreversibles y catástrofes . . . . .	150
IV. CONCLUSIÓN . . . . .	155

Traducción realizada por Alicia Saavedra Bazaga.

## I. INTRODUCCIÓN

**L**a evaluación de impacto constituye ya un mandato legal en Francia<sup>1</sup>, como ya se ha observado. Ahora bien, ¿qué

[1] A propósito del control del procedimiento legislativo y la preocupación por legislar mejor, ha de tenerse en cuenta, en efecto, la reforma constitucional francesa del art. 39, operada en 2008: «ARTICULO 39(1). La iniciativa legislativa pertenece conjuntamente al primer ministro y a los miembros del Parlamento. Los proyectos de ley serán deliberados en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado y presentados ante la Mesa de una de las dos Cámaras. Los proyectos de leyes de Presupuestos y de leyes de financiación de la Seguridad Social serán sometidos en primer lugar a la Asamblea Nacional. Sin perjuicio del párrafo 1 del artículo 44, los proyectos de ley cuya finalidad principal sea la organización de las entidades territoriales serán previamente sometidos al Senado. La presentación de los proyectos de ley ante la Asamblea Nacional o el Senado cumplirá las condiciones fijadas por una ley orgánica. Los proyectos de ley no podrán inscribirse en el orden del día, si la Conferencia de los Presidentes de la primera Cámara solicitada constata que no se han observado las normas fijadas por la ley orgánica. En caso de desacuerdo entre la Conferencia de los Presidentes y el Gobierno, el Presidente de la Cámara correspondiente o el primer ministro podrá elevar consulta al Consejo Constitucional, que se pronunciará en el plazo de ocho días: En las condiciones previstas por la ley, el Presidente de una Cámara podrá someter al dictamen del Consejo de Estado, antes del examen en comisión, una proposición de ley presentada por uno de los miembros de dicha Cámara, excepto si este último se opone». La Ley Orgánica a que hace referencia en el citado art. 39 fue aprobada el 15 de abril de 2009: n° 2009-403 (Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution) y en ella se establece que la evaluación de impacto ha de acompañar al proyecto de ley para su examen en el seno del Consejo de Estado (una explicación en la OCDE: [www.oecd.org/dataoecd/30/7/45706697.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/30/7/45706697.pdf), p. 39). El procedimiento –aquí, de carácter legislativo– permite un mayor control tanto de las Cámaras, como del Consejo de Estado y, en su caso, del Consejo Constitucional. En el debate constitucional, se

supone eso en la realidad?<sup>2</sup> Sobre este tema, desde luego, la última palabra la tiene el Consejo Constitucional, puesto que se encuentra implicado en ese proceso. Mientras tanto, los políticos y los analistas políticos necesitarían confrontar las expectativas y las ambigüedades del nuevo sistema. La función básica y fundamental de la evaluación de impacto consiste en realizar políticas públicas que sean capaces de generar beneficios netos, al mismo tiempo que mejoren el control y rendición de cuentas de los poderes públicos e incorporen en el proceso otros valores relevantes<sup>3</sup>. En la Unión Europea y en la OCDE, se vislumbra el inicio de una corriente a favor de la evaluación de impacto. Ello no obstante, la evaluación de impacto requiere de un examen crítico antes de tenerla por consolidada<sup>4</sup>. En ese contexto, mi contribución crítica se con-

---

ha planteado el principio de buena elaboración y la necesidad de que el Derecho sea claro, accesible y comprensible [Nota del editor].

[2] Véase, además de la nota anterior, el capítulo primero [Nota del traductor].

[3] Sobre evaluación de impacto en los estados miembros de la Unión Europea, véase Andrea RENDA, *Impact Assessment in the EU* (2006); Jonathan B. WIENER, «Better Regulation in Europe», 59 *Current Legal Probs.* 447 (2006). Para material sobre la iniciativa de evaluación de impacto de la Unión Europea consúltese *Evaluación de Impacto—Documentos Clave*, Comisión Europea, [http://ec.europa.eu/governance/impact/key\\_docs/key\\_docs\\_en.htm](http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/key_docs_en.htm) (última actualización: 28 de septiembre de 2010).

[4] Para argumentos que sostienen que el coste-beneficio ya se ha convertido en, y debe seguir siendo, una herramienta rutinaria en la formulación de políticas, véase Richard L. REVESZ & Michael A. LIVERMORE, *Retaking Rationality: How Cost-Benefit Analysis Can Better Protect the Environment and Our Health* (2008); Cass R. SUNSTEIN, *The Cost-Benefit State: The Future of Regulatory Protection* (2002); John D. GRAHAM, «Saving Lives Through Administrative Law and Economics», 157 *U. Pa. L. Rev.* 395, 456-83 (2008) en 515-16. Pero véase a Frank ACKERMAN & Lisa HEINZERLING, *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing* (2004); Sidney A. SHAPIRO & Robert L. GLICKSMAN, *Risk Regulation at Risk: Restoring a Pragmatic Approach* (2003). Sobre la calidad del análisis coste-beneficio del Gobierno véase Robert W.

creta en la comparación entre la nueva evaluación de impacto en Francia, de un lado y, de otro, el debate sobre el papel que ha de asumir el análisis coste-beneficio (CBA en sus siglas en inglés), tanto en la realización de políticas públicas, como en la política regulatoria<sup>5</sup>, en los EE. UU.

Una enmienda de la Constitución francesa, de 23 de Julio de 2008, ha dispuesto que mediante ley orgánica se ha de regular el procedimiento de presentación de los proyectos de ley en la Asamblea Nacional o en el Senado. «Cuando no se cumpla tal requisito, los proyectos no se incluirán en el orden del día. En caso de desacuerdo entre la Conferencia de los Presidentes y el Gobierno, el Presidente de la Cámara correspondiente o el primer ministro podrá elevar consulta al Consejo Constitucional» (Artículo 39). Este genérico requisito fue concretado en la Ley Orgánica de 15 de abril de 2009, que entró en vigor en el otoño de 2009<sup>6</sup>, y en cuya virtud resulta obligado someter a evaluación de impacto cualquier proyecto de ley que el Gobierno presente al legislador. Tal evaluación de impacto debe acometerse antes de que el proyecto sea sometido a dictamen del Consejo de Estado. Una vez evacuado éste, la evaluación se adjunta al proyecto de ley que se envía al Parlamento, como documento público accesible a cualquiera que desee consultarlo, dentro o fuera de las cámaras legislativas. La asamblea dispone de diez días

---

HAHN & Patrick M. DUDLEY, «How Well Does the U.S. Government Do Benefit-Cost Analysis», 1 *Rev. Envtl. Econ. & Pol'y* 192 (2007).

[5] Sobre el concepto de política o reforma regulatoria, hemos de remitirnos a la OCDE y a los estudios y propuestas que se publican bajo sus auspicios, tanto en papel como en la página web oficial [Nota del editor].

[6] Loi Organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, n° 2009-403, article 8.

para determinar si la evaluación de impacto resulta adecuada (artículo 9 de la Ley Orgánica) y puede decidir, discrecionalmente, si las enmiendas de los miembros del Parlamento tienen que someterse a su vez a una evaluación previa a su debate (artículo 15 de la Ley Orgánica).

La Ley explica lo que una evaluación de impacto debe contener. Según su artículo 8, la evaluación de impacto ha de detallar en concreto los siguientes puntos:

- En qué forma la ley resulta conforme con la legislación de la Unión Europea en vigor o en preparación, y cuál es su impacto en el sistema jurídico interno;
- el estado en que se encuentra la aplicación de la ley a nivel nacional en las áreas o ámbitos que contempla el proyecto de ley;
- las cuestiones de Derecho transitorio que la medida depara;
- las condiciones de aplicación a nivel de las autoridades locales y de los territorios de Ultramar;
- la evaluación de los impactos económico, financiero, de empleo y medioambiental y los costes financieros, así como de beneficios esperados de las disposiciones previstas para cada categoría de Administración pública y personas naturales y legales afectadas, indicando el método de cálculo utilizado;
- la evaluación de las consecuencias de las medidas previstas sobre el sector de empleo público;
- las consultas llevadas a cabo antes del dictamen del Consejo de Estado; y
- la lista provisional de la implementación de la legislación necesaria<sup>7</sup>.

[7] Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, article 8. La traducción se toma de la OCDE, *Legislar Mejor en Europa: Francia*, 2010, pp. 109-110. Véase también el trabajo de Jean Maïa en el presente volumen.

Para un observador norteamericano, esta reforma resulta sorprendente y será de sumo interés comprobar en qué forma la evaluación de impacto regulatorio realmente afectará al proceso legislativo. En Francia, pese a que a la evaluación de impacto es un concepto todavía poco arraigado, en un solo paso se ha adquirido el compromiso de una aplicación generalizada de esta técnica, en un «momento procesal» de alto nivel político, cual es la elaboración de los anteproyectos de ley. Esto contrasta notablemente con lo que ocurre en Estados Unidos. Aunque cualquier Administración norteamericana podría respaldar sus propuestas con datos y argumentos, y aunque el Congreso cuente con unos recursos personales superiores a los de la mayoría de los parlamentos, el proceso de presentación, discusión y aprobación de las leyes en los EE. UU. No se rige por normas legales vinculantes más allá de la necesidad de que ambas cámaras aprueben un proyecto de ley por mayoría de votos y que lo firme el presidente (o que el voto de dos tercios en cada cámara le hagan superar su veto) antes de que se convierta en ley.

Aunque la Ley Orgánica francesa nominalmente sea procedimental, sus requisitos tienen implicaciones sustantivas. El Gobierno debe evaluar los impactos de carácter económico, financiero, laboral y ambiental, así como calcular los costes y beneficios financieros. Y debe hacerlo de forma transparente aun cuando sus métodos de cálculo puedan cuestionarse. El Consejo de Estado ya no es el único ni el principal árbitro de la calidad legislativa; no obstante conserva la posición preeminente de revisar los borradores antes de que se presenten al Parlamento. La diferencia estriba en que el proyecto que se envía al Parlamento es susceptible de críticas más inteligentes, tanto dentro como fuera de las cámaras en virtud de la evaluación de impacto y de la información que proporciona el Gobierno. Los grupos de representación de intereses y los ciudadanos interesados no

están legitimados para impugnar la calidad de los análisis de impacto; sólo los presidentes de las cámaras pueden cuestionar el análisis de la evaluación de impacto regulatorio ante el Consejo Constitucional para que se pronuncie sobre su idoneidad. Esta opción debería proporcionar un control limitado sobre el Gobierno, aunque el Consejo Constitucional pueda no estar bien equipado para una tarea de revisión que requiere conocimiento experto en ciencias económicas y sociales.

En cualquier caso, resulta importante observar el proceso de aplicación y cumplimiento de la precitada Ley orgánica. Se trata de un estudio complicado, por la confusión sustancial de lo que supone llevar a cabo una evaluación de impacto. Esas incertidumbres, con todo, han de despejarse de manera resuelta, puesto que, de lo contrario –si para cada caso se define de un modo diferente–, quedaría bloqueada la entera práctica de la evaluación de impacto regulatorio. La OCDE, que ha sido una firme defensora de la evaluación de impacto, aquí no nos sirve de mucha ayuda, puesto que se limita a hacer una lista de los diferentes objetivos de una evaluación de impacto sin hacer frente a los conflictos que podrían plantearse en el caso concreto. Su informe de la primavera de 2010 sobre los progresos realizados en Francia constituye un documento muy útil que analiza y critica las acciones del Estado francés, pero descuida las tensiones que se producen en el corazón de la evaluación de impacto<sup>8</sup>.

Es necesario resolver éstas tensiones, pero no pretendo ser yo quien lo haga en tan breve ensayo. Más bien lo que se pretende no es más que describir los diversos aspectos de la evaluación de impacto, mostrar cómo pueden entrar en con-

[8] OECD, *Legislar Mejor en Europa: Francia* (2010).

flicto, para luego centrarme en los puntos fuertes y débiles del análisis coste-beneficio de carácter formal, de modo que sirva para enmarcar la orientación de la evaluación de impacto en Europa. Mi objetivo es proporcionar cierto equilibrio y ponderación al debate sobre el análisis coste-beneficio, que suele llevarse a cabo en ambos lados del Atlántico de una manera excesivamente ideológica.

## II. CRITERIOS PARA EVALUAR IMPACTOS Y EL RESPETO AL PRINCIPIO DEL ANÁLISIS FUNCIONAL

En esencia, la evaluación de impacto resulta indicativa de la preocupación por la eficacia funcional del Derecho. El Estado debe evaluar las leyes y los reglamentos para determinar qué efectos tendrán sobre el comportamiento humano y si lograrán beneficios públicos. Tema éste que en sí no parece cuestionable. La evaluación de impacto no se concentra en las propiedades formales del Derecho, sino en lo que éste hace, consigue o genera. El orden, la certidumbre, la claridad en los proyectos y la coherencia tienen valor en cuanto medio para un fin, no como fines en sí mismos. La mayoría de los estudios sobre evaluación de impacto incluyen tanto disposiciones conducentes a lograr la transparencia y la participación pública previas a la proposición de nuevas normas jurídicas, como a la evaluación *ex post*. Pero, ¿qué criterios han de tenerse en cuenta para evaluar los impactos? He ahí la controversia.

Algunos análisis coste-beneficio, como sucede en Estados Unidos, obedecen a las preocupaciones de la comu-

nidad empresarial, cuyo interés fundamental consiste en la reducción de la burocracia y de las cargas administrativas. Por ejemplo, el informe de la OCDE sobre Francia pone de manifiesto el problema de la superposición normativa en detrimento de las necesidades de simplificación y de racionalización del Derecho en beneficio de las empresas<sup>9</sup>. La clasificación de los informes del *World Bank's Doing Business* se ha diseñado explícitamente para que las calificaciones altas las obtengan aquellos procedimientos que sean económicos y rápidos, con independencia de los beneficios sociales que deriven de esas normas<sup>10</sup>. Ésta es la evaluación de impacto como reflejo de una filosofía liberal que entiende que menos es más con respecto a la acción del Estado. En efecto, puede ser que Francia tenga muchas normas jurídicas que sirven de poco, pero sería demasiado pretencioso afirmarlo de forma absoluta y unilateral cuando sólo se ha analizado desde un punto de vista. Por lo tanto, habría que adoptar una posición más responsable, defendiendo la evaluación del coste-beneficio tanto de las normas existentes como de las propuestas, de tal manera que se pudiera comprobar si los beneficios superan los costes. Pero no debe darse por hecho que los beneficios vayan a ser pequeños sólo porque los costes sean gravosos.

Sea como fuere, desde el momento en que se plantea llevar a cabo el balance coste-beneficio, surge el problema de cómo medir unos y otros. En efecto, ¿cómo se debe valo-

[9] *Ibid.* Capítulo 5, las páginas 120-141 se ocupan de la simplificación de la legislación.

[10] Banco Mundial, «Doing Business Report» de 2011, disponible en el siguiente enlace <http://www.doingbusiness.org/>.

rar la salud y la vida? ¿Cómo podría descontarse el futuro? ¿Cómo se deben medir valores intangibles, como los culturales y los estéticos? Además, ¿cómo se sumarían los beneficios y los costes que provengan de diferentes personas y empresas? ¿Se debería tener en cuenta la distribución de los beneficios y costes? La ley francesa le exige al Gobierno que calcule los beneficios y costes «para cada categoría de la Administración pública, y para las personas físicas y jurídicas afectadas». Pero, ¿qué significa eso? La Ley no requiere un análisis coste-beneficio formal que busque maximizar los beneficios netos. No obstante, el uso del término «coste-beneficio» parecería sugerir o evocar algo en tal sentido. La Ley, sin embargo, no proporciona ninguna orientación sobre cómo proceder. La controversia sobre qué papel ha de corresponderle al análisis coste-beneficio en la formulación de políticas públicas pone de manifiesto las profundas tensiones existentes entre los valores económicos y los políticos.

Tanto en la Ley Orgánica como en los debates sobre «Regular Mejor» (*Better Regulation*) de la OCDE se suscitan igualmente otros tres temas que se resuelven en diferentes direcciones.

En primer lugar, los estudios en los que se discute la evaluación de impacto se refieren con frecuencia a la relevancia de la consulta pública, y la Ley exige que se acredite que el Gobierno ha emprendido amplias consultas, que se garantice la participación del público en general, y que se evite al mismo tiempo la captura por parte de los intereses sectoriales o particulares<sup>11</sup>. Si bien una mayor apertura y participación están en consonancia con los va-

[11] *Loi Organique*, *supra* nota 6, artículo 8; OCDE *supra* nota 7, capítulo 3, en 68-85.

lores democráticos, también pueden entrar en colisión con el uso de técnicas basadas en datos y el conocimiento técnico, cuando los participantes resultan estar mal informados o la muestra tomada de la población es sesgada, o se dan ambas cosas.

En segundo lugar, la evaluación de impacto a veces se confunde con la nueva gestión pública (*new public management*), a la que se hace referencia en otros capítulos, esto es, una técnica para realizar programas públicos que trata de adaptar valores del sector privado en la burocracia estatal mediante la introducción de prácticas tales como la gestión por resultados y el pago de incentivos para los funcionarios públicos, así como la externalización de determinados servicios mediante la contratación pública<sup>12</sup>.

En tercer lugar, en ocasiones se traen a la evaluación ciertos valores jurídicos puramente formales, sobre todo cuando se les confía el seguimiento y su implementación a los abogados tradicionales. El documento de la OCDE eventualmente refleja este último conjunto de valores, pese a que, en la práctica, pueden estar en abierta tensión con el análisis funcional del Derecho, principio fundamental de la evaluación de impacto<sup>13</sup>.

### III. IMPLICACIONES DEL ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO EN EL CONTEXTO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO REGULATORIO

En el presente capítulo, no pretendo resolver estas tensiones, sino más bien ayudar a los operadores jurídicos y académicos a entender las implicaciones que conllevaría

[12] Loi Organique, *supra* nota 6, artículo 8; OECD *supra* nota 7, capítulo 5, donde se describe el trabajo del Director General para la Modernización del Estado (DHME).

[13] OCDE, *supra* nota 7, capítulo 5, en 120-141.

adoptar el análisis coste-beneficio como parte de la evaluación de impacto. Es cierto que la Ley Orgánica sólo exige que los costes y beneficios se calculen, no establece un método particular para la agregación de datos. No obstante, una vez calculado el valor monetario de costes y beneficios, parece natural la identificación de la política que maximice los beneficios netos. Por tanto, es importante que analistas y políticos entiendan las implicaciones de llevar a cabo tal ejercicio. Ello supone en el fondo un compromiso de carácter «normativo», es decir, sobre lo que ha de hacerse o no, sobre el «deber ser», a menudo defendible, aunque en otros contextos puede colisionar con importantes valores públicos. La evaluación de impacto tiene la ventaja de llevar el pensamiento jurídico más allá de una preocupación por el carácter puramente formal del Derecho, abriendo así un debate en el Derecho Público sobre cómo juzgar la calidad de las leyes y las normas reglamentarias. El test del coste-beneficio de la maximización de los beneficios netos constituye uno de los criterios, pero no es el único, incluso en los casos en los que los datos sobre costes y beneficios pueden calcularse con seguridad.

En Estados Unidos los análisis coste-beneficio se realizan rutinariamente para todo tipo de políticas. Una Orden Ejecutiva, a la que se ha hecho alusión en el presente volumen<sup>14</sup>, ha establecido la obligación de tales análisis previos para todas aquellas normas de mayor calado o importancia dictadas por las agencias más relevantes y de las que se espere un impacto en la economía de al menos cien millones de dólares al año. La Oficina de Asuntos de Información y Re-

[14] Entre otros, en el capítulo primero.

gulación (*The Office of Information and Regulation*, OIRA en adelante, por sus siglas en inglés), dependiente de la Oficina Ejecutiva del Presidente, es la encargada de examinar esos informes y consultar con las autoridades y personal responsables de la regulación las formas para mejorar el análisis y hacer una política que refleje estos principios, de conformidad con la ley<sup>15</sup>. Aunque el nombramiento del director de la OIRA ha de ser confirmado en el Senado, la obligación del análisis coste-beneficio en sí se encuentra en la Orden Ejecutiva mencionada, que, como tal, podría ser unilateralmente revocada o modificada en cualquier momento por el Presidente de los EE. UU. Además, la Orden Ejecutiva sólo requiere de un estudio. Lo que no puede exigir es que una Administración o agencia apruebe una norma que maximice los beneficios netos, si ello fuera incompatible con el respec-

[15] Véase Orden Ejecutiva n.º 12.866 § 3 (d) - (e), 3 (f) (1), 6 (a) (3) (C), 3 C.F.R. 638, 641, 645-46 (1993), reimpreso en su versión modificada en 5 U.S.C. § 601 (2006). Estas secciones de la orden ejecutiva requieren que las agencias realicen un análisis de coste-beneficio para todas aquellas reglas propuestas y definitivas que tengan «un efecto anual sobre la economía de al menos 100 millones de dólares o un efecto desfavorable significativo para la economía en general, un sector de la economía, la productividad, la competencia, el empleo, el medio ambiente, la salud o la seguridad pública, o para el Estado, Gobiernos locales, o Gobiernos o comunidades tribales». *Id.* § 3 (f)(1). Para el seguimiento de las actividades actuales de la OIRA, consúltese *Office of Information and Regulatory Affairs*, Whitehouse.gov, [http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg\\_default](http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_default) (última visita: 7 de octubre de 2010). La orden ejecutiva no se aplica a las agencias independientes, como la Comisión Federal de Comercio o la Comisión Federal de Comunicaciones, pero muchas de ellas han creado oficinas de análisis de políticas para revisar regulaciones y otras políticas. Véase también Thomas O. MCGARITY, *Reinventing Rationality: The Role of Regulatory Analysis in the Federal Bureaucracy* 18 (1991); Steven CROLEY, «White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation», 70 *U. Chi. L. Rev.* 821, 824-30 (2003); Sidney A. SHAPIRO & Christopher H. SCHROEDER, «Beyond Cost-Benefit Analysis: A Pragmatic Reorientation», 32 *Harv. Envtl. L. Rev.* 433, 446-47 (2008); GRAHAM, *supra* nota 4, en 456-83.

tivo mandato legal de esa Administración o agencia, que es lo que a menudo sucede. Esta Orden Ejecutiva no se aplica a los programas de gasto, a menos que se administren mediante normas, ni a las normas dictadas por agencias independientes, como la Comisión Federal de Comunicaciones o la Comisión de Bolsa y Valores. A diferencia de la situación actual en Francia, los proyectos de leyes presentados por el Ejecutivo al Congreso no necesitan incluir una evaluación de impacto. Por tanto, el análisis coste-beneficio se ha institucionalizado en EE. UU., al menos para las normas más importantes, pero, más allá de unos pocos textos legales, no cuenta con un sustento jurídico formal.

¿Cuándo constituye el análisis coste-beneficio una herramienta apropiada para la evaluación de políticas públicas? En este capítulo sostengo que el análisis coste-beneficio representa una técnica valiosa para los responsables de elaborar las políticas públicas en EE. UU. y en Francia y la Unión Europea, por ceñirnos a los casos de estudio más detallado, pero que hay una serie de problemas actuales que no encajan bien en el modelo del análisis coste-beneficio. En particular, el cambio climático, los riesgos de accidentes nucleares, y la preservación de la biodiversidad pueden tener efectos catastróficos e irreversibles a muy largo plazo. El análisis coste-beneficio es adecuado para muchas cuestiones convencionales de política pública que tienen un efecto limitado pero significativo en la sociedad a corto y medio plazo. La mejor analogía sería la de las decisiones que toman las grandes empresas cuando planean cómo invertir para maximizar los beneficios en el tiempo. En tales casos, tanto las agencias públicas como las empresas tratan de maximizar el valor esperado de las ganancias netas, manteniéndose constantes las condiciones en el resto del mundo<sup>16</sup>. Sin embargo, no sería una

[16] Para una introducción clásica al análisis de coste-beneficio, véase E. J. MISHAN, *Cost Benefit Analysis* (edición nueva y ampliada de 1976); E. J. MISHAN



analogía adecuada para las políticas públicas con un impacto global significativo. Por tanto, la práctica de la evaluación de impacto en Francia no debe suponer la importación del análisis coste-beneficio al por mayor para todos los proyectos de leyes; si estamos o no ante una técnica apropiada, dependerá de la naturaleza que subyace al problema de cada política pública.

Yo abogo por un papel limitado del análisis coste-beneficio por dos razones. En primer lugar, el análisis coste-beneficio debe usarse para evaluar unas específicas políticas y no todas, e incluso en estos casos debe complementarse con opciones sustantivas o elección de valores que no derivan ni son dictados por la economía del bienestar. En segundo lugar, el análisis coste-beneficio presenta un marco empobrecido en lo que hace a la dimensión normativa, respecto de aquellas opciones políticas que no entran en esa primera categoría. En tales casos, la política pública debe llevarse a cabo por otros motivos y razones, a pesar de que la consideración de los costes y beneficios de un programa sea, obviamente, un requisito para la sana formulación de políticas públicas.

No quiero que se me malinterprete. No estoy argumentando en favor del retorno a una visión estricta y formal del Derecho. Más bien estoy en favor de un análisis tecnocrático –esto es, basado en un conocimiento experto–, como el que dispone la Ley Orgánica francesa, que mide los costes y beneficios de la manera más precisa posible, y que establece la utilización de estos datos para la adopción de decisiones

---

& Euston QUAH, *Cost Benefit Analysis* (5ª ed., 2007) (1976). Para la consulta de un texto más utilizado en las escuelas de política, en que se presentan los aspectos básicos, véase David L. WEIMER & Aidan R. VINING, *Policy Analysis* (5ª ed., 2011).

inteligentes de política pública<sup>17</sup>. Sin embargo, los problemas surgen cuando en la búsqueda de la única y «mejor» política pública posible, los analistas se ven obligados a hacer suposiciones controvertidas simplemente con el objetivo de generar una respuesta que «maximice» el bienestar social. El debate a menudo confunde dos problemas que se encuentran relacionados. Primero, los analistas han de dar respuesta a un conjunto de cuestiones conceptuales difíciles de resolver aun cuando esta técnica resulte adecuada porque se proyecte sobre ámbitos donde cabe hacer planteamientos de carácter prescriptivo. Y, en segundo lugar, en un plano de mayor dificultad aún, se sitúa el conjunto de problemas que afecta al núcleo de la técnica y la convierte en un indicador inadecuado para el análisis de algunas cuestiones de política pública.

En primer lugar, pues, hay problemas aun en los supuestos en que la maximización del beneficio neto constituya un objetivo público plausible. Es decir, en el mejor de los casos para la perspectiva del análisis coste-beneficio, el programa trata de corregir un fallo en los mercados privados, y las consecuencias distributivas de la ley no constituyen una preocupación prioritaria. En términos globales, los efectos distributivos serían pequeños, y aún en el caso de que fueran grandes, se orientan hacia una dirección igualitaria, como cuando una normativa limita el poder de monopolio de las grandes empresas. Aquí, los principales problemas residen en las dificultades de medición, que son de tal entidad a veces que ni el mejor análisis o consulta con los expertos pueden resolverlos. Me

---

[17] Véase, por ejemplo, mi defensa del análisis coste-beneficio como norma de fondo para ser aplicada por los tribunales a la revisión de las regulaciones diseñadas para corregir un fallo de mercado en Susan ROSE-ACKERMAN, *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State* (1992). Sunstein afirma que, aunque de forma más débil y modificada, esto es lo que los tribunales ya vienen haciendo (SUNSTEIN, *supra* nota 4, en 31-89).

refiero sobre todo a los debates sobre la tasa de descuento apropiada para los beneficios y costes futuros; los esfuerzos para tener en cuenta las actitudes ante el riesgo; o los problemas acuciantes de la medición del valor de la vida humana, de los beneficios estéticos y culturales, y del daño para el mundo natural. Las disputas sobre estos temas desembocan en profundas cuestiones filosóficas (por ejemplo, la valoración de las generaciones futuras *versus* el equilibrio del capital y del trabajo en la producción de bienes y servicios; el reconocimiento del valor de más años de vida frente a la «vida» en sí misma; las preferencias en materia de riesgo; el espacio que han de tener la cultura, los ecosistemas o los bienes naturales). Estas cuestiones no tienen respuestas «correctas» a la luz del análisis económico. Quedarían oscurecidas si se situaran bajo la rúbrica del análisis coste-beneficio. Las autoridades y personal responsable deben resolverlos de manera transparente y en términos políticos.

A veces, una determinada política pública puede considerarse mucho mejor que otras a la luz de una serie de criterios y premisas. Los tests de sensibilidad pueden explorar esta posibilidad. No hay necesidad de resolver los difíciles problemas conceptuales y filosóficos que estas cuestiones encierran, si el resultado pretendido no depende de la elección de una tasa de descuento o del valor dado a la vida humana. Tales tests deberían formar parte de la rutina y de la caja de herramientas del análisis y de las opciones presentadas a los responsables finales de elaborar las políticas públicas.

En segundo término, muchas políticas plantean importantes cuestiones de justicia distributiva, de derechos fundamentales y de equidad, especialmente entre generaciones. Hablar de «maximización de beneficio neto» no es de mucha ayuda a la hora de arrojar luz sobre aquéllas. Estas cuestiones suscitan de entrada problemas de medición, si bien las dificultades respecto del análisis coste-beneficio son más profundas. Aun en el supuesto de que todo fuera susceptible de una medición precisa, el análisis coste-beneficio no sería un indicador adecuado. No resultan muy acertados los intentos de agregar cargas distributivas al análisis coste-beneficio, ya que esta idea presupone que los expertos, sobre todo los econo-

mistas, pueden resolver cuestiones de justicia distributiva<sup>18</sup>. Las consecuencias distributivas de las políticas deberían formar parte del debate público sobre las políticas públicas, con la ayuda, eso sí, del conocimiento experto para enmarcar las consecuencias distributivas de las distintas políticas. El principal problema analítico resulta familiar para los estudiosos del impacto de los impuestos. El portador de un coste nominal puede pasar algunos de los costes a otros. Los impactos distributivos normalmente son difíciles de medir y de trazar.

En esta segunda categoría se incluyen cuestiones de política pública de gran impacto, tanto para la sociedad actual, como para las generaciones futuras. Las decisiones que hoy se tomen pueden resultar irreversibles, o muy difíciles de cambiar, transfiriendo el riesgo a las generaciones venideras de padecer las consecuencias negativas que de ahí deriven. En estos casos, el marginal, marco micro-analítico característico del análisis coste-beneficio, ni siquiera es apropiado aunque uno se sitúe en un contexto utilitarista. Los problemas, como el cambio climático, los riesgos del almacenamiento de residuos nucleares o la pérdida de la biodiversidad, por poner algunos ejemplos, pueden ocasionar grandes impactos de cara al futuro, conllevando posibles, cuando no probables, catástrofes. De estas cuestiones emergen grandes

[18] Para ver un intento reciente de revivir el concepto de función de bienestar social (SWF) ponderada hacia aquéllos con bajos niveles de utilidad, consúltese Matthew D. ADLER, «Future Generations: A Prioritarian View», 77 *Geo. Wash. L. Rev.* 1478 (2009) (en adelante, Adler, *Future Generations*), véase también Matthew D. ADLER, «Risk Equity: A New Proposal», 32 *Harv. Envtl. L. Rev.* 1 (2008) (en adelante Adler, *Risk Equity*). Adler, sin embargo, no explica cómo debe ser construida una SWF, sólo que debería ser estrictamente creciente y cóncava en utilidades, y defiende que la SWF resultante, sin embargo derivada, debe ser sólo un factor en el proceso de decisión política.

temas económicos y sociales que requieren de un enfoque normativo diferente.

Voy a comenzar con aquellas situaciones en las que los criterios de coste-beneficio no parecen presentar problemas (al menos para aquéllos con algún tipo de formación en finanzas públicas), es decir, los esfuerzos del Gobierno para corregir las deficiencias del mercado causadas por factores tales como las externalidades o el poder monopolístico. A continuación, aludiré a programas cuyos objetivos van más allá de la eficiencia económica, y en los que la agencia u organismo regulador, si bien puede buscar soluciones rentables (*cost-efficient*), no puede reducir los fines de la política de que se trate a un mero ejercicio de maximización del beneficio neto. Por último, con base en estas críticas concluiré con propuestas para el uso moderado de criterios de coste-beneficio y de técnicas de análisis de política pública.

#### 1. PRIMER CASO: CORREGIR FALLOS DEL MERCADO

Los mercados no siempre son eficientes. Así lo demuestra la tradición económica. Las externalidades, como la contaminación del aire y el agua, imponen costes que una empresa que maximiza el beneficio no tendría en cuenta, si no fuera porque está legalmente obligada a ello o por la amenaza de que, de no cumplir, incurriría en responsabilidad. Las empresas pueden tratar de ejercer el poder de monopolio, y las grandes barreras de entrada pueden imposibilitar la idea de la competencia. La información sobre riesgos y daños, o no suele estar disponible, o no es la adecuada al no haber sido procesada por personas expertas en la materia. Uno puede

observar las leyes que tratan de corregir estos fallos del mercado a través de la lente de la eficiencia económica; se trata de leyes que pretenden corregir los problemas de mercados y sectores concretos no son aptas, en cambio, para hacer grandes consideraciones de justicia distributiva, que de ordinario conllevan una distribución global de los ingresos, riqueza y oportunidades económicas. Es cierto que algunas políticas pueden generar un impacto particularmente grave sobre un colectivo concreto, pero se trata de cuestiones colaterales que pueden ser resueltas. El análisis coste-beneficio se aplicó por primera vez a los proyectos de infraestructuras públicas en los Estados Unidos, y estos supuestos siguen siendo buenos candidatos hoy día para el análisis coste-beneficio, ya que cubren el vacío (o *gap*) que deja el mercado privado, al tiempo que se espera que contribuya a un funcionamiento eficiente de la sociedad.

Para estas políticas públicas, el objetivo consistente en hallar la solución económicamente más eficiente parece relativamente sencillo. El problema reside en la medición, no es una cuestión de principio o de base. Y, sin embargo, también aquí surgen cuestiones de principio, cuando se buscan los criterios de medición adecuados. En el nivel más básico, el objetivo se localiza en maximizar los beneficios netos de una política; ahora bien, ¿cómo se deben medir los beneficios y costes de tal manera que sean calculados en unidades que permitan la comparación? Jeremy Bentham, el máximo exponente del test coste-beneficio, pensaba que la utilidad individual se puede medir en cardinales, unidades interpersonales que sumadas conseguirían «la mayor felicidad del

mayor número»<sup>19</sup>. Supongamos que los beneficios marginales caen a medida que aumenta la escala de la política y que se elevan los costes marginales. Ello significa que el bienestar alcanza su máximo donde los beneficios marginales de la política pública igualan los costes marginales. Dejando a un lado los debates sobre las implicaciones de este principio para la política sobre la población, el problema clave en la formulación de Bentham es que nadie sabe cómo medir la utilidad con el fin de permitir las comparaciones interpersonales. La utilidad no es una esencia que se puede medir en unidades como kilos y centímetros, y compararse entre personas<sup>20</sup>. Afortunadamente, la *Marginalist Revolution* de fines del siglo XIX, impulsada por las escuelas que desarrollaron las teorías de la utilidad marginal, pudo demostrar que era posible obtener los resultados clave en teoría económica prescindiendo de las comparaciones de la utilidad interpersonal cardinal, y presuponiendo que la gente podía elegir entre las opciones disponibles de manera coherente. Por su parte, la teoría de la preferencia revelada (*revealed-preference theory*), desarrollada en la microeconomía, pudo mostrar la consistencia de las relaciones de preferencia a partir del estudio de las opciones reales que los individuos eligen en el

[19] Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 5 n° 1 (edición facsímil, 1907) (1823).

[20] Van Neumann y Morgenstern desarrollaron una manera de producir una escala de utilidad cardinal para las personas según sus preferencias reveladas sobre loterías, pero ésta no permite comparaciones interpersonales. Véase John VON NEUMANN & Oskar MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior* (3ª ed., 1953). Para consultar críticas a este enfoque, véase Ken BINMORE, *Rational Decisions* 58-59 (2009).

mercado<sup>21</sup>. Sin embargo, esa revolución, elegante e importante como fue, dejó fuera de su consideración el análisis normativo de la política pública desde la perspectiva de la utilidad. ¿Cómo puede uno saber si una política es mejor que otra si no se pueden comparar los costes y beneficios obtenidos por personas diferentes en una única métrica? La eficiencia paretiana parecía ser lo único que quedaba, es decir, un conjunto de resultados posibles donde nadie puede mejorar sin que alguien más empeore. Todas las sociedades cuentan con muchos de esos supuestos, y en los que aunque no se malgasten recursos, la forma de asignación entre individuos resulta diferente. Se pueden identificar fallos de mercado que sitúen a la sociedad por debajo de la frontera de la eficiencia, aunque ello no impide un margen de posibles formas de avanzar hacia un resultado eficiente que pueda imponer costes a algunos y beneficios a otros.

Muchos resultados óptimos conforme al criterio de Pareto, no son desde esta perspectiva superiores al *status quo*; es decir, son eficientes, pero lograrlo impone costes para algunos y beneficios para otros. Sin embargo, limitar la política pública sólo a las opciones superiores en la escala de Pareto entraña un enorme peso normativo sobre el *status quo* de la distribución de recursos. Se tendría que argumentar que el *status quo* es tan justo y equitativo que nadie debería empeorar su situación para proporcionar beneficios sociales a la sociedad.

Los economistas llenaron ese vacío en la segunda mitad del siglo XX con el postulado de la «función de bienestar

[21] Véase Paul Anthony SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis* 90-124 (1948).

social» (*social-welfare function*) para representar la forma en que la sociedad de alguna manera habría decidido ponderar o equilibrar el bienestar de sus ciudadanos. Los responsables de la elaboración de políticas públicas han de aprovechar al máximo esta función sometida a la frontera de eficiencia de Pareto para producir la mejor opción posible, dados unos recursos limitados; un resultado llamado por algunos analistas económicos extrañamente «el punto óptimo de satisfacción» (*the bliss point*)<sup>22</sup>. El teorema de la imposibilidad de Kenneth Arrow demostró que tal función no existía en condiciones mínimas, algo que puede no haber sorprendido a los politólogos y a los políticos con experiencia en conflictos de intereses privados<sup>23</sup>. Los profesionales de la economía parecían retroceder hacia atrás en el tiempo para conformarse con la simple afirmación de que la política pública podría servir para corregir las fallas de mercado, pero con muy poco que decir sobre cuál podría ser la mejor opción<sup>24</sup>.

El análisis coste-beneficio apareció justamente para llenar ese hueco (*gap*), en primer lugar, para la construcción de presas por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército y luego para una más amplia gama de políticas públicas, entre las que ahora se incluyen las políticas regulatorias<sup>25</sup>. La idea bá-

[22] Véase *id.* en 219-28; Abram BERGSON, «A Reformation of Certain Aspects of Welfare Economics», 52 *Q. J. Econ.* 310 (1938).

[23] Véase Kenneth J. ARROW, *Social Choice and Individual Values* (1951).

[24] Un intento reciente de revivir el concepto por parte de Matthew Adler no ha resuelto el problema de las comparaciones interpersonales de una manera convincente. Véase Adler, *Future Generations*, *supra* nota 14; Adler, *Risk Equity*, *supra* nota 14.

[25] Sobre la historia temprana del análisis coste-beneficio en el Gobierno federal, véase *Public Expenditures and Policy Analysis* (Robert H. HAVEMAN & Julius MARGOLIS -Eds., 1970), donde se evalúa el estado del análisis de po-

sica era ceñirse al cálculo utilitarista de Bentham, aunque usando dólares o euros, como la unidad común de medida, en lugar de utilidades. Así y todo, hay un conocido problema con el dinero. Y es que no guarda una relación de uno a uno en relación con la utilidad o la felicidad. Una persona rica puede estar dispuesta a pagar más por un beneficio o evitar un coste, que una persona más pobre, simplemente porque tiene más dinero que gastar. Sin embargo, si el programa es pequeño en relación con el conjunto de la economía y no está especialmente orientado hacia, o fuera de, uno u otro grupo de ingresos, los precios de mercado constituyen una representación razonable del coste de oportunidad de los recursos utilizados para llevar a cabo la política. Podemos pensar en la política pública como si fuera un cambio marginal hacia la frontera de Pareto, enfatizando las consecuencias relevantes de carácter distributivo y tratando una y otra dimensión por separado<sup>26</sup>.

Supongamos que ya hemos eliminado los temores y que estamos listos para llevar a cabo un análisis coste-beneficio que aísle los costes de oportunidad de un programa y cuantifique los beneficios. En otras palabras, se trata de ir más allá de los costes presupuestarios del Gobierno para cuestionar si hay otros costes sociales, y calcular los beneficios sociales. La primera tarea resulta poco problemática y consiste

líticas como técnica, utilizada en el Gobierno federal bajo el llamado sistema de planificación de la programación presupuestaria. Para ver una recopilación temprana de los estudios de coste-beneficio, consúltase *Measuring Benefits of Government Investments* (Robert Dorfman -Ed., 1965). La primera mención de balance de coste-beneficio se hizo en el «Flood Control Act» de 1936 (PL 74-738) que requería que «los beneficios que se devengaran excedieran los costes».

[26] Véase MISHAN & QUAH, *supra* nota 16; WEIMER & VINING, *supra* nota 16.

en detallar los costes y beneficios cualesquiera que sean las unidades disponibles, ya sean en dólares, cantidad de vidas que se esperaba salvar o perder, efectos sobre la salud, o beneficios para la naturaleza y respecto de objetos históricos o culturales. Estos beneficios y costes deben ser cuantificados anualmente de cara al futuro sin incertidumbres notables. Estos son los pilares fundamentales, y aunque resulta difícil criticar los esfuerzos realizados para acumular tal información, sí debe señalarse que la escasez de tiempo y dinero pueden limitar la calidad y la cantidad de estos datos.

Los casos más sencillos son aquéllos en los que hay un mercado razonablemente competitivo para que los analistas puedan utilizar precios de mercado a fin de medir los costes de oportunidad desde la premisa de que la política en sí misma no afecta a los precios de mercado. Por ejemplo, cuando el Cuerpo de Ingenieros de los EE. UU. considera si construir o no una presa, puede utilizar los precios de mercado del cemento, de la arena y de la mano de obra para estimar los costes. Los agricultores se benefician de agua de riego más barata. Ello puede traducirse en mayores rendimientos en los beneficios, medidos por el incremento de las ventas de productos agrícolas, dando por hecho que el proyecto no tiene impactos en el mercado global. El Cuerpo puede descontar el flujo de beneficios con respecto al presente, utilizando una tasa de descuento que refleje el coste de oportunidad del capital. Cabría criticar el limitado análisis, por cuanto centrado en la productividad agrícola y los costes tangibles, pero dada esta visión de los costes y beneficios relevantes, el Cuerpo puede confiar en el sistema de mercado para determinar los costes de oportunidad y los beneficios del proyecto.

Nótese la facilidad con la que surgen los problemas de medición en las áreas de regulación que no siguen el simple caso descrito anteriormente. Los precios de mercado no están disponibles para muchos beneficios y costes regulatorios, y los ingeniosos intentos de imitar el mercado están plagados de incertidumbre. Una posible

tasa de descuento es el coste de oportunidad del capital, pero otros abogan por la tasa de los consumidores de preferencia temporal; tasas que, en nuestro mundo imperfecto, no necesitan ser equivalentes. Usando el coste de oportunidad del capital se asegura una proporción capital-trabajo para los programas del Gobierno en línea con los incentivos de inversión privada, de tal manera que el capital no esté sobre- o infrautilizado por el Gobierno. En la Unión Soviética surgió un problema similar, el de la naturaleza demasiado intensiva del capital en los proyectos de inversión, porque el capital, en la teoría marxista, no tenía ningún valor y, por lo tanto, se sobreutilizaba. Por otro lado, el uso de la tasa de preferencia temporal requiere que se conozca cómo los ciudadanos equilibran beneficios y costes presentes y futuros. Si los mercados de capitales tienen imperfecciones, estas tasas no necesitan ser iguales<sup>27</sup>.

Si los beneficios que derivan de la corrección de las fallas del mercado se proyectan mucho hacia el futuro, la política pública deberá incorporar las preferencias de las generaciones futuras. La lógica del descuento significa que a estas preferencias se les da poco peso más allá de cincuenta años aproximadamente en relación a cualquier tasa de descuento cercana a la tasa a largo plazo de retorno de capital. Para la

[27] Para diferentes perspectivas articuladas en los artículos recogidos en un simposio de la *Revista de Derecho de la Universidad de Chicago* sobre la equidad intergeneracional y el descuento, consúltese Geoffrey HEAL, «Discounting: A Review of Basic Economics», 74 *U. Chi. L. Rev.* 59 (2007); Louis KAPLOW, «Discounting Dollars, Discounting Lives: Intergenerational Distributive Justice and Efficiency», 74 *U. Chi. L. Rev.* 79 (2007); Douglas A. KYSAR, «Discounting... on Stilts», 74 *U. Chi. L. Rev.* 119 (2007); Dexter SAMIDA & David A. WEISBACH, «Paretian Intergenerational Discounting», 74 *U. Chi. L. Rev.* 145 (2007); Cass R. SUNSTEIN & Arden ROWELL, «On Discounting Regulatory Benefits: Risk, Money, and Intergenerational Equity», 74 *U. Chi. L. Rev.* 171 (2007); W. KIP VISCUSI, «Rational Discounting for Regulatory Analysis», 74 *U. Chi. L. Rev.* 209 (2007).

mayoría de los programas regulatorios y de gasto convencionales, esto no plantea ningún problema especial. Las políticas públicas corrigen los fallos de mercado que benefician a las personas a relativamente corto plazo, y, lo que es más importante, no se generan situaciones irreversibles. Los efectos no amenazan a las generaciones futuras con catástrofes o con la posibilidad de malos resultados macroeconómicos. En términos generales, cabe presumir que las políticas públicas que hacen que la economía sea más eficiente y esté menos sujeta a externalidades negativas, en definitiva, serán políticas que las generaciones futuras querrán mantener. Sin embargo, las futuras generaciones podrán decidir si realmente continúan o no con tal política. Por ello, es necesario establecer una tasa de descuento o, al menos, llevar a cabo un análisis de sensibilidad usando una gama de tasas plausibles, pero el problema surge de las imperfecciones del mercado, no de controversias filosóficas profundas. Una condición clave es que la política pública sea reversible en el futuro, si los representantes así lo deciden. Los responsables de la elaboración de políticas públicas de hoy no están bloqueando futuros Gobiernos, ni sometiendo a las generaciones futuras a riesgos catastróficos irreversibles.

Una segunda cuestión de medición consiste en la gestión del riesgo. Muchas políticas, especialmente en el área de salud y seguridad, obtienen beneficios inciertos. Reducen el riesgo de cáncer o de enfermedad pulmonar por ejemplo, pero hay un gran margen de error en las estimaciones. Y aun en el supuesto en que se sepa el número real de casos con un alto grado de certeza, nadie puede saber *ex ante* quién va a enfermar en realidad. Estos dos tipos de riesgo plantean cuestiones de medición diferentes aunque relacionadas:

El caso más sencillo se produce cuando el riesgo se distribuye de forma general o amplia, y por igual, a toda la población, y la regulación reduce el riesgo de todos en igual medida. En tal caso, el beneficio esperado sería la disminución del riesgo multiplicado por el nivel medio de daño. Si el daño resulta cuantificable, el único problema aquí es la posibilidad de que las personas tengan diferentes actitudes hacia el riesgo. ¿Debemos usar valores esperados, que asuman la neutralidad del riesgo, o considerar que por lo general la gente tiene aversión al riesgo? Es éste un tema que se mueve entre la predicción de preferencias y la argumentación en favor de que el Gobierno adopte una actitud concreta ante el riesgo, al margen de la percepción estimada de lo que los ciudadanos puedan pensar.

Los casos más difíciles se presentan cuando la ciencia no proporciona una buena estimación del riesgo evitado mediante una determinada política pública. En tal hipótesis, el riesgo no se limita a la identificación de las víctimas, sino que incluye la incertidumbre acerca del nivel real de daño evitado<sup>28</sup>. ¿Cuál es el nivel de prevención que la regulación ha de alcanzar cuando hay posibilidades de que el daño evitado sea bastante pequeño? ¿Debe depender ese nivel de las estimaciones de la aversión al riesgo o, alternativamente, del miedo que las potenciales víctimas tendrían de salir perjudicadas?

Paradójicamente, puede ser más difícil aún realizar una política determinada en este contexto, si el Estado conoce las identidades de las víctimas, algunas de las cuales pueden salvarse dependiendo de rigor y ajuste de la política propuesta. Aquí, la mayoría no recibe ningún beneficio, y unos pocos reciben beneficios muy grandes,

[28] Véase, por ejemplo, el debate sobre la regulación de la Agencia de Protección Ambiental de arsénico en el agua potable. Véase ACKERMAN & HEINZERLING, *supra* nota 4, en 91-98, 111-14; Jason K. BURNETT & Robert W. HAHN, «A Costly Benefit: Economic Analysis Does Not Support EPA's New Arsenic Rule», *Reg.*, otoño de 2001, en 44; Lisa HEINZERLING, «Markets for Arsenic», 90 *Geo. L.J.* 2311 (2002); Cass R. SUNSTEIN, «The Arithmetic of Arsenic», 90 *Geo. L.J.* 2255 (2002); Richard WILSON, «Underestimating Arsenic's Risk: The Latest Science Supports Tighter Standards», *Reg.*, otoño de 2001, en 50.



que se traducen en más años de vida o en una mejor calidad de vida. No hay ninguna razón para pensar que las personas valoran la vida y la salud de una forma lineal. Quizás usted pagará una pequeña cantidad para mejorar la seguridad de su vehículo de manera que el riesgo de un fatal accidente automovilístico se reduzca, digamos, de un dos por ciento al uno por ciento, pero no se puede multiplicar ese número por cien para determinar la cantidad que tendría usted que pagar para morir con certeza. Probablemente, las curvas que relacionan la disposición a pagar y la probabilidad de muerte o lesiones graves no son lineales. Ello plantea el conocido dilema en la formulación de políticas públicas, de acuerdo con el cual la sociedad gasta grandes cantidades para rescatar a los individuos atrapados en minas de carbón o bajo los escombros tras un terremoto, pero no gasta tanto para prevenir este tipo de accidentes.

Por último, y más allá de los intentos de medir el valor la vida y la morbilidad, el mercado tampoco fija el precio de otros beneficios y costes. Tal es el caso del valor de los objetos naturales, de los monumentos y tradiciones históricas y culturales. Estudios a través del tiempo pueden representar beneficios recreacionales, mientras que exista un cierto paralelismo entre los sitios más lejanos y los más cercanos a los centros de población, recientemente disponibles. El crecimiento o grado de valor de la propiedad puede aproximarse al valor del aire limpio. Las encuestas ayudan a dar un valor a la protección de la vida silvestre. Todos estos métodos tienen sus puntos débiles, aunque, al menos, reconocen que el beneficio nunca es cero<sup>29</sup>. No obstante, estos estudios con

[29] Ejemplos: véase Marion CLAWSON & Jack L. KNETSCH, *Economics of Outdoor Recreation* (1966) (donde se discute sobre gastos de viaje); Peter A. DIAMOND & Jerry A. HAUSMAN, «Contingent Valuation: Is Some Number Better Than No Number?», 8 *J. Econ. Persp.*, otoño de 1994, en 45 (donde se analiza

frecuencia suponen un considerable esfuerzo de introducir con calzador beneficios subjetivos, un tanto impresionistas, en categorías objetivas, de modo que no cabe estar seguro de lo que se ha ganado, pese al trabajo hercúleo de sentar unas premisas que permitan representar los beneficios en dólares. Jonathan Wiener distingue entre el análisis «frío» y el «caliente». El primero sólo incluye los costes y beneficios que pueden cuantificarse en términos de dólares, sin dificultad o controversia alguna. El segundo intenta incluir también el tipo de beneficios y costes antes descritos. Wiener rechaza el análisis coste-beneficio «frío», pero ello parece una elección fácil<sup>30</sup>. Incluso para los más comprometidos con el coste-beneficio, el análisis «frío» no es más que un análisis incompleto, que no satisface los requisitos de la técnica. La única cuestión conceptual importante surgida de estos factores difíciles de medir no es la falta de buenas estimaciones en dólares, sino la cuestión de si se deben incluir o no aquellos beneficios y costes que no sean los experimentados por humanos.

Por lo tanto, aun cuando uno pueda justificar el análisis coste-beneficio desde una perspectiva normativa o prescriptiva, el análisis coste-beneficio se enfrenta al menos a cuatro desafíos: 1) la relación problemática entre los totales en dólares y la utilidad global o los beneficios netos; 2) la elección de una tasa de descuento; 3) el tratamiento del riesgo y de la incertidumbre; y 4) la cuantificación de la vida, la

la valoración contingente); V. KERRY SMITH & Ju-Chin HUANG, «Can Markets Value Air Quality? A Meta-Analysis of Hedonic Property Value Models», 103 *J. Pol. Econ.* 209 (1995) (donde se analizan los valores de la propiedad).

[30] Véase WIENER, *supra* nota 3, en 483-89.



salud y otros valores no mercantilizables ni monetarizables en dólares. Los expertos en economía podrán ilustrar acerca de cuál sea el camino erróneo para hacer frente a estos difíciles problemas, pero lo que no pueden hacer en última instancia es resolver tales problemas exclusivamente desde el paradigma de la economía del bienestar. Sin embargo, si los analistas económicos admiten esas dificultades y llevan a cabo análisis de sensibilidad para determinar si la elección de la tasa de descuento o el uso de parámetros que representen los valores de materias ajenas al mercado afectan al resultado final, en tal caso el marco de coste-beneficio puede ayudar a estructurar el debate político. Y podrán ponerse de relieve cuáles son las áreas en las que sería conveniente introducir elementos de juicio ajenos a la economía del bienestar, con el fin de adoptar una decisión final.

## 2. SEGUNDO CASO: OTROS VALORES EN LA POLÍTICA REGULATORIA

Naturalmente, numerosas regulaciones y políticas públicas se elaboran teniendo en cuenta valores que van más allá de la eficiencia económica. En ellas se establecen programas de transferencias, tales como los relativos a la Seguridad Social, la discapacidad, o el bienestar. O se integran, por ejemplo, en programas que contiene incentivos o subvenciones, como los que, en los EE. UU., establece el Departamento (o Ministerio) de Agricultura (USDA, por sus siglas en inglés). Se trata de actuaciones administrativas que tienen por objeto la justicia y la equidad de los mercados, como pretenden los reglamentos de la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC), ciertas normas dictadas por el Departamento de Trabajo de EE. UU. o la Comisión de Bolsa y Valores. Abordan

cuestiones que podríamos denominar de carácter moral, como hace la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) respecto de la libertad de expresión y los medios de comunicación<sup>31</sup>. Un simple test de coste-beneficio, que ignore la dimensión distributiva, de justicia y de naturaleza procedimental, no serviría para comprender los objetivos de esas leyes. Las transferencias de contribuyentes a los beneficiarios no se conciben en el análisis coste-beneficio. Ahora bien, el análisis económico sí puede contribuir a seleccionar las diversas opciones en términos de coste-eficiencia e impulsar a las agencias a que encuentren modos de incentivar a las empresas reguladas a fin de que tengan en cuenta estos otros valores. Además, se pueden complementar las reformas de la Administración pública tradicional mediante incentivos económicos en la realización de las tareas administrativas. Sin embargo, para tales programas, el análisis coste-beneficio como tal no puede constituir el criterio o parámetro que sirva para elegir una política regulatoria o la extensión o escala de una política ya establecida mediante ley.

Toda esta temática podría englobarse bajo el epígrafe de los beneficios y costes que hay que tener en cuenta en la elaboración de una política determinada. Un acérrimo utilitarista, en la línea de Bentham, no omitiría ninguna ganancia o pérdida, incluyendo aquéllas experimentadas por quienes sufren. Sin embargo, al igual que algunos quieren incluir una amplia gama de beneficios y costes deficientemente cuantificables, otros abogan por la exclusión de los beneficios y costes experimentados por las personas a results de su comportamiento violento o de actividades fraudulentas. Una posible guía puede ser el Derecho Penal. Se podría decir que si el

---

[31] Véase, por ejemplo, la reciente controversia sobre la regulación de la FCC sobre los «improperos fugaces», que ya ha pasado una vez por la Corte Suprema de los EE. UU. por razones de Derecho Administrativo y puede volver bajo un desafío constitucional de la libertad de expresión. Véase *FCC contra Fox Television Stations, Inc.*, 129 S. Ct. 1800 (2009), *rev'g* 489 F.3d 444 (2d Cir. 2007). En prisión preventiva, el Segundo Circuito concedió la petición de Fox para la revisión de la orden de la FCC. *Fox Television Stations, Inc., contra FCC*, 613 F.3d 317 (2d Cir. 2010).

Estado califica una acción como delito, las ganancias para el autor no deben tenerse en cuenta en el cálculo social<sup>32</sup>. En la misma línea, Matthew Adler y Eric Posner, en su esfuerzo por ofrecerle al análisis coste-beneficio una base nueva y distinta, abogan por «lavar» o «blanquear las preferencias» (*laundering preferences*), de tal manera que sólo las idealizadas cuenten en el cálculo del coste-beneficio<sup>33</sup>. Hacen hincapié en los errores cognitivos y en las distorsiones de las percepciones de las decisiones individuales. Sin embargo, una alternativa basada en decisiones políticas reales se serviría del Derecho Penal para medir la voluntad de la sociedad a la hora de incluir ciertos beneficios en el cálculo del bienestar. Una de las respuestas en tales casos es requerir el análisis coste-eficacia y ayudar a las agencias a diseñar programas innovadores que basen la consecución de objetivos de futuros programas en incentivos individuales.

### 3. TERCER CASO: PROBLEMAS MULTIGENERACIONALES A GRAN ESCALA: SITUACIONES IRREVERSIBLES Y CATÁSTROFES

Los economistas del bienestar a menudo estudian políticas macroeconómicas a largo plazo en las que no se mantiene nada constante. La finalidad tradicional del marco normativo ha consistido en maximizar la tasa sostenible de crecimiento económico, una posición de política pública que exige, obviamente, a la generación actual que renuncie al consumo en

[32] La aplicación coherente de este criterio, por supuesto, podría llevar a abogar por la despenalización de algunos delitos.

[33] Véase Matthew D. ADLER & Eric A. POSNER, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis* (2006) en 36-38, 124-53.

beneficio de ese objetivo<sup>34</sup>. Otros han señalado que no hay ningún motivo filosófico razonable para favorecer el futuro sobre el presente, de manera que lo que habría que hacer es maximizar el nivel de ingreso *per capita* a lo largo del tiempo<sup>35</sup>. Estos modelos dan por hecho una civilización infinitamente longeva que puede ahorrar e invertir en diferentes tasas a lo largo del tiempo. Si sumamos la posibilidad de que el presente puede imponer grandes costes, irreversibles y posiblemente catastróficos en un futuro lejano, ello plantea la cuestión de las obligaciones entre generaciones.

Para comprender mejor el problema, consideremos el asunto del cambio climático. La sociedad experimentará muchos de los beneficios de la política de cambio climático en un futuro lejano. Utilizando incluso una tasa de descuento final baja, digamos del 5%, ello implica que el beneficio de 1 dólar obtenido en 50 años en el futuro tendría un valor actual de 9 centavos. Al 3%, el valor ac-

[34] Véase, por ejemplo, Edmund PHELPS, «The Golden Rule of Accumulation: A Fable for Growthmen», 51 *Am. Econ. R.* 638 (1961), véase también HEAL, *supra* nota 27, en 67 (distinguiendo, como yo, entre los proyectos pequeños y aquéllos que tienen consecuencias en toda la economía). Para los proyectos pequeños, el índice de preferencia temporal de los consumidores o el rendimiento del capital es apropiado, como se defendió anteriormente. Para los proyectos con repercusiones en toda la economía, Heal argumenta que la tasa pura de preferencia temporal se debería utilizar para descontar la utilidad, tasa que no depende de la rentabilidad histórica del capital. Su análisis se basa en la investigación sobre el crecimiento económico y asume una función de bienestar social (SWF) utilitaria, no una opción obvia fuera de la economía. Él no considera explícitamente irreversibilidades, como las que pueden surgir con el calentamiento global. Tanto Heal como Kysar argumentan que para políticas a largo plazo, la tasa de descuento no es exógena, sino que es una función de las opciones políticas. Véase KYSAR, *supra* nota 27, en 128. Una vez más la distinción entre el análisis de equilibrio parcial y general es importante. Pero véase VISCUSI, *supra* nota 27 (donde se argumenta que no debe hacerse ninguna distinción).

[35] Véase, por ejemplo, SAMIDA & WEISBACH, *supra* nota 27.

tual sería de 23 centavos y al 6% de 5 centavos. Supongamos, para simplificar las cosas, que todos los beneficios se acumulan en el año 50 y que serán de 5 billones de dólares. Al 5%, el actual valor de descuento de estos beneficios sería de 450.000 dólares, pero podría ser mucho más alto o más bajo dependiendo de la tasa de descuento elegida. ¿Esa elección debe determinar la política global del cambio climático?

Incluso los que defienden el igual valor de todas las generaciones aceptan una tasa positiva de crecimiento a largo plazo como un hecho de la historia de la humanidad, a pesar de lo que se duda de esta afirmación debido al cambio climático u otros riesgos sistémicos. En otras palabras, dan por hecho que el mercado generará una tasa de interés positiva. Y es esa presunción precisamente la que causa gran parte de la agonía por la tasa social de descuento. Algunos afirman que las vidas de futuras generaciones deben contar igual que las vidas presentes y que ello implica una tasa de descuento cero por las vidas salvadas o sacrificios que deriven de alguna política pública<sup>36</sup>. Con una tasa positiva de retorno sobre el capital, sin embargo, tal compromiso filosófico con la equidad implicaría que, en virtud del test coste-beneficio, lo óptimo siempre será aceptar riesgos presentes para la vida que reduzcan riesgos futuros en una cantidad pequeña<sup>37</sup>.

En cambio, si se tiene en cuenta el bienestar de las generaciones futuras, y no sólo el número de personas vivas, entonces se puede evitar este resultado extremo. Como Sa-

[36] Véase, por ejemplo, Richard L. REVESZ, «Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives», 99 *Colum. L. Rev.* 941 (1999).

[37] John GRAHAM proporciona un ejemplo de los disparates que pueden resultar. Véase Graham, *supra* nota 5, en 442-47.

mida y Weisbach señalan, valorar de igual manera a todas las generaciones no es lo mismo que reservar la misma cantidad de dinero en el presente para todas las generaciones<sup>38</sup>. La generación actual sólo debe reservar lo suficiente como para que el interés compuesto produzca una cantidad igual a lo que se ha guardado para sí misma. Una cosa es valorar de la misma manera todas las generaciones en el cálculo del bienestar social y otra, muy distinta, es utilizar una tasa de descuento de cero cuando se evalúa el valor de las vidas salvadas y la morbilidad. Lo primero supone un objetivo de política pública y reclama al Estado que lo logre mediante decisiones que tengan en cuenta el coste de oportunidad del capital para los inversores. Lo segundo opta por una tasa de descuento para reflejar los valores sociales de beneficios y costes que ocurren en diferentes momentos. Si presumimos una civilización de duración infinita (o al menos de varios siglos), sin vínculos irreversibles entre los riesgos de catástrofe y las políticas de hoy, entonces los intereses del futuro se reflejan en las tasas de descuento que existen en el presente. Sin embargo, subsisten dos problemas: la conversión del bienestar en una métrica que pueda medirse y compararse, y hacer frente a la posibilidad de riesgos catastróficos irreversibles.

En cuanto al primer problema, Louis Kaplow ha tratado de solucionarlo presuponiendo que la utilidad en cualquier momento se puede convertir en dólares, actualizada de acuerdo con el coste de oportunidad del capital, y luego comparada con un valor monetarizado similar para las vidas presentes<sup>39</sup>. Esa técnica es coherente

[38] Véase SAMIDA & WEISBACH, *supra* nota 27, en 145.

[39] Véase Kaplow, *supra* nota 27, en 79.

con el enfoque de Samida y Weisbach, pero minimiza el problema de llevar a cabo la conversión requerida. No habría ninguna dificultad, si pudiéramos entender que las diferentes generaciones son esencialmente similares en promedio; que sólo nos preocupamos por el promedio; y que las distorsiones introducidas para la medición del bienestar mediante el uso de un indicador monetario no son tan graves como para de verdad sesgar la clasificación de las posibles opciones. Además, no tienen que darse situaciones irreversibles importantes que amenacen el bienestar general de una manera que no pueda equilibrarse con otras medidas compensatorias. Lamentablemente, aunque las otras premisas se sostengan, el problema del cambio climático y el de otros riesgos a gran escala no cumplen la condición de la irreversibilidad. Para tales cuestiones, no debemos perder el tiempo preocupándonos por problemas que sólo se dan en el análisis de políticas públicas comunes.

Si los daños catastróficos e irreversibles son posibles, el análisis coste-beneficio convencional no representa una herramienta adecuada. Si nuestras acciones de hoy incrementan las posibilidades de un desastre global, tal comportamiento aparecerá en la tasa de interés a largo plazo. La tasa de las inversiones a largo plazo debería aumentar para reflejar ese riesgo de manera que los equivalentes de certeza de las diferentes inversiones se mantengan en línea. La oferta de fondos debería reducirse para proyectos que sólo darían sus frutos en un futuro lejano. Esos cambios podrían ser suficientes para convencer al Gobierno de poner en marcha políticas públicas que limiten esos riesgos, pero téngase en cuenta que, a resultas de la lógica del descuento, los daños a muy largo plazo tendrán poco impacto en los mercados actuales. El debate no debiera encerrarse en el marco de la tasa de descuento<sup>40</sup>. Afecta más bien a las obligaciones del presente con respecto al futuro. Algunos analistas económicos han olvidado esta preocupación sobre la base de que las

[40] Así ocurre en muchas de las contribuciones al simposio de la *Revista de Derecho de la Universidad de Chicago* sobre la equidad intergeneracional y el descuento. Véase, por ejemplo, SUNSTEIN & ROWELL, *supra* nota 27, en 171; VISCUSI, *supra* nota 27, en 209.

generaciones futuras serán más ricas que nosotros y por lo tanto no tenemos que preocuparnos por ellas, más allá de los incentivos para el ahorro y la inversión que ofrecen las tasas de interés de mercado y el afecto intrafamiliar.

Hoy en día, el terreno ha cambiado en la medida en que el cambio climático y otros riesgos parecen amenazar la prosperidad que se espera para las futuras generaciones. Aunque todavía podemos usar la economía para debatir los análisis coste-efectividad para hacer frente al cambio climático, ello no resolverá el problema de base.

#### IV. CONCLUSIÓN

La controversia sobre el uso del análisis coste-beneficio para elaborar y evaluar la política regulatoria ha generado un acalorado debate en los Estados Unidos. Entre los participantes del debate se cruzan acusaciones de falta de lógica, de elitismo, carencia de ética y de compasión. Las dificultades políticas para la formulación de políticas públicas en sectores o ámbitos que afectan directamente a la morbilidad y mortalidad se utilizan, bien para justificar el rechazo del análisis económico, o bien para defender la fiabilidad de expertos imparciales, que ocupen el lugar de la mera retórica política. El análisis coste-beneficio se ve minado por quienes afirman que se utiliza distorsionadamente en favor de los más ricos y de las empresas. No faltan tampoco quienes argumentan que el análisis puede contrarrestar el impacto de intereses sectoriales mediante la incorporación de una lista completa

de costes y beneficios. Esta controversia puede repetirse en Francia y en cualquier otro país tan pronto como se haga extensiva la práctica de la evaluación de impacto para los proyectos de ley y se comience a valorar de forma sistemática los costes y los beneficios que de ellos puedan derivarse

El debate suele oscurecer el fundamento normativo del análisis coste-beneficio, una técnica para la elección de «proyectos» en el sector público que busca hacer una analogía entre tales elecciones y las realizadas por las empresas de negocios con proyectos rentables. La diferencia estriba en que, en lugar de beneficios, el criterio de elección reside en el beneficio social global neto, pero el principio es el mismo. Se deberán descontar todos los futuros beneficios y costes de los programas en cuestión y los gastos que corrigen los fallos de mercado a corto y medio plazo. Como exige la Ley Orgánica francesa, el Gobierno debe ser transparente respecto a la elección de los criterios de medición y de los modelos que utiliza; utilizar un análisis de sensibilidad para determinar si las decisiones relativas a estas variables influyen en el resultado final. Los temas de medición y evaluación se suscitan al aplicar el criterio del beneficio neto, pero tales problemas no cuestionan la idoneidad de base del análisis coste-beneficio como principio normativo.

Sin embargo, si la elección social no puede caracterizarse como un «proyecto» o como una política cuyas consecuencias sean pequeñas en relación con el conjunto de la sociedad, el análisis coste-beneficio no constituye una herramienta adecuada. No se ha de forzar el análisis coste-beneficio para que cumpla funciones para las que en principio no está ideado. Entre ellas se incluyen las políticas que sirven a otros objetivos, tales como la equidad, la protección

de los derechos fundamentales, o reducción de la pobreza, y las que tienen consecuencias macroeconómicas de gran alcance, multi-generacionales, y potencialmente irreversibles. En tales casos, los analistas económicos pueden ayudar a enmarcar los estudios de rentabilidad y a asegurar que los políticos incluyan todos los costes de oportunidad y beneficios secundarios. Sin embargo, las elecciones definitivas de políticas deben hacerse con otras bases. Todos los costes y beneficios del sistema que se acumulan con el tiempo pueden cambiar el carácter fundamental de la sociedad; los precios y otras condiciones de fondo no pueden considerarse como algo establecido. En tal caso, el análisis de políticas entra en el terreno del análisis del crecimiento económico y de la filosofía política. Se debe confrontar el futuro de una sociedad de cara a un largo período de tiempo. El debate sobre la política del cambio climático y su interacción con el análisis del crecimiento económico ha puesto de relieve la necesidad de adoptar esta perspectiva. Debido a que el cambio climático podría producir situaciones irreversibles y catastróficas donde los ganadores de la inacción en el presente no pueden compensar a los perdedores en el futuro, los intentos ordinarios de incorporar el futuro a través de las tasas de interés y descuento no captan la esencia del problema. La lógica del descuento, de acuerdo con la cual una pequeña inversión hoy crece mediante interés compuesto hasta convertirse en una suma masiva en siglos, resulta irrelevante si hay pocas personas que puedan disfrutar de esos beneficios. Si esa posibilidad simplemente se acepta como algo que nos viene dado en la generación actual, el valor de la inversión caerá eventualmente, y la generación actual, cuando vea la catástrofe inminente para sus hijos y nietos, no podrá aho-

rrar e invertir. Ésta puede ser una profecía autocumplida para aquellos riesgos de amplio espectro social que podrían aparecer en el horizonte ante la falta de acción en un futuro relativamente cercano.

Los esfuerzos franceses, a los que se ha hecho antes referencia, en pro de una mejor orientación del proceso legislativo y normativo hacia una dirección más funcional, basados en análisis cuantitativos, constituyen desde luego una evolución positiva. Sin embargo, ha de avanzarse con la clara idea de que hay una diferencia fundamental entre aquellas reformas que no son problemáticas, y las opciones controvertidas, con implicaciones de carácter normativo o prescriptivo. La simple tarea de señalar los beneficios y costes de una nueva política pública parece un avance que no plantea problemas, aunque el método, por supuesto, resaltaré la falta de criterios cuantitativos para algunas políticas públicas. La mayoría de los impactos de una nueva organización del mercado de la energía o de la reforma del sistema de pensiones se pueden cuantificar, pero no es posible cuantificar los de una ley que restrinja el uso del burka<sup>41</sup>. Los

---

[41] Las evaluaciones de impacto francesas están disponibles en: [http://www.legifrance.gouv.fr/html/etudes\\_impact/accueil.html](http://www.legifrance.gouv.fr/html/etudes_impact/accueil.html). La evaluación de impacto de la ley de pensiones es «Project de loi organique relative à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire: Etude d'impact», julio 2010, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2760-ei.asp>. La evaluación de impacto de la ley del burka es «Project d'loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public: Etude d'impact», mayo 2010, disponible en: [http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite\\_legislative/evaluacion\\_de\\_impacto\\_dissimulation\\_visage.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/evaluacion_de_impacto_dissimulation_visage.pdf). Su idoneidad fue cuestionada, pero fue finalmente confirmada por el Consejo Constitucional. La evaluación de impacto del mercado de la energía es «Project d'loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité (NOME): Etude d'impact», abril 2010, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2451-ei.asp>.

analistas externos al Gobierno pueden criticar la calidad de una evaluación de impacto cuantitativa mediante un nuevo análisis de los datos, como ocurrió para la reorganización del mercado de la energía.<sup>42</sup> Para un tema no adecuado para la evaluación de los expertos, el debate político debe darse en otras dimensiones y terrenos. Cuando los datos de los que se dispone son buenos, su agregación al proceso, a fin de hallar la política pública que maximice el beneficio neto, implica un compromiso normativo con la eficiencia económica, en relación con un área concreta de política pública, como, por ejemplo, la defensa de la competencia, la lucha contra las externalidades de la contaminación, o la política de regulación de los monopolios naturales. En otras áreas de política pública como aquéllas que se ocupan de la redistribución del ingreso, ayuda a los necesitados, protección de derechos o beneficios para futuras generaciones, la norma maximizadora del beneficio neto resulta controvertida e incluso puede no estar bien definida. Incluso en tales casos la evaluación de impacto, como requiere la Ley Orgánica, puede representar una ayuda para la elaboración racional de políticas públicas, aunque ello simplemente proporciona un marco. Constituye un complemento, no un sustituto para un criterio político bien informado.

---

[42] Para una crítica véase François LÉVÊQUE y Marcelo SAGUAN, «Analyse Critique de l'Etude d'Impact de la Loi NOME», *Working Paper* 2010-09, Cerna, Centre d'Économie Industrielle, MINES Paris Tech, junio de 2010: <http://www.cerna.ensmp.fr/images/stories/CritiqueImpact.pdf>.