



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho.

**Aproximación al Análisis
Económico del Derecho.**

Presentado por:

María del Carmen Medina Román

Tutelado por:

Juan Carlos Gamazo Chillón

Valladolid, 14 de junio de 2019

RESUMEN.

El Análisis Económico del Derecho se caracteriza por ser aquella disciplina que aplica las técnicas e instrumentos propios de la Economía para estudiar el Derecho. Inicialmente solo se empleó en aquellas materias jurídicas con contenido económico, pero en la segunda mitad del siglo XX su ámbito de actuación se expande, pudiéndose afirmar en la actualidad que cualquier rama del Derecho puede ser analizada desde la perspectiva económica.

Esta disciplina analiza la justicia desde la perspectiva de la eficiencia, y parte de la escasez de medios disponibles y de los objetivos que buscan alcanzar las personas como seres racionales: la búsqueda del bienestar y la maximización de beneficios.

De modo que el Análisis Económico del Derecho nos permite comprender desde el método económico cualquier ámbito jurídico, así como regularlo mediante: la aplicación y creación de incentivos, la instauración de desincentivos o el otorgamiento de indemnizaciones, en función del propósito que se persiga.

ABSTRACT.

Law and Economics is characterized for being that discipline that uses the techniques and instruments of the Economy to study Law. Initially, it is only going to be used in those legal matters with economic content. But in the second half of the 20th century, its scope of action will be subject to expansion, being able to affirm at present, that any branch of Law can be analyzed from this perspective.

This discipline analyzes justice from the perspective of efficiency, and is taken into account the scarcity of resources and goals that people aim to achieve: search for well-being and the profit maximisation.

Law and Economics allows us to understand from the economic method any social field, and regulate it by creating incentives, establishing discouragement or granting compensation, utilizing those best suited to the objective being pursued.

PALABRAS CLAVE.

Análisis Económico del Derecho, Derecho, Economía, eficiencia, incentivos, oferta y demanda.

KEY WORDS.

Law & Economics, Law, Economics, efficiency, incentives, supply and demand.

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	8
2.1. Concepto y origen.....	8
2.2. Economía y Derecho.	11
2.3. Conceptos elementales del Análisis Económico del Derecho.....	16
2.4. Análisis positivo y normativo.....	19
2.5. Herramientas del Análisis Económico del Derecho.....	21
2.5.1. <i>Teoría de precios.</i>	21
2.5.2. <i>Análisis coste-beneficio.</i>	21
2.5.3. <i>Lógica deductiva.</i>	22
2.5.4. <i>Matemáticas.</i>	23
2.5.5. <i>Estudios empíricos.</i>	23
2.6. Principales escuelas en el Análisis Económico del Derecho.	23
2.6.1. <i>Introducción. Diferencia entre el viejo y el nuevo Análisis Económico del Derecho.</i> 23	
2.6.2. <i>El Análisis Económico del Derecho de la Escuela de Chicago</i>	25
2.6.3. <i>La Escuela de New Haven (Yale)</i>	26
2.6.4. <i>La Escuela Institucional</i>	27
2.6.5. <i>El Análisis Económico del Derecho Neo-Institucional y el “Public Choice”</i>	27
2.6.6. <i>La Escuela de Harvard</i>	28
2.6.7. <i>El Análisis Económico del Derecho en la actualidad.</i>	28
3. APLICACIÓN DEL AED A LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	30
3.1. Derecho Civil.....	31
3.1.1. <i>Derechos reales.</i>	31
3.1.2. <i>Contratos.</i>	34
3.1.3. <i>El Derecho de accidentes.</i>	36

3.1.4. <i>Derecho de familia</i>	39
3.2. Derecho Penal.....	43
3.3. Derecho Procesal.....	47
3.4. Derecho Mercantil.....	50
3.5. Derecho Tributario.....	52
4. CONCLUSIONES.....	53

1. INTRODUCCIÓN.

El Diccionario de la lengua española, define la Economía como aquella “ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de medios escasos”.¹ Por otro lado, el Derecho como Ciencia pretende regular la sociedad con el objetivo de satisfacer las necesidades humanas.

Por ello, parece apreciarse una interrelación entre estas materias, dado que ambas actividades se desarrollan en el marco de una escasez de recursos, de una búsqueda de la maximización de beneficios, y de la consecución del bienestar social.

Consecuentemente, Economía y Derecho no son ámbitos comunicados, y en las últimas décadas se han aplicado los instrumentos económicos a los diferentes ámbitos de la vida humana que regula el Derecho. Surge así el Análisis Económico del Derecho.

Richard Posner, uno de los referentes históricos en esta disciplina, define esta corriente jurídico-económica como “la aplicación del Análisis Económico al sistema legal en su conjunto”².

En el desarrollo de este Trabajo se pretende explicar la importancia de aplicar el método económico al Derecho. De manera que, estableciendo símiles entre las figuras jurídicas y las económicas y desde la visión del funcionamiento del mercado, se puedan detectar los problemas sociales y cuál es la mejor opción de regulación para prevenirlos, combatirlos, y en su caso indemnizarlos.

Para ello se explica en qué consiste, cómo surge y cómo evoluciona el Análisis Económico del Derecho, aplicándose en un momento inicial solamente a materias del Derecho con contenido económico, y extendiéndose después a cualquiera de los ámbitos jurídicos a pesar de lo distantes que estén del mercado, como ocurre con la familia o los delitos.

No obstante, concurren diferentes Escuelas que se han centrado en esta materia jurídico-económica, existiendo algunas diferencias entre ellas a la hora de proceder al estudio del

¹ Real Academia Española. Economía. Obtenido de Diccionario de la Lengua española: <https://dle.rae.es/?id=ELVW605>

² Posner, R. (1998). *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Página 55.

Derecho desde la perspectiva económica. No explican y aplican el Análisis Económico del Derecho del mismo modo todas ellas.

Además, se hará mención a los autores de las obras más importantes del Análisis Económico del Derecho, algunas de las cuales les han llevado a ser galardonados con el Premio Nobel de Economía.

Por otro lado, y dentro del segundo gran bloque del Trabajo, se profundizará en algunas de las materias más importantes del Derecho sobre las que se ha centrado el Análisis Económico del Derecho. Así, se hará mención a cómo se han aplicado la Ley de la Oferta y la Demanda o los conceptos económicos de optimización, utilidad, asignación de recursos y maximización de beneficios a ámbitos tales como el derecho de contratos, el derecho de familia, el derecho penal, el derecho procesal, el derecho mercantil, etc.

Aun cuando el arraigo inicial de esta disciplina en la tradición jurídica continental no ha sido notorio; no obstante, son múltiples las ventajas que proporciona el Análisis Económico del Derecho, razón que nos llevó a realizar el Trabajo de Fin de Grado sobre esta novedosa y prácticamente desconocida materia. Se debe reconocer también que no está exento de críticas, ya que presenta algunos problemas que también se abordarán.

2. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

2.1. Concepto y origen.

Es posible observar cómo a lo largo de la historia se ha producido siempre una influencia recíproca entre el ámbito jurídico y el económico. Al igual que el orden jurídico altera el ámbito económico, también se ve afectado por él.

Por ello surge el Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, como disciplina consistente en la aplicación de principios, metodología, leyes y técnicas usuales del Análisis Económico, al estudio de temas jurídicos, analizándose también las consecuencias económicas de la legislación, así como de la implementación de una ley.

No es algo reciente la reflexión de los economistas sobre el mundo del Derecho. Podemos remontarnos incluso a los orígenes de la Economía Política, expresión que fue introducida por primera vez por Antoine de Montchrestien en 1615, para comprobar que aquellos que se dedicaban a su estudio ya tenían interés en el análisis de las normas e instituciones que regulaban el funcionamiento de los mercados. Así pueden mencionarse economistas como

Adam Smith (1723-1790), cuya obra es un ejemplo de este modo de abordar la materia, o a J.S. Mill (1806-1873), que además de centrarse en el estudio de las instituciones que determinan la distribución de la renta, también se interesó por cuestiones más concretas como las leyes sobre la usura, la legislación sindical o las limitaciones testamentarias.

Junto a ellos, la obra de Adolph Wagner es un buen ejemplo de la utilización de elementos jurídicos en el estudio del desarrollo económico, al considerar en la denominada Ley de Wagner que el desarrollo económico de un país impulsa a la sociedad a reclamar un aumento del gasto público.

A pesar de ello, el AED no trata de buscar respuestas a los problemas planteados por la teoría económica, tales como la asignación de los recursos o las formas de mercado, sino de explicar cuestiones como la eficiencia de las instituciones y las normas jurídicas que hasta hace pocos años permanecieron al margen del análisis económico. Y además lo hace no inventando una nueva técnica, sino mediante las herramientas propias del análisis microeconómico.

En un primer momento, en el siglo XIX era necesario reorganizar la sociedad; sin embargo, este objetivo no podía llevarse a cabo ni por medio del Derecho público ni por medio del Derecho privado. Se requería la utilización de una nueva especialidad consistente en una simbiosis de ambas ramas del Derecho que además las complementase: el Derecho económico, como así lo denominó el francés P. Proudhon en ese momento.

En esa época los economistas se encontraban preocupados por la cuestión del monopolio y las consecuencias a las que estos sistemas conllevaban. Se adentraron en la búsqueda de justificaciones, provocando de esta manera cambios en la política legal, pero en todo caso lo que se limitaban a hacer, como había ocurrido desde siempre, era tratar de explicar el comportamiento de los mercados económicos.

Es decir, en su origen se puede hablar de un “viejo” AED que se prolonga hasta 1960 donde los intentos de aplicar la teoría económica a los problemas jurídicos se limitaban a ciertos ámbitos del derecho, tales como las leyes antimonopolistas, sociedades y regulación.

Es en el ámbito geográfico de los Estados Unidos de América donde el AED ha tenido su origen y ha logrado sus mayores éxitos. Sin embargo, esto no deja de ser curioso, en tanto que la enseñanza superior americana ha mantenido siempre separados los estudios jurídicos

de los departamentos de Economía, mientras que en el continente europeo durante muchos años se centraron los estudios de Economía en las facultades de Derecho.

No obstante, la tradición jurídica europea se centraba en un análisis jurídico prácticamente impermeable a la acogida de enfoques económicos o sociológicos, mientras que el Derecho anglosajón era más abierto a la admisión de estas influencias.

Otro de los hechos que provocó que el origen de esta materia se ubicase en Estados Unidos fue la importancia que tuvo, sobre todo en los años 20, el movimiento del realismo legal. Dicha escuela se caracterizaba por la necesidad de ligar el estudio del Derecho con la realidad social sobre la que actúa, admitiendo así la influencia de las ciencias sociales sobre el análisis jurídico.

Los economistas venían estudiando la conducta humana como un proceso de elección racional, de toma de decisiones en base a las necesidades de cada uno, en un ámbito caracterizado por la existencia de unos recursos limitados. Pero en todo caso, el objetivo último de las personas a la hora de declinarse por una u otra opción es la búsqueda de la maximización de sus utilidades, observándose esto sobre todo en la vida económica en tanto que se pretende lograr los mejores resultados.

Pero de la misma manera que en este ámbito se estudia el comportamiento humano desde la perspectiva de la maximización de funciones de utilidad sujetas a restricciones, pueden extenderse estas técnicas para entender el comportamiento de las personas en otros ámbitos, y es precisamente esto lo que defienden y tratan de demostrar los economistas que se dedican al AED. Porque siempre que exista una escasez y, por tanto, una necesidad de elección al contar con alternativas, serán aplicables los métodos del Análisis Económico del Derecho, y por ello no puede decirse que exista algún aspecto de la vida humana que no pueda analizarse desde este enfoque.

Consecuentemente, y tal como ocurre en el plano objetivo, es decir, a nivel de realidad, donde la unidad entre Economía y Derecho ya venía reconociéndose desde la literatura clásica dada la correspondencia estructural entre el sistema de economía de mercado y el sistema de Derecho privado, ahora se trata de evidenciar la misma correlación en el plano de la elaboración.

En este sentido hemos de atender a las palabras de Cándido Paz-Ares: “admitido que ambos sistemas de distribución social de los recursos (el mercado y el Derecho privado)

obedecen a la misma lógica (la maximización de la riqueza (...)), ¿por qué las distintas ciencias que se ocupan de ellos deben permanecer incomunicadas e incluso diferentes?”³

2.2. Economía y Derecho.

De acuerdo con el enfoque económico, el hombre es considerado como un maximizador racional de su interés propio, el cual modifica sus conductas si ello le va a provocar un incremento de sus satisfacciones. De aquí deriva la triada de principios fundamentales de la economía que pueden ser reconducidos al ámbito del derecho:

1. La inversa relación entre el precio cobrado y la cantidad demandada: la denominada ley de la demanda.
2. La maximización de la utilidad.
3. La utilización de los recursos hacia sus usos más valiosos.

En este sentido, el AED es un método de interpretación del Derecho dirigido a maximizar utilidades al menor coste, o maximizar los resultados o beneficios en un marco de escasez de recursos. Y así las leyes servirán de instrumento como incentivo o desincentivo para promover o, por lo contrario, evitar la realización de ciertas conductas.

En el supuesto de que el mercado funcionara en equilibrio perfecto; es decir, que los costes e ingresos sociales marginales fueren iguales, no le pertenecería al Derecho ninguna función decisoria. Pero en tanto que dicho equilibrio perfecto no surge naturalmente, y con ello se produce una divergencia entre el coste y los ingresos sociales, es necesaria la intervención del Derecho para corregirla.

Se concluye que el mercado no funciona correctamente porque existen externalidades; es decir, de un acto jurídico derivan efectos económicos negativos para otro sujeto económico que no participó en él, y en este sentido el objetivo del Derecho es precisamente repararlas. Y además, entendiéndose que el origen de toda externalidad radica en la existencia de costes de transacción, la función del Derecho será entonces minimizarlos.

³ Paz-Ares, C. (1981). La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho). *Anuario de Derecho Civil. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Serie 1ª. Publicaciones Periódicas. Número 2.* Página 603.

Por tanto, dada la imposibilidad de acabar con tales externalidades y que de ello se derive un impedimento para instaurar el equilibrio del mercado, la función del Derecho será decidir sobre estas cuestiones, asignando costes y beneficios a las partes tal como lo habría hecho el mercado en caso de no existir costes de transacción prohibitivos.

Así las cosas, y partiendo del principio de maximización de la riqueza que implica igualdad de beneficio y coste social, y la incapacidad de autorregularse el mercado por sí solo, existe una intervención para ayudar al sistema de mercado a asignar de forma eficiente los recursos escasos con los que cuenta. Intervención que se produce mediante la redacción de normas, que tal como lo entiende el AED, tienen por objetivo incentivar a la sociedad positiva o negativamente para corregir las externalidades.

No debemos limitarnos por tanto a entender el Derecho como un mero conjunto de normas, sino que este comprende también los valores y la conducta humana, y no solamente busca la justicia entendida como dar a cada uno lo que le corresponde sino que pretende crear incentivos para que los agentes económicos utilicen su recursos productivos de la manera más eficiente.

En resumen, el AED a través de ciertas premisas plantea los problemas jurídicos como problemas económicos:

1º La influencia del Derecho sobre el proceder de las personas.

Como ya se ha explicado anteriormente, dependiendo de si de una determinada acción se derivan consecuencias positivas o negativas, se establecerán incentivos o desincentivos: bien para propiciar que dicha conducta se realice o bien para que las personas se abstengan de realizarla.

No obstante, dada la heterogeneidad de los humanos, no siempre va a producirse una incidencia en términos absolutos sobre ellos, porque a pesar de los desincentivos que puedan establecerse, como es la imposición de la sanción, habrá quienes sigan actuando del modo previsto del que deriva dicha consecuencia jurídica. Pero en todo caso se prevé que, en mayor o menor medida, los individuos que conforman la comunidad modifiquen sus pautas de comportamiento.

2º Dicha influencia se puede predecir y explicar en base a un determinado modelo teórico.

Se dice que el ser humano es un animal racional, y partiendo de ello los economistas trabajan con la teoría de la decisión racional para predecir el comportamiento humano.

Dicha teoría es reconducida del mismo modo al ámbito jurídico, presuponiendo que, en función de los costes y beneficios que deriven de cada conducta, los operadores serán consecuentes con ellos, optando por aquel acto que maximice su utilidad esperada.

En la misma línea, se señala que el AED no deja de ser la teoría de precios aplicada: al igual que ocurre en la ley de la demanda en la cual existe una inversa correlación entre el aumento de los precios de los bienes y la demanda de estos, lo mismo sucede con el proceder de los humanos, ya que un aumento de la sanción por la comisión de ciertas infracciones *ceteris paribus* implicará una disminución de las mismas.

3º El global de las decisiones jurídicamente relevantes que se adoptan lo hacen en condiciones de escasez.

El legislador al redactar los textos normativos lo hace en atención a la consecución de ciertos objetivos. Objetivos que derivan de los intereses de los ciudadanos que conforman dicho Estado.

No obstante, son limitadas tanto las posibilidades de influir sobre los individuos que constituyen la comunidad, como las de lograr dichos objetivos pretendidos.

Y esto es así en tanto que las finalidades que se buscan por el ordenamiento jurídico son múltiples, y es imposible alcanzar todas ellas en su grado absoluto, porque pueden entrar en colisión. Es decir, el alcance simultáneo de la totalidad de objetivos del Estado no es posible.

Por ejemplo, a pesar de que en el ordenamiento jurídico español proclame en el apartado 2 del artículo 9 del texto constitucional un mandato a los poderes públicos en orden a que promuevan las condiciones necesarias para que la libertad de los individuos sea real y efectiva, esta libertad se verá restringida en ciertos ámbitos para que sea posible alcanzar otros objetivos.

En el mismo sentido, destacar que a pesar del reconocimiento constitucional de un elenco de derechos fundamentales y libertades públicas inherentes a la persona, que como tales gozan de una especial protección y eficacia, estos no son ilimitados. Dichos derechos subjetivos encuentran sus límites en el ejercicio de los derechos de los demás⁴, y en general en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Así, por ejemplo, el orden público se establece como límite a la manifestación de las libertades ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1 de la Constitución); la existencia de un delito flagrante actúa como límite a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución); o la función social es un límite al derecho de propiedad (artículo 33.2 de la Constitución).

Con todo ello, la correlación establecida entre la Economía y el Derecho en el ámbito legislativo puede también reconducirse a las decisiones que puedan adoptar el resto de operadores jurídicos. Así, un Juez al dictar sentencias puede hacer un previo análisis de las consecuencias que se pueden derivar de adoptar dicha decisión en vez de otra de entre las posibles.

Del mismo modo se puede afirmar que existe una conexión entre el proceder del Derecho y el desarrollo del país en el que se aplica. Ya que un mal Derecho, con normas indeterminadas y jueces arbitrarios, genera aparte de injusticia subdesarrollo. Y en esta línea, existen autores en la actualidad que afirman que el desarrollo, y con ello el crecimiento económico, no es resultado de fuerzas externas sino de factores endógenos.⁵

El Derecho así se nos presenta como una estructura que regula conductas y que tiende a usar la idea del interés común, tiende a colectivizar y colectivizarse, dando una ínfima importancia al interés privado. Realiza abstracciones para lograr ese bienestar común, el interés colectivo, sin centrarse en el interés individual. Pero gracias a las herramientas que nos proporciona la ciencia económica, el AED nos ayuda a descubrir la dimensión

⁴ Artículo 10.1 Constitución Española: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁵ Paul Romer (1955-). Galardonado con el Premio Nobel de Economía en 2018, destaca por sus aportaciones a la “Teoría del Crecimiento Endógeno”. En 1983 leyó su tesis donde mostró que el cambio tecnológico es consecuencia de una acción promovida y coordinada tanto en el ámbito de la investigación como del desarrollo.

individual de las reglas, asumiendo que el interés general es un conglomerado de los intereses individuales, y así el AED nos permite redescubrir el verdadero objeto del Derecho, la persona, revalorizando el papel del individuo, así como la importancia de lo privado.

No obstante no es tarea fácil que todos vean la correlación existente entre Economía y Derecho, y en relación a este conflicto A. Bullard señala: “Como el AED se basa en un análisis coste-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, desperdiciar, en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines”⁶.

Una vez descrita en qué consiste esta disciplina del AED, hemos de diferenciarla de otros estudios que también ponen en relación la Economía y el Derecho pero que sin embargo no tienen nada que ver con la materia objeto de estudio.

Así, como ya hemos reiterado, el AED lo que hace es aplicar los instrumentos propios de la Economía para estudiar las instituciones jurídicas y analizar los efectos de los textos normativos sobre el comportamiento humano. Se trata por tanto de un trabajo interdisciplinar que trata de explicar el mundo jurídico utilizando las categorías, métodos y técnicas del economista.

Pero junto al AED nos encontramos con la denominada **Economía del Derecho**. Su objetivo es reconstruir el iter formativo de las relaciones e instituciones jurídicas que se dan en el comercio jurídico. Para ello no se centra en el resultado final, sino en la explicación analítica de cada uno de los elementos intercambiables y sustituibles entre sí que componen, en palabras de Cándido Paz Ares, “el andamiaje instrumental de que se valen los operadores”.⁷

⁶ Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores. Página 43.

⁷ Paz- Ares, C. (1981). Op. Cit. Página 604.

Por otro lado, encontraríamos también el **Derecho económico**, siendo este la regulación que hace un Estado de su sistema económico por medio del Derecho. Es decir, es el conjunto de principios y reglas que facultan al Estado para planear el desarrollo económico y social de un país. Es así una rama del Derecho integrada por categorías jurídicas y económicas que tiene como eje central el intervencionismo estatal en la economía; considerando a las normas jurídicas específicas como instrumentos que cumplen contenidos y finalidades económicas y sociales.

2.3. Conceptos elementales del Análisis Económico del Derecho.

Como ya hemos explicado, a la luz del AED las normas crean incentivos para que las personas se comporten de determinada manera con el fin de lograr unos resultados sociales positivos o negativos. Y en cuanto que las leyes, “premios” y sanciones intervienen en el comportamiento humano de ese modo, se puede conseguir reducir la comisión de actos objeto de sanción, tales como crímenes, infracciones, contaminación, etc.

El AED pretende lograr el máximo bienestar social basándose en diferentes hipótesis, siendo las más importantes:

- Hipótesis de **maximización**. Dentro de las limitaciones derivadas de la escasez de recursos, los individuos tratan en todo momento de maximizar su bienestar.
- Hipótesis de **estabilidad**. A pesar de la influencia que puedan provocar agentes externos, así como la política del Estado, realmente estos no afectan a la valoración que los consumidores atribuyen a sus costes y beneficios. Dichas valoraciones se mantienen estables.
- Hipótesis de **racionalidad**. Se produce una ordenación jerárquica de las preferencias que tienen los individuos en función del grado de satisfacción que les produce.
- Supuesto de **soberanía** del consumidor. En realidad son los propios individuos los conocedores del valor que las cosas tienen para ellos.
- Principio del **equilibrio**. Tendencia al cambio de comportamientos en la medida en que supongan una mejora de su situación.
- Cláusula **ceteris paribus**. Al analizarse la modificación de una variable concreta, se realizará el estudio partiendo de que el resto de variables se mantienen constantes.

- Principios de **eficiencia** y **equidad**. Son ambos empleados en el ámbito económico. No obstante, son parcialmente excluyentes y en ocasiones primará el primero de ellos sobre el otro.

Para el AED entre el Derecho y la Economía existiría un elemento central que es la eficiencia. No obstante, existen diferentes concepciones de esta.

Se dice que una asignación es eficiente en el sentido de **Pareto**⁸ cuando no es posible que algún sujeto pueda mejorar su situación sin que ello implique que al menos otra persona se vea perjudicada en tanto que empeoraría la suya. En el mismo sentido, una situación es más eficiente que la anterior cuando mejora una persona sin empeorar la situación de otra.

Una forma de alcanzar la eficiencia en este sentido sería un contrato, ya que si las dos partes lo celebran y se obligan libremente, se presume que es porque ambas mejoran; es decir, nos lleva a una situación más eficiente que la anterior. Por lo tanto, una situación sería inmejorable, y por tanto óptima, cuando dados los recursos existentes es imposible que una persona mejore sin que otro empeore, en esto consiste el denominado Óptimo de Pareto. Caminar hacia él implica moverse hacia la eficiencia absoluta, porque la distribución y uso de los recursos es tan adecuada que ninguna situación distinta mejoraría a la sociedad.

Además, cabe afirmar que si no se reduce el bienestar individual y mejora la situación de al menos un individuo, puede decirse que el cambio de una situación a otra ha implicado una mejora en el bienestar social. Y esto es así en tanto que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.

Por otro lado, la eficiencia de **Kaldor-Hicks** (denominada así por Nicholas Kaldor⁹ y John Hicks¹⁰) implica que lo que puede mejorar alguien es superior a lo que han de

⁸ Vilfredo Federico Pareto (1848-1923) fue un ingeniero, sociólogo, economista y filósofo italiano. Incorporó el concepto de óptimo paretiano a la teoría del equilibrio general walrasiano.

⁹ Nicholas Kaldor (1908-1986), economista de origen judío que adoptó la nacionalidad británica. Elabora en el año 1939 un test de compensación, el “Criterio de Kaldor”, centrándose en el punto de vista de los que se benefician de la transacción qué es lo que están dispuestos a ofrecer para obtener lo que desean.

¹⁰ John Hicks (1904-1989), economista inglés galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1972, elabora el test de compensación denominado “Criterio de Hicks”,

empeorar otros sujetos. Es decir, estaríamos en condiciones de eficiencia cuando los beneficios sociales totales netos son máximos, resultando esta teoría cuando las condiciones de los test de compensación elaborados por Kaldor y por Hicks para determinar si una economía evoluciona hacia el Óptimo de Pareto resulten satisfechas.

Según esta teoría, un resultado será más eficaz si los beneficiados por el cambio pueden compensar a aquellos que sufren consecuencias negativas. Mientras que cada mejora de Pareto implica una mejora de Kaldor-Hicks, no toda mejora de Kaldor-Hicks implica una mejora de Pareto.

La diferencia en todo caso reside en la indemnización, que no tiene por qué ser consistir en una compensación efectiva, sino en la posibilidad de que esta exista. Por ello, un resultado más eficiente puede sin embargo colocar a algunos de los operadores en peor situación que la inicial, a diferencia de la eficiencia de Pareto que requiere que todas las partes mejoren.

Así, por ejemplo, un intercambio voluntario que provoca contaminación puede considerarse una mejora de Kaldor-Hicks siempre y cuando compradores y vendedores, a pesar de tener que compensar a las víctimas de la contaminación, sigan dispuestos a llevar a cabo la transacción en cuestión.

En la misma línea se mueve el concepto de eficiencia que da el profesor **Posner**¹¹, que es el más usual en el ámbito del AED pero también el más polémico. Se hace una equivalencia entre eficiencia y maximización de la riqueza, de manera que la asignación de recursos será eficiente cuando no es posible una reasignación que permita incrementar la riqueza de la sociedad. Se admite, según esta teoría, la posibilidad de que los ganadores del cambio en la asignación de derechos compensen a los perdedores.

considerando la situación desde la perspectiva de los perjudicados, observando si el máximo que están dispuestos a ofrecer es menos que el mínimo que los beneficiados están dispuestos a aceptar para no llevar a cabo la transacción.

¹¹ Richard Posner (1939-), abogado norteamericano y juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito en Chicago, además de profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y uno de los principales exponentes del movimiento del Análisis Económico del Derecho.

Así, puede concluirse que, considerado el bienestar social como el conjunto del bienestar de cada uno de los individuos, la medida de este atiende a dos variables: el de la eficiencia y el de la equidad.

Los economistas sitúan la eficiencia por encima de la equidad porque en caso contrario hablaríamos de un reparto equitativo sin pretender (ni conseguir por tanto) la maximización del total de los beneficios sociales, cuando lo que realmente busca el AED es una solución eficiente socialmente a la hora de asignar los recursos escasos.

En este sentido puede hablarse de la “teoría de la eficiencia del Derecho común”, que forma parte de la “teoría económica del Derecho” y postula un objetivo específico para un subconjunto de reglas legales, instituciones, etc.

No obstante, el Derecho lo que pretende realmente no es buscar una maximización de la riqueza, sino del bienestar social, el cual depende entre otros factores de cómo esté distribuida.

2.4. Análisis positivo y normativo.

Para comprender mejor la interrelación entre el Derecho y la Economía hay que partir del hecho de que el AED tiene aspectos normativos y aspectos positivos. Se habla así de un análisis económico positivo junto a un análisis económico normativo.

Como máximo representante del primer enfoque encontramos a Richard **Posner**, al catalogar de esta manera su propio trabajo y más concretamente su análisis sobre la eficiencia del Derecho consuetudinario, al mismo tiempo que se contrastaba con el trabajo de Guido **Calabresi**¹² sobre las transgresiones, que es un análisis normativo, especialmente su obra *Los costes de los accidentes* (1970).

El aspecto positivo se enfoca en el comportamiento de las personas en condiciones de escasez, observando el impacto que sobre los agentes económicos tienen las normas a la hora de decidir cómo asignan sus recursos limitados. Es decir, se limita a efectuar una explicación de las reglas y los resultados legales tal como están impuestos sin que se cuestionen o se pretenda modificarlos para su mejora.

¹² Guido Calabresi (1932-), académico estadounidense, ex decano de la Facultad de Derecho de Yale y Juez en la Corte de Apelaciones del segundo circuito en Estados Unidos.

En este sentido Posner sostiene que lo que se podría denominar teoría de la eficiencia del Derecho común no consiste en que toda la doctrina y decisión de ese Derecho tengan que ser eficientes, sino que dicho Derecho común se explica mejor entendiéndolo como un sistema cuya pretensión es maximizar la riqueza de la sociedad.

No obstante, y aunque la teoría del autor se centra en el Derecho común, añade que a pesar de que el Derecho estatutario o constitucional, “por oposición a los del Derecho común, tienen menos probabilidades de promover la eficiencia, pero incluso ellos están impregnados de los intereses económicos y se han aclarado por el análisis económico”.¹³

Además, no se trata de que el Derecho consuetudinario mejore o pueda mejorar los resultados de los mercados competitivos, sino que, dentro del margen de la factibilidad administrativa, el Derecho faculta al sistema económico aproximarse a aquellos resultados que tendrían lugar en situación de competencia efectiva.

Por el contrario, desde el plano normativo se trata de formular juicios sobre lo que sería oportuno, cuál es el modo pertinente de actuación a la hora de proceder a la distribución de los recursos escasos para conseguir efectivamente maximizar la satisfacción y así determinar en términos de bienestar social las ventajas que concurrirían en caso de que se adoptaran ciertas decisiones legislativas. Así, Calabresi¹⁴ se propone mostrar cómo la sociedad, instaurando determinadas normas e instituciones, es capaz de provocar una reducción de los accidentes en la medida en que los controlara.

Desde la perspectiva del Derecho consuetudinario, sistema imperante en los Estados Unidos, donde nace el Análisis Económico del Derecho, la mayor parte de los trabajos de esta disciplina se han dirigido a demostrar por qué las decisiones de los jueces se ajustaban siempre a ciertos patrones otorgando derechos e imponiendo obligaciones eficientemente para lograr la maximización de la satisfacción total de las preferencias; mientras que si los jueces no optan por las normas que provocan dicha maximización, el estudio del Derecho desde la perspectiva económica va encaminado a argumentar lo que estos deberían hacer, las decisiones que deberían adoptar.

¹³ Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Página 29.

¹⁴ Calabresi G. (1970). *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Yale University Press.

No obstante, el análisis normativo debe asentarse sobre pilares fuertes y argumentaciones firmes, como puede ser el apoyo empírico. No puede el economista limitarse a decir lo que se debería hacer, sino que ayudándose de teorías económicas debe demostrar que la medida propuesta es más eficiente probando cuánto de un valor debe sacrificarse para alcanzar otro, o que el modo de proceder no es maximizador de beneficios, ya que utilizando un método diferente se podrían obtener los mismos resultados pero reduciendo gastos, con un coste menor.

Junto a estos dos modos principales de analizar lo jurídico desde el punto de vista económico, hay quien defiende también la existencia de un **análisis cuantitativo**. Desde esta perspectiva, la utilización por parte de economistas de herramientas tales como la econometría y la estadística se hace para poder cuantificar los efectos económicos del sistema jurídico. Podría decirse que el análisis cuantitativo consiste en un medio que puede aplicarse tanto al análisis positivo como al normativo.

2.5. Herramientas del Análisis Económico del Derecho.

El AED se vale de herramientas objetivas para el estudio de los sistemas jurídicos. Herramientas que son propias de la ciencia económica y entre las que se encuentran la teoría de precios, el análisis coste-beneficio, la econometría, el análisis estratégico y la teoría de juegos, la aplicación de criterios de eficiencia, la estadística, etc.

2.5.1. Teoría de precios.

El objeto de esta teoría consiste en el análisis de la determinación de los precios. Y lo hace desde la perspectiva de la economía del bienestar y de la asignación eficiente de recursos.

Los precios pueden ser fijados bien atendiendo a los gastos y a la utilidad que se pretende obtener, o bien atendiendo al mercado.

Y para llevar a cabo esa determinación se sirve de conceptos y aplicaciones tales como oferta, demanda, equilibrio, eficiencia, etc.

2.5.2. Análisis coste-beneficio.

Estamos ante un razonamiento consistente en optar por la alternativa que implique mayores beneficios a los menores costes. Se utiliza por tanto para determinar cuáles son las

opciones que proporcionan los mejores resultados al menor esfuerzo invertido, teniendo en cuenta tanto la eficiencia técnica como la motivación humana.

Llevado este enfoque al ámbito del AED nos permite proponer una norma jurídica en vez de otra, en tanto que los resultados a obtener serán los mismos y previsiblemente una de ellas presentará una mejor relación coste/beneficio.

Este análisis por consiguiente tiene lugar dentro de un determinado contexto de preferencias y con ello de la consecución del bienestar de los agentes del tráfico jurídico. Y es que el bienestar del individuo se mide mediante la utilidad que este obtiene de la decisión por la que optó desechando las otras posibles con las que contaba; es decir, en términos del coste de oportunidad.

No existe una medida exacta de utilidad individual en tanto que esta la componen también conceptos no cuantificables, como la filantropía que un individuo tiene respecto de terceros o la satisfacción de obtener bienes intangibles como la alegría, la diversión o el amor frente a los materiales o de consumo. Por ello se dice que el concepto de utilidad es abstracto, y que frente a la inexistencia de una medida de la utilidad, se cuenta con un conjunto axiomático que establece un orden o jerarquía.

A pesar de la aparente sencillez de esta herramienta, la determinación del conjunto axiomático implica grandes dificultades, ya que el análisis variará notablemente en función de que se tomen en cuenta unas variables u otras y el plazo temporal que se considere.

2.5.3. Lógica deductiva.

Junto a los métodos objetivos propios de la Economía, el AED también se vale de unas presunciones o lógica deductiva. Partiendo de ciertas hipótesis y mediante el diseño de modelos se llega a unas conclusiones.

Las principales hipótesis ya señaladas anteriormente, son la maximización de la utilidad de los individuos, la racionalidad del comportamiento, la estabilidad de aquellos costes que no se van a ver alterados a pesar de los cambios normativos, y el conocimiento por cada persona de lo mejor para él.

2.5.4. *Matemáticas.*

Se puede considerar a las matemáticas como una herramienta avanzada del AED, y es que cada vez se recurre más a modelos teóricos expresados con el léxico de las matemáticas para explicar, comprender y predecir las conductas humanas jurídicamente relevantes, así como los problemas que se intentan solventar buscando analogías estructurales que pueda presentar con otros.

Es de aplicación más tardía y se implementa por el rigor que empieza a requerir este estudio, en tanto que esta ciencia aporta entre otras claridad, coherencia, exactitud y generalidad.

No obstante, a pesar de las múltiples ventajas que aporta, se critica su abuso, abstracción y excesiva simplificación, en tanto que en muchas ocasiones se parte de premisas nada realistas.

2.5.5. *Estudios empíricos.*

A través de la percepción sensorial de los hechos podemos obtener datos o información acerca del mundo real, y en tanto que lo que a nosotros nos interesa es la materia jurídica, los métodos empíricos serían aquellos procedimientos por los cuales podemos averiguar las reacciones que el Derecho provoca en las conductas de las personas y su bienestar, siendo estos principalmente la observación y la experimentación.

2.6. **Principales escuelas en el Análisis Económico del Derecho.**

2.6.1. *Introducción. Diferencia entre el viejo y el nuevo Análisis Económico del Derecho.*

El denominado “**viejo Análisis Económico del Derecho**” se limita a la aplicación de los métodos económicos a la parte del Derecho que está estrechamente relacionada con la Economía, en tanto que regula supuestos tales como el mercado, las prácticas restrictivas de la competencia, el monopolio natural, los mercados de factores de producción y de dinero, la empresa pública, las limitaciones de entrega, la fijación de precios o calidades, las patentes, la regulación “social” (salud, condiciones de trabajo, defensa del consumidor, etc.), la propiedad intelectual, etc.

La expresión “Derecho económico”, la cual utilizó P. Proudhon en el siglo XIX cuando se acuñó por primera vez al AED debido a la necesidad de recurrir a una nueva especialidad

para reorganizar la sociedad, incluye materias tales como el Derecho penal económico, civil económico, administrativo económico, laboral, mercantil, etc. y se basa en un estudio de los efectos de dichas regulaciones, intentando explicar por qué se producen y determinando cuál podría ser la mejor regulación.

Debe afirmarse que desde el primer momento en que aparece el poder, ya se produce una intervención estatal en la economía y en la sociedad, y esta ha sido objeto de estudio por economistas como Adam Smith, que se centró en las leyes de navegación, o Karl Marx en la jornada de trabajo.

Por otro lado se encuentra el “**nuevo Análisis Económico del Derecho**”. Pasamos de una limitación de las materias del Derecho que son objeto de estudio por la Economía, a extenderlas a aquellas relaciones que no poseen un contenido económico explícito.

Aunque se señala el inicio de esta disciplina en los años sesenta del último siglo, no obstante existen antecedentes remotos del nuevo AED. Así, se sitúa el origen de este en economistas como Cesare Beccaria¹⁵, Jeremy Bentham¹⁶ y John Stuart Mill¹⁷ al plantear el concepto de utilidad.

No obstante, fueron los artículos de Ronald Coase¹⁸ y Gary Becker¹⁹ relativos a la competencia y la ley antitrust, siendo por tanto objeto de estudio la regulación de los

¹⁵ Cesare Beccaria (1738 - 1794), literato, filósofo, jurista y economista italiano conocido como marqués de Beccaria.

¹⁶ Jeremy Bentham (1748 - 1832), filósofo y economista utilitarista inglés. Publica en 1789 su libro “*Introducción a los principios de moral y legislación*”, donde preconizaba que «*todo acto humano, norma o institución, deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o el sufrimiento que producen en las personas*». De esta manera propone formalizar el análisis de las cuestiones políticas, sociales y económicas, desde la perspectiva de medir la utilidad de cada acto o decisión.

¹⁷ John Stuart Mill (1806-1873), filósofo, político y economista inglés utilitarista.

¹⁸ Ronald Coase (1910-2012), economista y abogado británico así como profesor emérito en la Universidad de Chicago. Publica en 1960 su artículo “El problema del costo social”. Recibió el Premio Nobel de Economía en el año 1991.

¹⁹ Gary Becker (1930 – 2014), economista estadounidense y profesor de la Universidad de Chicago. Publica en el año 1968 su artículo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”. Galardonado con el Premio Nobel de Economía en el año 1992.

mercados y la intervención del Gobierno, los que permitieron que esta disciplina, el nuevo AED, pasara a ser conocida.

Generalmente se le atribuye el nacimiento de esta nueva concepción del AED al Teorema de Coase de 1960. Sin embargo, hay autores como Paloma Durán²⁰ que critican esta postura, defendiendo que realmente se ha de estar a la tesis doctoral de Gary Becker,²¹ anterior a dicho Teorema en tanto que fue defendida en el año 1955.

En ella ya se oferta la necesidad de proceder al estudio económico de parcelas del comportamiento humano que no habían sido consideradas hasta entonces mercantiles y que por ello quedaron extra muros del estudio económico. Y por ello puede asignársele la introducción de este novedoso planteamiento.

Es una década más tarde cuando el tratamiento pasa a ser más global y sistemático, aplicándose a los más variados ámbitos del Derecho, tales como los contratos, la propiedad, el derecho criminal, el Derecho procesal, la responsabilidad civil, la familia y el Derecho constitucional. Esta extensión tuvo lugar gracias a la obra de Posner y de otros autores como Calabresi, Becker, Coase, etc.

Se amplía de esta manera el objeto de análisis a todo el sistema jurídico a la vez que se recurre a las herramientas tanto teóricas como cuantitativas de la ciencia económica.

2.6.2. *El Análisis Económico del Derecho de la Escuela de Chicago.*

Nos encontramos ante el AED tradicional u ortodoxo, donde se niega la intervención estatal, oponiéndose tanto al mercado regulado como a la concentración de este.

La Escuela de Chicago, fundada entre otros por **Frank-Hyneman Kinght** (EEUU 1885-1972), conocido por su teoría de implantación de peajes en los caminos privados para reducir la congestión del tráfico, es firme defensora del libre mercado en un sistema de competencia perfecta.

²⁰ Duran, P. (1995). Sobre el análisis económico del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, 715-718.

²¹ Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*. Chicago – London: The University of Chicago Press.

Con la obra “Crime and Punishment: an economic approach”, también podemos ubicar a Gary **Becker** en este movimiento, quien utiliza una concepción individualista. Es en el individuo en quien debemos centrarnos y no en la sociedad, y con ello se debe hablar en términos de búsqueda de la máxima utilidad esperada en vez del máximo bienestar social, con la dificultad que supone el hecho de que cada uno tenga sus intereses, así como que la utilidad de los individuos se conforma por otros componentes más allá de la riqueza.

Junto a estos, **Richard Posner** (EEUU, 1939 -) destaca por la aplicación de los métodos económicos a materias jurídicas como la regulación de los contratos mercantiles, la legislación antimonopolista y el procedimiento judicial. Además, defiende que las decisiones judiciales se toman teniendo en cuenta los objetivos económicos y sociales tales como la eficiencia económica y la maximización de la riqueza y el bienestar, y es en estos términos como mejor se puede explicar el Derecho. En este sentido, él se adentró a aplicar el AED a algunos ámbitos jurídicos como el Derecho de familia, la jurisprudencia, la discriminación racial y la privacidad.

2.6.3. *La Escuela de New Haven (Yale).*

Esta Escuela se diferencia de la anterior en cuanto que alega que el problema que se suscita es que existe una falta de regulación. Existe una escasez de normas cuando es necesaria la intervención estatal para poder corregir los fallos del mercado, como son las externalidades negativas que afectan tanto a la justicia como a la distribución y a la eficiencia.

No obstante, se niega que sea esta última, la eficiencia, el principal y exclusivo valor para adjudicar pérdidas por daños, sino que es necesario también dar importancia a la distribución y a la justicia. Asimismo, esta escuela no se centra tanto en las decisiones judiciales, sino que hace más hincapié en los textos jurídicos, recomendando un análisis de las instituciones y del uso de la política pública.

Es al estadounidense de origen italiano, **Guido Calabresi** (1932), a quien se le atribuye el origen de esta Escuela por trabajos en los que relaciona las reglas de responsabilidad y la distribución de las pérdidas. Además, retoma el análisis de la problemática del coste social de Coase. En este sentido, este autor sostiene que cualquier sistema de accidentes ha de tener dos objetivos principales: debe ser justo y además reducir el coste de los accidentes.

2.6.4. *La Escuela Institucional.*

Corriente que surge en los Estados Unidos a finales del siglo XIX en oposición al formalismo que se centraba en la universalidad de la razón, el comportamiento racional y el equilibrio.

Así, los institucionalistas, en el sentido de que poseen una visión dinámica de la Economía, resaltan la importancia de las instituciones en el funcionamiento de esta y por ello estudian el mecanismo por medio del cual las normas, las rutinas, los roles, etc. se instauran de manera autoritaria en el comportamiento social.

Los fundadores de la Escuela institucional fueron **Thorstein Veblen**²² y **John Commons**²³. Junto a ellos cabe destacar también a **Lester C. Thurow**²⁴, de cuyo estudio deriva la conclusión de que para cada sociedad hay unas reglas de juego de mercado, porque las preferencias de los individuos no se determinan de forma individual, sino que están influidas por la sociedad.

A finales del siglo XX se inició un proyecto para integrar las percepciones de esta Escuela, la Escuela Institucionalista, con los avances en la teoría de información, en la teoría de costes, en la teoría de organizaciones, etc. Como consecuencia de este proceso, surge la denominada “Nueva Economía Institucional”, que incluye cuatro premios Nobel en Economía: Ronald Coase (1991), Douglass North (1993), Elinor Ostrom (2009) y Oliver E. Williamson (2009).

2.6.5. *El Análisis Económico del Derecho Neo-Institucional y el “Public Choice”.*

Es esta una teoría social que desarrolla *el punto de vista sociológico de las instituciones*; cómo estas influyen en la sociedad. Dentro de esta se pueden encontrar diversas modalidades entre la que se encuentra la conocida como “Public Choice” o Teoría de la Elección Pública, que no defiende la necesidad de limitar el mercado, sino el gobierno, posibilitando incluso a los votantes que controlen las decisiones que toman los actores públicos.

²² Thorstein Veblen (1857-1929), sociólogo y economista estadounidense.

²³ John Commons (1862 - 1945), consolida sus ideas en la obra “Institutional Economics” (1934).

²⁴ Lester C. Thurow (1938- 2016), economista y político estadounidense.

Merece especial atención el economista estadounidense **James M. Buchanan**²⁵, a quien se le atribuye la revelación de la posibilidad de aplicación y extensión de la teoría económica al ámbito de las decisiones políticas y gubernamentales. Asimismo, descubrió que era factible extender también dicha teoría a las decisiones de los ciudadanos para posibilitar la elección entre las diversas alternativas vigentes en el mercado político.

Es por ello considerado el máximo representante de la Teoría de la Elección Pública (*Public choice*), al vincular la Economía con la Política a través del Estado, entendido este como la suma de voluntades individuales. Fue este trabajo gracias al cual fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en el año 1986.

2.6.6. *La Escuela de Harvard.*

Esta es la más nueva de las Escuelas, teniendo su origen a finales de los años ochenta. Destaca sobre todo **Steven Shavell**²⁶, quien abarca multitud de materias, desde las sanciones óptimas hasta los contratos, pasando por la propiedad, la litigación, accidentes y el bienestar. En términos de la dicotomía eficiencia – equidad, este opta por la primera de ellas, ya que su estudio se centra en encontrar la norma jurídica preferible en términos de eficiencia económica para así lograr el mayor bienestar social posible.

2.6.7. *El Análisis Económico del Derecho en la actualidad.*

Anthony Kronman, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, ha señalado que “el movimiento intelectual que más influencia ha tenido en el mundo académico de la ciencia jurídica en la última parte del siglo XX es el Análisis Económico del Derecho”.²⁷

No obstante, existen grandes diferencias entre el desarrollo producido en las distintas partes del mundo. Así, puede observarse la preeminencia estadounidense en la disciplina, mientras que al continente europeo le queda todavía mucho camino por recorrer, ya que a

²⁵ James M. Buchanan (1919 – 2013). Premio Nobel de Economía en 1986.

²⁶ Steven Shavell (1946 -). Economista estadounidense premiado con la Beca Guggenheim en Ciencias Sociales, Estados Unidos y Canadá.

²⁷ Cabrillo, F. y Albert, R. (2001). El análisis económico del derecho en la encrucijada. *Ekonomiax*, N° 77, 2º cuatrimestre, página 203.

pesar de la llegada del AED a través de la escuela alemana, no es una corriente doctrinal muy relevante en el ámbito jurídico y tampoco ocupa un lugar importante dentro de los centros universitarios.

Es Holanda el país europeo que sobresale sobre el resto en número de cátedras en esta materia, ya que en los demás Estados son ínfimas las cátedras de AED a pesar de que sí que existen programas sobre este estudio, como el EMLE (*European Master Program in Law and Economics*), el Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho de la Fundación Ortega y Gasset o el Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca.

En cuanto a las razones que pueden explicar esta diferencia de desarrollo entre el continente norteamericano y el europeo, pueden radicar en primer lugar en que EEUU ha sido más receptivo hacia el libre mercado que Europa, y al percibir al AED como la versión legal del mercado libre en el sentido de la Escuela de Chicago, es lógico que tenga allí un mejor acogimiento.

Por otro lado, es en los países de *common law* donde ha sido mayor la recepción del AED, en tanto que parece que estos necesitan una teoría unificadora para cubrir el vacío que deja la inexistencia de códigos. Además parece que en los países de tradición continental, tales como España, Italia, Alemania o Francia, los legisladores tienden más a la distribución que a la eficiencia y por ello puede que haya tenido peor cabida el AED.

Haciendo más hincapié en la situación del AED en España, el interés por este en nuestro país es cuanto menos reciente, se remonta su inicio a los años 80, aunque actualmente sigue siendo escaso el número de investigadores que se centran en esta teoría²⁸. Desgraciadamente, no es esta una materia que tenga cabida todavía en las universidades españolas dedicadas al estudio del Derecho, pero en todo caso aparece livianamente mediante la incorporación de unas nociones básicas a la hora de impartir otras que sí que son obligatorias como Economía Política.

No obstante, pese a las diferencias de desarrollo entre las diferentes regiones del mundo, cabe afirmar que se ha producido una expansión del AED a prácticamente todas las

²⁸ Cabe destacar no obstante los trabajos en esta materia de Santos Pastor, Francisco Cabrillo, Javier Salinas, Pedro Puy, Juan Carlos Gamazo, Cándido Paz-Ares, Marco Celentani, entre otros.

materias que abarcan los estudios jurídicos. Cualquier cuestión jurídica puede ser analizada con este método y esto es lo que está ocurriendo, ya que parece imposible establecer límites. Así el AED se va extendiendo a cada norma, regulación e institución nueva que surge por la necesidad de resolver problemas novedosos, tales como nuevas estructuras familiares, problemas medioambientales o sobre todo en materia de nuevas tecnologías.

3. APLICACIÓN DEL AED A LAS DISTINTAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Existen estudios empíricos que demuestran la incidencia de las instituciones y los sistemas jurídicos sobre el desarrollo económico de una sociedad. Así, es significativo el estudio de las reglas e instituciones jurídicas de un Estado que regulan las conductas de empresas, organizaciones y consumidores para comprender el modelo de crecimiento de una economía.

Es de notoria importancia la interrelación entre ambas materias, la Economía y el Derecho, y es que las posibilidades de cooperación entre ambas son enormes. Encontramos de esta manera trabajos que se centran en el estudio del sistema de la justicia, desde la perspectiva económica, para analizar su funcionamiento, impacto económico y eficiencia²⁹.

Asimismo, mediante las herramientas propias de la microeconomía, las que utiliza el AED, es posible explicar los cambios estructurales que están aconteciendo en la economía de los Estados en materia de regulación económica, como es por ejemplo el caso del surgimiento de los sectores de la “economía colaborativa”.

Por todo ello, y dado que como se ha señalado es posible aplicar la técnica económica a cualquier ámbito de los regulados por el Derecho, analizamos a continuación algunas de las cuestiones en las que más se ha centrado el AED, distribuyéndolas por materias.

²⁹ Pastor, S. (2016). *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*. Tirant Lo Blanch.

3.1. Derecho Civil.

3.1.1. Derechos reales.

El derecho real es un derecho de contenido patrimonial que ejerce una persona (sujeto activo) sobre una cosa de manera directa o inmediata, y frente al cual la colectividad (sujeto pasivo) debe abstenerse de hacer cualquier tipo de uso, goce o disfrute.

El sistema de mercado requiere que exista una propiedad privada, y en ello estriba la razón por la cual el derecho de propiedad, el más importante de los derechos reales, ha sido uno de los primeros que han sido objeto de estudio desde la perspectiva económica.

Así, por ejemplo, encontramos el Teorema de Coase (1960), atribuido al premio Nobel Ronald Coase. Trabajo pionero en esta materia que suscitó el aumento del interés por el AED.

Ronald Coase es un economista británico que nació en el año 1929 y que en el año 1960 publica el artículo que establece los fundamentos de la teoría económica de los derechos de propiedad, marcando un antes y un después en la historia de la evolución del AED, considerándose incluso por algunos autores que es a partir de este momento cuando se puede hablar verdaderamente de AED como ya se ha indicado. El artículo en cuestión se titula “*The Problem of the Social Cost*”, gracias al cual fue galardonado en el año 1991 con el Premio Nobel de Economía.³⁰

La propiedad se constituye sobre un conjunto de derechos, deberes y obligaciones que recaen sobre el considerado propietario, el cual suele tender a aprovecharlos en la manera en que se maximicen sus beneficios. No obstante, existe una limitación por razones de eficiencia, para así poder alcanzar por el conjunto de la sociedad la eficiencia de Pareto en un sistema de mercado.

Estas restricciones a la soberanía del propietario vienen configuradas por la sociedad y por la ley para cumplir con la función social recogida, por ejemplo, en el artículo 33.2 de la

³⁰ Coase, R. (1960). El problema del costo social. *Journal of Law and Economics*, nº 3, 1-44.

Constitución Española³¹. El legislador en este sentido trata de delimitar los derechos a través de la posibilidad de expropiación de los bienes por causa de utilidad pública o interés social. No se ostentan unos poderes ilimitados, sino solo aquellos que se le confieren al titular del derecho para cumplir con la función social.

La función social obliga a utilizar el bien racionalmente conforme a su naturaleza, pero también en relación con el interés colectivo, soportando asimismo las restricciones que se le impongan por ley. Por ello, los intercambios que pueden efectuar los individuos no son libres, y en tanto que se restringen y regulan pensando siempre en términos de eficiencia, de óptimo y de utilidad, este ha sido uno de los aspectos en los que se ha centrado el AED.

Ronald Coase analiza en su trabajo el derecho de propiedad, y trata de explicar la delimitación e imposibilidad de que este sea un derecho absoluto. Su obra “El problema del costo social”³², ha sido objeto de estudio por Richard Posner, quien nos explica de manera sencilla la incompatibilidad de los usos de los derechos con el ejemplo de un ferrocarril y la tierra colindante.³³

Para que el ferrocarril haga un uso exclusivo de su derecho de vía, se le debe permitir emitir chispas que sin embargo causan una externalidad negativa: perjudican al propietario de la tierra porque no podrá cultivar el terreno más próximo a las vías. Pues bien, dependiendo de a quién atribuyamos el derecho, las transacciones serán diferentes.

Si se considera que el ferrocarril tiene derecho a circular en estas condiciones, sin tomar ninguna medida de precaución que suponga una intervención en el vehículo, evitando la producción de las chispas, el propietario de la finca ofrecerá una cantidad de dinero a este para que deje de emitir las chispas. No obstante, si la pérdida que le supone al individuo el no poder cultivar esa porción de tierra es inferior al coste que le supone al ferrocarril renunciar a su derecho de emitir las chispas, será imposible llegar a acuerdo alguno, no produciéndose por tanto la transacción. Esto sería así porque el ferrocarril no va a renunciar a su derecho a no

³¹ Artículo 33 CE. *1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

³² Coase, R. (1960). Op. Cit.

³³ Posner, R. (1998). *El análisis económico del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

ser que se le pague una cantidad superior al valor que experimenta al ejercer dicho derecho y no correr con el gasto para prevenir la producción de las chispas, mientras que la ganancia del agricultor por cultivar ese área que ahora queda inservible es inferior, por lo que nunca obtendría ganancias. Pero si el derecho recae sobre el propietario de la finca, el cual puede impedir que se emitan las chispas, sí será posible el acuerdo.

Así, tal como demostró Coase, *independientemente de los valores relativos de los usos rivales, la asignación inicial de los derechos legales no determinará el uso que prevalecerá finalmente*.³⁴ Es decir, si se permiten las transacciones y estas no son muy costosas, la asignación inicial de los derechos de propiedad no siempre afectará al uso final de la propiedad. En tanto que el ser humano, como individuo racional, tiende a obtener su máximo beneficio, siempre que la negociación le reporte una ganancia tenderá a ella.

En todo caso, parece que la conclusión es que la asignación inicial de los derechos puede afectar a la riqueza relativa de las partes, y además perturbar el uso de los recursos. De manera que el objetivo del legislador sería asignar derechos y responsabilidades de manera que se minimicen los daños causados y los costes de evitar tales daños.

Por ello, parece que el Teorema de Coase no es más que la formulación económica del artículo 1902 del Código Civil que establece que: *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*.

Como hemos dicho, se defiende la idea de que es indiferente la distribución de derecho que haga inicialmente la legislación, porque, por medio de la negociación entre las partes, estas alcanzarán una solución eficiente. No obstante, Coase añade que para que esto sea así, se deben cumplir una serie de condiciones. Una de ellas sería la necesidad de una correcta definición de los derechos de propiedad, y junto a ello otro requisito sería la inexistencia de costes de transacción, de costes derivados de la negociación en los que incurren los sujetos (lo que a priori parece imposible en la práctica, aunque el modelo está cambiando en la actualidad). Finalmente, la tercera condición radicaría en la necesidad de que dicha negociación tenga lugar en condiciones de información completa.

En el supuesto de que se den estos tres requisitos expuestos, es cuando desaparecería la externalidad. Por ello, según esta teoría, son de trascendente importancia los costes de transacción, y en la medida en que siempre existen, el objetivo es reducirlos a su mínima

³⁴ Coase, R. (1960) Op. Cit.

expresión para poder facilitar los intercambios y así maximizar la función de utilidad de los individuos, lo cual puede obtenerse mediante la ley, incentivado a que los agentes económicos hagan el mejor uso de sus recursos productivos.

En aquellas operaciones donde los costes de transacción sean elevados, los resultados no serán eficientes, ya que debido a estos costes dejarán de realizarse negociaciones que sin embargo supondrían un aumento del bienestar de la sociedad en su conjunto.

3.1.2. *Contratos.*

El artículo 1255 del Código Civil español proclama la autonomía de la voluntad. Partiendo de esta, y de la búsqueda de la satisfacción de sus intereses y necesidades, las personas tienden a negociar entre ellas creando derechos y obligaciones que les afectan a ellos mismos. Surge así el contrato, como herramienta para hacer efectiva estas relaciones y la cual ha sido esencial para el desarrollo económico y social.

Básicamente los contratos cumplen dos funciones: una económica, en tanto que es el medio principal de circulación de la riqueza entre los individuos; y otra social, porque además de ser útil para satisfacer las necesidades individuales, gracias a la buena fe, se utiliza como herramienta de cooperación.

Desde la perspectiva del análisis positivo, el AED estudia por qué las personas se comprometen por medio de los contratos. Cuáles son las causas que provocan dicha contratación. Mientras que desde el punto de vista del análisis normativo, el AED se centra en la capacidad con la que cuentan los contratos y su regulación para reducir los costes de transacción, asegurar los intercambios eficientes, así como buscar soluciones para los casos de incumplimiento.

Así, desde la perspectiva positiva, la Economía analiza los contratos como medios que sirven a los agentes económicos para alcanzar objetivos tales como simplificar el intercambio de bienes y servicios entre oferentes y demandantes, transferir riesgos, o resolver los problemas de eficiencia que ocasionan las externalidades.

En resumen, podemos decir que las funciones más importantes del Derecho de contratos son favorecer la cooperación, reducir los costes de transacción, suministrar las herramientas que garanticen el cumplimiento de contratos óptimos y distribuir los riesgos entre las partes.

En cuanto al **cumplimiento de los contratos**, para estudiar esta problemática podemos aplicar herramientas de la Economía para de esta manera ponderar los beneficios que le reporta al sujeto actuar de una u otra manera, tratando de regular la situación por medio de incentivos o desincentivos para que opere o se abstenga de operar en ese sentido.

Asimismo, cuando aparecen contingencias que provocan que el contrato ya no reporte beneficios a alguna de las partes, o que haya tenido lugar una información asimétrica que ocasione finalmente perjuicios, el derecho contractual establece medidas para compensar los daños y perjuicios que sufre una parte con los beneficios que obtiene la otra. La herramienta para ello son las reglas de responsabilidad por incumplimiento, que tratan de cuantificar el daño sufrido por una de las partes, así como intentar paliar estas conductas.

Según el análisis positivo y su explicación del efecto que provocan las leyes sobre el comportamiento de los agentes económicos, las medidas de daños utilizadas son ineficaces. Dichas medidas, entre las que encontramos las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante, las restituciones y las cláusulas penales, son consideradas por la Economía de los contratos como bajas e insuficientes para conseguir un pleno cumplimiento de los contratos en los términos exactos en los que fue pactado.

Desde la perspectiva normativa; es decir, valorando los efectos de las leyes sobre la sociedad, se llega a la conclusión de que ninguna de las medidas de reparación de daños es efectiva para conseguir un cumplimiento eficiente de los contratos. La razón de esto reside en que el sistema de responsabilidad civil ha de ser equilibrado, y consecuentemente no va a ser completamente eficaz.

No se puede instaurar un modelo de responsabilidad total, por lo que si el autor de los daños ocasionados debe responder por la totalidad de ellos, asume un riesgo muy elevado que le lleva a replantearse los incentivos de la contratación. Consecuentemente se fijarían las condiciones ex ante, para reducir dicho riesgo, y por tanto no existe solución alguna por parte del Derecho para resolver la problemática porque el resultado final nos lleva de nuevo al ámbito de la contratación y la autonomía de la voluntad.

Por el lado contrario, tampoco es viable la instauración de un modelo de responsabilidad nula, porque en tanto que no se va a responder del daño provocado al tercero, el perjuicio resultante del incumplimiento del contrato va a ser indiferente.

Con todo ello se observa que la existencia de fallos en el mercado no deja de ser una realidad, y el mercado perfecto una utopía.

No obstante, el AED considera necesaria la responsabilidad civil. Esto se debe a que gracias a ella, la sociedad va a valorar positivamente ciertas conductas que entrañan un riesgo, y por dicha razón van a ejecutarlas.

Se debe hacer mención en este sentido a Schäfer y Ott, quienes sostienen que “las normas del derecho de responsabilidad civil pueden ser entendidas desde esta perspectiva como un instrumento para conseguir objetivos de bienestar para el conjunto de la sociedad”³⁵.

3.1.3. *El Derecho de accidentes.*

Se entiende por derecho de accidentes todo aquel que comprende la responsabilidad civil o responsabilidad civil extracontractual. Son dos las principales funciones de esta normativa: la compensación a las víctimas por el daño sufrido y la creación de incentivos para evitar esos daños. Históricamente primaba la primera de ellas; sin embargo, en la actualidad, la regulación tiende a buscar la seguridad, dotando de alicientes para la eliminación de los riesgos.

El profesor de Yale y Juez de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Guido Calabresi, nacido en Italia en 1932, publica en el año 1961 un artículo relacionado con esta materia: la responsabilidad civil³⁶. En los años siguientes sigue publicando una serie de artículos que todos ellos en su conjunto constituyen lo que se ha denominado *análisis económico de accidentes y responsabilidad civil*, culminando este trabajo con la publicación en 1970 del libro *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, en el cual lleva a cabo un análisis económico de la eficiencia de las normas en esta materia.

Para este autor, los objetivos del sistema de responsabilidad civil son tres: minimizar los costes del daño provocados por los accidentes, tanto los personales como los materiales y los de prevención; el reparto de la forma menos gravosa de los costes económicos del

³⁵ Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos
Página 107.

³⁶ Calabresi G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, nº 70, 499-533.

sistema entre la sociedad; y la minimización de los costes administrativos ocasionados al hacer la asignación de los costes del daño.

En suma, la finalidad de este sistema es estructurar un método que permita minimizar los costes sociales de los accidentes.

En las relaciones de responsabilidad contamos con dos partes: el causante y el perjudicado, que se relacionan por medio de una estructura compuesta por el daño (que puede ser tanto patrimonial o material como moral), el nexo causal y la imputación de la responsabilidad.

Asimismo, en esta materia contamos con el “riesgo”, como situación más o menos probable de que acontezca provocando un daño indeseado, y con el “valor esperado”, que es el producto de multiplicar la modificación que se origina si el suceso tiene lugar; es decir, la pérdida o ganancia por la probabilidad de que ocurra.

Han sido diferentes las concepciones que se han tenido a lo largo de la historia sobre la responsabilidad. En un primer momento, en el derecho romano se confundían los delitos públicos y privados, condenándose con penas de prisión los perjuicios causados en materia de accidentes, como si de delito penal se tratara.

Actualmente, sin embargo, se ha llegado a aceptar una responsabilidad objetiva, donde la culpa se reemplaza por el riesgo. Asimismo, se observa la decadencia de la consideración de responsabilidad individual en favor de la solidaridad colectiva, participando toda la colectividad en la reparación.

El análisis económico del derecho de accidentes parte de otorgar una escasa relevancia a la concesión de recompensas a las víctimas que afrontaron el daño ocasionado por el accidente. Se centra en un enfoque preventivo, anterior a la comisión del daño, considerando que se debe delegar la competencia en materia de resarcimiento al sistema de seguros, aunque no debe olvidarse en ningún caso la importante función disuasoria que cumplen las indemnizaciones.

En este sentido, la función principal del sistema de responsabilidad radica en la estipulación de incentivos que estimulen la prevención del daño y además lo hagan a un coste social mínimo, porque dejar la regulación de esta materia en manos de las partes parece imposible, dados los elevados costes de transacción derivados de la necesaria negociación que impedirían la cooperación.

Es necesaria una precaución para reducir la frecuencia de los accidentes, así como la magnitud de los daños, y esta precaución la proporcionan medidas que pueden adoptar tanto el causante como la víctima, pero estas últimas acarrearán costes.

Así, se puede concluir que el objetivo primordial del derecho de daños, junto a la concesión de estos alicientes para invertir en prevención, es tratar de conseguir que aquellos que ocasionan el daño, los causantes, internalicen los costes producidos por sus actuaciones.

Surgen múltiples problemas a la hora de estudiar los daños en los accidentes. La primera dificultad se deriva de la escasez de información, y con ello la imposibilidad de efectuar una medición real del daño. Pero junto a esto, no puede hacerse una regulación general; se debe hacer en primer lugar una distinción de cada tipo de daño para efectuar el análisis económico, y dentro de cada uno de ellos cabe diferenciar entre diferentes aspectos que concurren y que modifican las circunstancias. Así, junto a las diferencias regionales en la siniestralidad, hay que tener en cuenta también otros aspectos, como la edad, el sexo, los hábitos de consumo, etc., que inciden de manera determinante sobre la comisión de los daños. Es por ello por lo que no debemos mantenerlos al margen a la hora de estudiar económicamente el derecho de daños y observar la influencia que tiene sobre la sociedad, así como al buscar las soluciones más eficientes, porque todos estos aspectos afectan de manera sustancial a la materialización del riesgo.

Por ello parece imposible la formulación de un modelo único que analice por igual, por ejemplo, el accidente de tráfico ocasionado por un buen padre de familia que de camino a casa atropella a un peatón, que el ocasionado por un conductor que circula bajo los efectos del alcohol o el del camionero que alarga su jornada laboral para evitarse unos gastos de pernocta.

El objetivo tradicional del ámbito de los accidentes es la minimización del coste social de estos; no obstante, son múltiples las organizaciones e instituciones que intervienen en esta área que pasan tanto por el sector público como el privado, y entre las cuales se pueden mencionar, por ejemplo, las aseguradoras, las autoridades laborales, el sistema de salud, la seguridad social, las autoridades de tráfico o las asociaciones de consumidor.

Se parte de la obviedad de que todos los intermediarios que operan en este ámbito lo hacen con ánimo de lucro, de manera que parece difícil aceptar la búsqueda de la minimización de los costes sociales de los accidentes. Así, se puede decir que estos operadores lo que buscan realmente es aumentar el presupuesto que reciben y por medio de una asignación eficiente

de estos recursos escasos cumplan el fin de reducir los accidentes. De manera que como alternativa a la minimización del coste social, parece mejor opción que las políticas de prevención vayan dirigidas a la reducción de los accidentes. En este sentido la salud pública opta por este objetivo, utilizando la terminología de “años de vida saludables perdidos” (AVISAS) por consecuencia de los accidentes.

En esta línea, y en el trabajo que procura la búsqueda de la reducción de AVISAS, se establecen las prioridades de actuación y de asignación de los recursos, intentando que a largo plazo se puedan introducir criterios de eficiencia sectorial y global en la distribución de los medios utilizados a la prevención de accidentes.

Por lo expuesto anteriormente, la Economía de los daños al estudiar el Derecho de accidentes utiliza el indicador AVISAS. Y lo hace tanto para diagnosticar la comisión de accidentes, como para evaluar las medidas legales y políticas orientadas a su prevención, de manera que este indicador proporciona múltiples ventajas.

3.1.4. *Derecho de familia.*

El jurista Gary Becker centra su estudio en el análisis del derecho de familia desde la perspectiva económica, extendiendo de esta manera la aplicación de la teoría economía al ámbito del Derecho privado familiar.

En el año 1981 publica “*A Treatise on the Family*”, obra en la cual recopila todos los trabajos anteriores que había realizado en esta materia y que será considerada como la principal y más importante del análisis económico de la familia. Parte de una función de utilidad neoclásica en la que intervienen variables como los hijos y el altruismo para estudiar diferentes instituciones de esta materia bajo la sistemática de la microeconomía: el matrimonio, la adopción, los emparejamientos, el divorcio, etc. Nos centraremos en el primero de ellos.

A pesar de que en España el desarrollo del AED ha sido menor, encontramos trabajos relativos a esta materia que aplican esta técnica al derecho de familia, así por ejemplo cabe mencionar al catedrático de Economía de la Universidad Complutense de Madrid, Francisco Cabrillo.

Cuenta este autor con una obra titulada “Matrimonio, familia y economía”³⁷, que se constituye como obra de referencia en este ámbito y en la que estudia desde la perspectiva microeconómica cuestiones tales como las adopciones o la herencia, la búsqueda de pareja o el matrimonio.

A pesar de la dificultad o extrañeza que pueda ocasionar utilizar conceptos económicos en esta materia, como puede ser “oferta de niños”, se ha demostrado que es de notoria importancia que el jurista analice la situación del derecho de familia y el comportamiento humano en este ámbito en términos económicos para poder entender el funcionamiento de la sociedad.

Así, aunque la materia del Derecho Civil de familia se aleje del mercado y parezca a priori imposible de explicarse por medio de la teoría de la oferta y la demanda, puede hacerse un análisis económico que permita explicar por qué se regula en un sentido u otro.

No resulta por tanto irrelevante para el jurista encontrar la explicación de reformas legislativas que, por ejemplo, incentiven la “producción de hijos” si dicha producción va a implicar la aparición de importantes externalidades positivas para la sociedad, o aquellas otras modificaciones que pretendan la supresión de la discriminación laboral que sufre la mujer en base a razones de eficiencia en la eliminación de los incentivos que pueda tener una empresa y que la lleven a discriminar.

Siendo una materia muy amplia y que abarca múltiples instituciones, como bien indicamos anteriormente, nos centraremos en el matrimonio como unión de dos personas reconocida social, cultural y jurídicamente, que junto a la finalidad principal de fundar un grupo familiar también pretende crear un marco de protección mutua.

Se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en el Título IV del Libro I del Código Civil bajo la rúbrica “del matrimonio”, aunque también se debe tener en cuenta el Libro IV del mismo Código donde en su Título III se hace referencia al aspecto patrimonial de esta unión de la cual derivan derechos y obligaciones recíprocos, el régimen económico matrimonial.

Reconduciendo el léxico a esta materia, respecto del “precio” del matrimonio puede entenderse por tal, no tanto la dote que en épocas pasadas consistía en la entrega de dinero que debía hacerse a la familia que acogía a la mujer, sino a las tareas que deberán realizar

³⁷ Cabrillo, F. (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Madrid: Minerva.

ambos cónyuges en el futuro. Y en cuanto a la oferta y la demanda, si estamos ante matrimonios monógamos es fácil de imaginar el equilibrio entre el número de maridos ofertados y el de mujeres demandadas.

No obstante, no debemos olvidar que a pesar de que utilicemos los términos marido y mujer, el matrimonio en nuestro ordenamiento es simplemente la unión de dos personas con independencia de su sexo.

Por otro lado, en las sociedades donde se permite la poligamia masculina, por paradójico que resulte, en términos económicos parece que la mayor demanda de mujeres, en tanto que cada hombre puede tener más de una, disminuiría el precio que tienen que pagar estas para casarse; es decir, las mujeres estarían en mejor situación porque tienen que aportar menos trabajo.

No obstante, la multiplicidad de combinaciones y de gustos tan dispares entre las personas nos dificulta el hecho de poder determinar “el precio de las personas”, porque a priori se podría decir que un hombre guapo, simpático y bondadoso sería “más caro”, porque habrá más personas dispuestas a casarse con él y entonces el precio a convenir será más elevado, pero es que no todos le van a considerar de la misma manera.

Considerado el matrimonio como mercado, dadas sus particularidades, nos encontramos diferentes problemas, tales como los “convencionalismos”, la asimetría en la información, la asimetría en el poder o la asimetría en la especialización.

En primer lugar, por tanto, se debe tener en cuenta el convencionalismo de que las mujeres tienen una mejor capacitación para atender a los hijos y el hogar familiar.

En segundo lugar, nos encontramos ante una asimetría de la información antes, durante y después del matrimonio. Con anterioridad a este es difícil recopilar toda la información relevante sobre la otra parte, mientras que durante el matrimonio el problema radica en que no siempre se ha consolidado la relación pensando en que se está ante la pareja ideal, sino que se acepta sin más.

Además, en tercer lugar, la problemática radica en la asimetría del poder, en tanto que respecto del matrimonio tradicional, se parte de la posición del marido como sujeto que debe hacer frente a todos los gastos, y de la mujer como parte que afronta el cuidado de los hijos y el hogar.

No obstante, tras la ruptura de la relación matrimonial, basándose la ley al regularla en que se da esta en el ámbito de una responsabilidad sin culpa, se reduce la disposición a la negociación respecto de la parte que no quiere que tenga lugar tal ruptura. Es por ello por lo que se desprende la protección de la ley respecto del miembro considerado como más débil de la relación: la mujer.

Asimismo, se hace una mención a la asimetría en la especialización como problemática del símil establecido entre el matrimonio y el mercado, en tanto que a la hora del divorcio, nulidad o separación, no se tienen en cuenta las inversiones. Así, el cónyuge que aportó más al matrimonio es el que sale perdiendo al no asimilarse el contrato de matrimonio con el contrato a largo plazo, lo que implica que no se valoren los incentivos ex ante con los incentivos ex post.

Y por último, se hace referencia a que otro de los problemas reside en el cambio de las estructuras familiares, en tanto que se ha evolucionado socialmente cambiando la concepción del matrimonio, pero a pesar de la modificación de las normas sociales, las instituciones sociales no han pasado a ser más flexibles.

Por tanto, cabe concluir el análisis de la problemática de la concepción del matrimonio como mercado, disponiendo que en la actualidad las leyes matrimoniales deberían redactarse partiendo en todo caso de la posibilidad de elección.

El matrimonio ha de considerarse como un compromiso mutuo entre los cónyuges de permanecer unidos en el tiempo, y las leyes en esta materia deberían redactarse en base a la idea de la posibilidad de elección. Por ello, debido a que por medio de este “negocio jurídico” las partes se obligan recíprocamente, surgiendo obligaciones y derechos para ambos, y que además como acabamos de indicar el legislador debe priorizar la autonomía de la voluntad, podría considerarse al matrimonio como un contrato.

Este símil que se establece entre el matrimonio y el contrato es para algunos autores expresión de que es en sí mismo un medio útil y eficiente para maximizar la utilidad de la familia. Por esta razón los ideales éticos, morales y religiosos intrínsecos en las concepciones del matrimonio y la familia deberían ser relegados.³⁸ Al considerar el matrimonio como una relación contractual, ambos cónyuges invierten en ella, aunque por lo general lo hacen de forma asimétrica.

³⁸ Querol, N. (2014) *Análisis Económico del Derecho* Madrid: Dykinson S.L. Páginas 188-189.

A pesar de que actualmente los modelos sociales están cambiando, lo que venía siendo común, y en ocasiones se mantiene, es que fuera la mujer quien sacrificara sus expectativas personales y profesionales y su tiempo dedicándolo a la familia, hogar e hijos. Dada esta situación, si se produce una ruptura de la relación por medio del divorcio, lo que supondría una rescisión del contrato, la mujer tendrá más dificultades para acceder al mundo laboral y por ello una ley de divorcio adecuada debería compensar este desequilibrio que aparece en las partes tras la ruptura. Por tanto, al igual que en cualquier contrato se ha de permitir la disolución de este, pero se debería compensar a la parte que resulte perjudicada.

No obstante, dados los beneficios sociales y económicos del matrimonio, los incentivos legislativos deberían ir dirigidos al mantenimiento de la relación contractual, a su duración en el tiempo, poniendo dificultades a la disolución del divorcio, porque en términos del AED esto incentivaría la rescisión.

Del mismo modo, la libertad de decisión defendida anteriormente, que encuentra su apoyo normativo en el artículo 1255 del Código Civil³⁹, es considerada como instrumento esencial en tanto que, al fomentar las leyes matrimoniales la libertad de la confección del contrato, se aumentará la responsabilidad de las partes. Sin embargo, como en cualquier contrato existe un riesgo, que en este caso vendría configurado por la ruptura, o la falta de reciprocidad en el amor o en el trabajo o diferentes cuestiones, que provocan que en ocasiones exista cierto rechazo o miedo al matrimonio.

3.2. Derecho Penal.

Una de las primeras materias a las que se aplicó el AED fue el Derecho Penal. Así, encontramos por ejemplo la importante obra de Gary Becker, quien, como ya hemos indicado, extiende el ámbito de aplicación de conceptos propios de la técnica económica a ámbitos del Derecho que no regulan aspectos puramente económicos, sino comportamientos humanos que salen de esa esfera, que están fuera del mercado, entre los

³⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil español. Artículo 1255: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”

que destaca la familia, la discriminación, o el que vamos a analizar en este epígrafe, el delito.⁴⁰

“Crime and Punishment: An Economic Approach”⁴¹ es el principal artículo que redacta Becker en relación a esta materia, publicado en el año 1968. Se postula en él una visión novedosa del comportamiento criminal, sentando las bases de la teoría económica del delito, estableciendo que el objetivo del Derecho Penal debe residir en la predicción del comportamiento delictivo.

El análisis económico de la política criminal y del Derecho sancionador se basa en el estudio de las decisiones de cometer estos hechos punibles desde dos perspectivas. Así, por un lado, se trata de investigar las razones por las que se adopta tal decisión de delinquir mediante la observación del sujeto; es decir, analizando a aquella persona que decide actuar de esta manera. Pero junto a ello, es también de importancia para el análisis económico predecir cómo esa decisión se puede ver modificada por los incentivos, tanto positivos como negativos, que aparecen en la sociedad por mediación de los ordenamientos jurídicos.

Desde una perspectiva económica hemos visto que el ser humano es un ser racional, que trata de maximizar sus beneficios distribuyendo de la manera que él considera más oportuna los recursos escasos con los que cuenta, moviéndose dentro de sus limitaciones tales como de información, conflicto de valores, capacidad para la toma de decisiones, etc., y en función de factores externos tales como la presencia de incentivos o estímulos, impuestos en su mayor parte por la legislación, su conducta se verá influenciada.

En este sentido, cuando se estudia el Derecho Penal como derecho sancionador, la evaluación que se hace es que, en tanto que el hombre actúa buscando su beneficio, parece que al ponderar las ganancias con las pérdidas ha considerado que el beneficio que obtiene de cometer el acto delictivo es superior a los costes en los que incurre.

No obstante, es cierto que no precede a la conducta una valoración exacta del coste beneficio, sino que el individuo se verá guiado por la sensación de que delinquir es mejor

⁴⁰ Inicia esta trayectoria con su tesis doctoral, defendida en 1955. Becker, G. (1957). Op. Cit.

⁴¹ Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N°2, 169-217.

que abstenerse de realizar esa conducta. Aunque también hemos de tener en cuenta que en ocasiones estos actos derivan de un ánimo de venganza, o de presión social, o problemas familiares, que van más allá de la racionalidad que guía normalmente a los individuos en su modo de actuar.

En primer lugar, diferentes estudios han mostrado que para prevenir la delincuencia desde las edades más tempranas, junto al acceso al sistema educativo, constituye también una gran influencia el ámbito familiar y de amistades en el que el adolescente se mueve, ya que será de estos de donde reciba unos valores. Por ello cabe afirmar que existe una clara relación de causalidad entre la insuficiencia familiar y social, unida a la pobreza, lo cual provoca un distanciamiento del ámbito educativo que deriva en delincuencia.

Es importante también la función disuasoria que cumplen (o al menos deberían cumplir) las penas. Para reconducir esto a términos económicos, se dice que el **castigo** sería el precio que una persona paga al adquirir un bien, de manera que a mayor precio, menor será la cantidad de bienes que adquiera; es decir, menor será el número de delitos que querrá cometer. Y el precio, el coste del castigo, sería por tanto el valor esperado de su comportamiento delictivo y dependerá de la pena, de su magnitud, y de la probabilidad de que esta se llegue a aplicar.

Por ejemplo, el precio (coste del castigo) de una condena de 10 años de prisión, cuya probabilidad en términos hipotéticos de llegar a ser condenado a ella sea del 50%, teniendo en cuenta la insuficiente efectividad de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, del sistema judicial o del penitenciario, no representa exactamente para el delincuente un coste de 10 años, sino del 50% de estos; es decir, de 5 años de pena de prisión.

Existen por tanto dos modos de aumentar el castigo: bien aumentando el precio en sí mismo; es decir, aumentando la pena; o induciendo a que se produzca un aumento de la probabilidad de que las penas lleguen a imponerse; es decir, asegurando la efectividad de que se detecte el delito, se encuentre al delincuente, se le condene, y cumpla de manera efectiva la pena perfeccionando los recursos que lo permitan.

Para la adopción de estas medidas no hay que olvidar en ningún caso el objetivo del derecho penal, el cual pretende minimizar el coste social del delito, entendiendo por tal el resultado de sumar el daño que causa dicha conducta más el coste de las medidas de prevención adoptadas para evitar su comisión.

En todo caso se parte de la idea de que el delincuente comete el delito porque considera que le resulta rentable. Su beneficio esperado, por ejemplo, la ganancia económica que le reporta el tráfico de drogas, es mayor que su coste esperado, la probabilidad de que se le descubra y se le sancione.

Por medio de cualquiera de los dos métodos previstos; es decir, bien por medio del aumento de la pena o de la probabilidad de condena, se puede influir en la conducta del delincuente, porque su coste esperado será mayor, y así parece que se deberían elevar las penas, por ejemplo, hasta que la sanción esperada sea igual al beneficio esperado, porque será en ese punto donde, debido a la inexistencia de beneficios para el delincuente, no tiene incentivo para cometer esas conductas.

No obstante, como ya defendían autores como Becker y Beccaria⁴², parece que tiene una mayor influencia sobre los sujetos el aumento de la probabilidad de detección de la comisión del delito y posterior detención y condena del delincuente que los incrementos en la dureza de las penas. Es por ello por lo que observamos la tendencia a mantener intactas las consecuencias jurídicas del delito, mientras se invierte por ejemplo en los avances tecnológicos y labores de investigación para detectar la perpetuación de la conducta delictiva.

Respecto de las sanciones podemos destacar la problemática de las multas, las cuales se imponen por igual en función del tipo delictivo que se ha cometido sin entrar a valorar el patrimonio del delincuente. Por ello parece que se debería hacer una distinción entre ricos y pobres para valorar mejor el efecto disuasorio, ya que no opera con la misma intensidad en cuanto que el coste que le supone al rico la delincuencia penada con multa será siempre inferior en términos de utilidad.

Se puede concluir por tanto que el análisis económico del delito intenta elaborar una teoría del castigo óptimo que analiza los costes que el delito genera a la sociedad y los costes de represión o disuasión del delito, siendo el objetivo la minimización de la suma de ambos.

Con todo ello se ha demostrado que las penas cumplen con su efecto disuasorio pretendido; sin embargo, parece que esta es solo una solución factible a corto plazo, de manera que tanto la teoría como la evidencia empírica han demostrado que es la modificación de las condiciones económicas del delincuente la solución más eficiente a

⁴² Beccaria. C. (1764). *De los delitos y las penas*.

medio y largo plazo, por lo que se ha de analizar la correlación entre el nivel de vida y la delincuencia.⁴³

3.3. Derecho Procesal.

La Constitución Española de 1978 y la Convención Internacional de los Derechos Humanos nos indican que los objetivos fundamentales de la política judicial son tanto la minimización de los costes sociales del proceso como la facilitación y maximización del acceso del ciudadano a la justicia.

Cabe distinguir diferentes tipos de costes cuyo conjunto de todos ellos constituyen lo que hemos denominado costes sociales del proceso judicial. Así, encontramos unos costes directos públicos, que son los costes presupuestarios, y unos costes privados, tales como los honorarios de los letrados, la congestión y dilación del sistema judicial, así como los costes derivados de hacer máximo y efectivo el acceso de los ciudadanos a la justicia.

El trabajo de la economía de la Justicia se basa, por un lado, en la explicación y la predicción de los fenómenos sociales denominados judiciales y, por otro, en la fijación de criterios de política judicial, tales como la determinación del montante de justicia que ha de ser provista pública y privadamente, la influencia sobre la litigación temeraria de las sanciones y penalizaciones que se establezcan por ley en orden a la descongestión del sistema, así como la de los recargos por mora en el cumplimiento de las obligaciones, o la pertinencia del establecimiento de tasas.

Así, se considera que los objetivos principales de la política judicial serían: en primer lugar **proteger**, en cuanto que se quiere dotar de tutela judicial a las víctimas, personas cuyos derechos han sido atacados; en segundo lugar **disuadir** las infracciones, evitando que el delincuente obtenga beneficio alguno; y por último **reducir** los conflictos sociales y ofrecer soluciones.

⁴³ Para profundizar entre la relación existente entre la delincuencia y el desempleo o la insuficiencia de ingresos se puede consultar la obra de Danziger y Wheeler (1975), quienes examinan las relaciones entre delincuencia y desigualdad en la renta, o el trabajo de Sala-i-Martin (1997) en el cual estudia el impacto del crecimiento económico y de las políticas de bienestar social en el nivel de delincuencia.

En este ámbito del procedimiento judicial se dice que se conseguiría la eficacia en aquella situación en la que se dé una ausencia de dilaciones y además exista una efectividad de la tutela judicial de los derechos y libertades de los ciudadanos. Sería suficiente por tanto con cumplir la dicción de la Constitución Española para conseguir tal eficacia, en tanto que el artículo 24 en su apartado primero proclama que: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

Además, habrá de tenerse en cuenta el apartado segundo del mismo precepto, el cual hace mención a unas garantías que han de cumplirse para poder hacer efectivo tal derecho fundamental, disponiendo que: *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

Asimismo, cuando se habla de accesibilidad, debemos entender esta como la facilidad para disfrutar de la tutela con la que cuentan los ciudadanos y, más especialmente, sobre aquellos que carecen de medios económicos suficientes para hacer frente al coste que supone el acceso a la justicia.

En este marco, la tutela judicial de los derechos reconducida al léxico económico puede concebirse como una relación de intercambio de este servicio entre oferentes y demandantes.

En todo caso, la justicia cuenta con múltiples problemas, siendo los más destacados la congestión, dilación y lentitud del proceso judicial, que derivan, por un lado, del exceso de demanda de litigación provocada en parte por la existencia de errores en la normativa sustantiva y procesal y de criterios de actuación de jueces que incentivan inadecuadamente a los intervinientes en el pleito; y, por otro lado, de la inadecuación de la oferta de servicios a la que nos hemos referido anteriormente (la tutela judicial). Puede afirmarse que la demanda de justicia a los Jueces y Tribunales está influenciada tanto por el montante de controversias como por el valor esperado como resultado del pleito.⁴⁴

⁴⁴ Querol, N. (2014). Op. Cit. Página 168.

De esto concluimos que, cuánta mayor sea la cantidad objeto del litigio, la probabilidad de que se acuda a la justicia y se termine en pleito para resolver la controversia en vez de conseguirlo extrajudicialmente será mayor. Pero además, otro de los aspectos que también incrementan la posibilidad de que haya un juicio es la expectativa que tienen las partes de que lo van a ganar, lo cual les lleva a no intentar o no ceder ante conciliaciones o negociaciones. Asimismo, cuanto menores sean los costes de litigar, *ceteris paribus*, los números de demandas que se presentarán serán mayores.

Por otro lado, también es cierto que cuanto mayor sea la cantidad de situaciones previstas por las cuales se puede reclamar ante la justicia (ya sean delitos en el orden penal o reclamaciones en el civil por ejemplo) mayor podrá ser el número de juicios.

Todo ello, unido a la oferta de la tutela judicial, la cual depende del número de jueces y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia, de los medios materiales (juzgados), de los medios financieros, de la productividad derivada de la organización y aprovechamiento de los factores productivos, y de las variables del mercado político, permite analizar en términos económicos la causa de la dilación y congestión del sistema judicial, determinando las medidas que se deberían adoptar para reducir este problema.

Por ello, las soluciones a adoptar desde la perspectiva económica deben ir encaminadas a reducir la demanda de estos servicios, aumentando por ejemplo el precio con la imposición de tasas, como se hizo con la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, *por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, estimular el uso de mecanismos alternativos a la justicia, dotar al sistema judicial de una mayor partida presupuestaria de cara a que incremente el número de medios materiales y personales con los que cuenta y el incentivo a procurar una mejor administración de los recursos.

Si se consigue reducir la demanda, a largo plazo se observaría una disminución de la dilación, así como del precio, pero esto ocasionaría el problema de un menor acceso de los ciudadanos a la Justicia, en tanto que al trasladarse la curva de la demanda a la izquierda esta se cruza con la curva de la oferta en un punto que implica menor precio y menor cantidad.

Sin embargo, la tutela de los ciudadanos no deja de ser un objetivo del Estado Social y de Derecho que debe garantizarse, por ello parece mejor opción aumentar la oferta, obteniéndose así un mayor acceso a la justicia, a menor precio también, pero la

problemática de esto residiría en que para poder afrontar dicha situación se requeriría de un aumento del presupuesto, lo que derivaría en una mayor carga para los contribuyentes.

Terminar con la problemática de la dilación de justicia implica costes, y por tanto debería determinarse cuál es el grado de dilación óptima; es decir, aquel en el que se igualan las ventajas e inconvenientes de su eliminación. Para poder conocer cuál es esa situación, sería necesaria la existencia de estudios y estadísticas que determinen la amplitud actual y sus ventajas e inconvenientes, información de la cual carecemos.

Para finalizar el estudio de la incidencia del AED sobre el derecho procesal, cabe hacer mención a Marco Celentani, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid quien se ocupa de la asistencia jurídica gratuita.⁴⁵ Según este autor, la asistencia jurídica gratuita es un recurso presente en la mayoría de los sistemas de justicia de los países desarrollados que garantiza la representación y asistencia de aquellos que tienen recursos limitados y son parte en un proceso judicial. Puede considerarse una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, porque si no el hecho de tener recursos suficientes sería un condicionante para acceder a un proceso judicial con todas las garantías. Celentani trata de explicar mediante las técnicas del AED las razones por las que estos programas *pueden mejorar la eficiencia económica al reducir costes sociales derivados de asimetrías informativas en la litigación.*

3.4. Derecho Mercantil.

El Derecho Mercantil es una rama del Derecho privado que, desde una perspectiva subjetiva, de los sujetos, se centra en la regulación de las normas relativas los comerciantes; mientras que desde una perspectiva objetiva, la cual utiliza el ordenamiento jurídico español actual, se basa en la regulación de los actos de comercio legalmente calificados como tal.

A pesar de la amplitud de esta materia, nos centraremos únicamente en la **libre competencia.**

En España, al igual que ocurre en el ámbito de la Unión Europea, rige un sistema de economía de mercado, esto es, un sistema basado en la libre competencia. Así contamos con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que sustituyó a la Ley

⁴⁵ Celentani, M. (2017). Asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles. *Papeles de Economía Española: Economía y Derecho*, nº 151, 78-87.

16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio. También es importante hacer mención al artículo 38 de la Constitución Española en el cual se reconoce la libertad de empresa dentro del marco de la economía de mercado.

Este sistema se centra en la regulación del comercio mediante la tipificación de unas conductas consideradas como ilegales, el juego arbitrario de los precios y los monopolios. Todo ello con el objetivo de promover la competencia entre los operadores del mercado; es decir, entre las empresas, incentivando la calidad de los bienes y servicios en un modelo que incremente en mayor medida el bienestar social.

El objetivo es la transparencia y buen funcionamiento del mercado, y más concretamente, en términos de AED, se busca una reasignación de los recursos de la manera más eficiente posible, asegurando la existencia de una competencia efectiva entre los oferentes de bienes y servicios en el mercado.

Fue este el primer ámbito por el que se preocuparon los economistas que comenzaron a utilizar la herramienta del AED. Como consecuencia del capitalismo y la revolución industrial, se produjo una proliferación de conglomerados de empresas (*trusts*) que impedían la entrada al mercado de nuevos agentes, de manera que la competencia se reducía a niveles de inexistencia. Es así como surge tanto la preocupación por el sistema, como la necesidad de desarrollar leyes antimonopólicas, antitrust, de libre competencia.

La fundamentación de la necesidad de libre competencia radica principalmente en los fallos del mercado, tales como el monopolio, las externalidades, en tanto que independientemente de que estas sean positivas o negativas no recae su soporte sobre el oferente del bien, y los bienes públicos.

Al hablarse de Libre Competencia nos encontramos en el marco antimonopolístico, y por ello el análisis económico de la legislación en esta materia se centra igualmente en la injusticia monopolística; es decir, la creación indiscriminada de monopolios vulnerando el orden público económico y el sistema jurídico, y en la competencia desleal.

Puede decirse que el bien jurídico protegido es tanto la autonomía privada, como la justicia distributiva y la igualdad de oportunidades, la protección de consumidores y de ciertas categorías de competidores, la eficiencia económica, la formación de los precios como consecuencia de la libre oferta y demanda y la libertad económica entre otros.

Por ello, y dado que el Estado teóricamente busca el bienestar de la sociedad y consecuentemente la eficiencia de las relaciones humanas y productivas, hace uso de su *iuris puniendi* para restringir el uso de estas conductas.

3.5. Derecho Tributario.

El Derecho Tributario es una disciplina que forma parte del Derecho Financiero, y tiene por objeto el estudio del ordenamiento jurídico que se centra en la regulación, establecimiento y cumplimiento de los tributos.

Dentro de esta disciplina, cabe dotar de especial relevancia a la evasión fiscal: la actividad ilícita en la que incurren tanto personas físicas como jurídicas ocultando a las autoridades la obtención o pertenencia de bienes o ingresos con el objeto de eludir algún tributo.

Los distintos niveles de la Hacienda Pública de España estipulan una serie de tributos, conformando el conjunto de todos ellos el sistema tributario español. La recaudación de dinero por parte de las arcas públicas derivado del pago de tributos por los ciudadanos es necesario e imprescindible para que la Administración pueda actuar haciendo frente a las cargas por medio de esta financiación.

No obstante, aunque todos los ciudadanos de una manera u otra terminemos siendo igualmente beneficiarios de este dinero, en tanto que la asignación que se haga de él nos va a terminar afectando, nos encontramos con el problema de la evasión fiscal.

En todos los sistemas tributarios se aprecia un cierto nivel de fraude, pues existen individuos que no cumplen con sus obligaciones tributarias o no lo hacen del modo que se debería. Partiendo de la visión del bienestar social, el objetivo político frente a este fraude consistiría en la minimización de los costes sociales que genera, netos de los costes que implica la instrumentación de la lucha contra él.

Desde el punto de vista económico, aquel ciudadano que defrauda no es en ningún caso un individuo anómalo, sino aquel que la búsqueda del mayor grado de su bienestar personal le lleva a actuar de esta manera.

A través de la legislación tributaria y administrativa, y el funcionamiento de las instituciones encargadas de asegurar su aplicación, pueden establecerse incentivos y desincentivos en orden a regular la conducta de los ciudadanos con el objetivo último de que su actuar vaya dirigido a un idóneo cumplimiento de las cargas tributarias.

Estas infracciones suponen un coste esperado, sobre el cual se puede incidir incrementando cuantitativamente bien las sanciones administrativas, o las tributarias, o las penales, o los delitos fiscales. Asimismo, otro factor que afecta al coste esperado es la eficacia de la inspección y la probabilidad de que se llegue a detectar el fraude, porque al igual que se estudió en el ámbito penal, la sanción esperada se ve reducida por los fallos del sistema y la probabilidad de detección de la infracción, que cuanto menor sea, mayor será la tendencia a actuar al margen de la ley.

Para que la satisfacción que recibe el ciudadano que actúa en este sentido sea nula o al menos mínima también puede actuarse sobre la percepción que se tiene de la defraudación, mediante la extensión por ejemplo de una estigmatización social negativa, porque en el entorno social en ocasiones, más allá de considerarse al infractor como “delincuente”, realmente se considera “tonto” al que cumple y paga.

Otras medidas empleadas en esta materia van dirigidas a fomentar la sencillez de los trámites a realizar por el contribuyente para cumplir sus obligaciones tributarias, facilitando así su cumplimiento. En el mismo sentido se pretende el fomento de la dotación de información respecto tanto de la necesidad de contribuir a las arcas públicas, como de la problemática de no hacerlo, para conseguir una conciencia social.

4. CONCLUSIONES.

El Análisis Económico del Derecho como disciplina consistente en la aplicación de los instrumentos de la microeconomía a las distintas esferas de actuación del ser humano más allá de las meramente económicas, se impone como una materia esencial para la detección y solución de los problemas jurídicos.

Como se ha desarrollado a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, estamos ante una disciplina que prolifera en la segunda mitad del siglo XX, adquiriendo gran importancia sobre todo en el ámbito geográfico de los Estados Unidos. No obstante, se pueden encontrar antecedentes del AED ya en el siglo XVIII, considerándose por algunos autores que el utilitarismo es una de las corrientes inspiradoras de este movimiento.

El uso de esta corriente jurídico-económica nos permite tener una visión del comportamiento humano desde otra perspectiva. Gracias a ella podemos predecir sus actuaciones respecto del cumplimiento y respeto de las leyes así como del cumplimiento de los contratos privados celebrados entre particulares.

Esta disciplina nos permite examinar desde la vertiente económica cuáles son las medidas que podemos adoptar en orden a condicionar en cierta medida el comportamiento humano, para así conseguir el objetivo único y final del Estado que radica en el bienestar social de la ciudadanía.

El origen del denominado Nuevo Análisis Económico del Derecho se remonta al año 1960, con la publicación por Ronald Coase de su principal obra, titulada “El problema del coste social”⁴⁶. Posteriormente, y principalmente gracias a los estudios de Becker, se extiende la aplicación del AED a prácticamente todos los sectores del ordenamiento jurídico.

La utilización de técnicas económicas, como pueden ser la Ley de la oferta y demanda para entender el cumplimiento o incumplimiento de los contratos, por ejemplo, es un avance social que nos permite entender y prever las conductas de los individuos.

Las personas en cuanto seres racionales tienden a maximizar su bienestar con sus actuaciones, por ello es necesaria la intervención estatal para regular la sociedad, limitando los derechos de cada uno para así obtener un bienestar social adecuado. No obstante, para que la sociedad en su conjunto maximice beneficios, es necesario que exista una satisfacción personal de cada persona considerada individualmente.

La Constitución Española ya prevé de por sí restricciones de los derechos subjetivos de los ciudadanos en su artículo 10⁴⁷, al establecer como límite general de los derechos de cada uno, los derechos de los demás. No obstante, a lo largo del articulado de la Carta Magna se prevén otros límites específicos.

Han de tenerse en cuenta las distintas variables que operan en cada ámbito de actuación, para de esta manera poder intervenir sobre ellas, y así conseguir una maximización de beneficios, de riqueza y de satisfacción general. Y para conseguirlo es necesario centrarse en cada individuo, procurando una influencia sobre este en orden a conseguir el objetivo previsto legislativamente. Así, el legislador deberá establecer alicientes o sanciones en función de la reacción que pretenda obtener del individuo.

⁴⁶ Coase R. (1960) Op. Cit.

⁴⁷ Constitución Española, artículo 10.1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

Se deben establecer para ellos símiles entre los conceptos jurídicos y los económicos, hablándose por ejemplo de “oferta de niños” en el ámbito del derecho de familia, o del “precio a pagar” respecto de la comisión de delitos en el ámbito del Derecho Penal. En este sentido, y una vez que contamos con “precios” en los distintos sectores jurídicos, será posible analizar las curvas de oferta y demanda, el funcionamiento del mercado y, en orden a ello, regular en el sentido que se pretenda.

No existe entre los autores unanimidad sobre la consideración del AED como un trabajo interdisciplinar. P. Mercado por ejemplo propone que el AED más allá de ser un movimiento que pretenda estudios interdisciplinares del Derecho, lo que pretende realmente es la hegemonía de la Economía sobre todas las Ciencias Sociales, alegando que en la propuesta del AED *no hay complementariedad entre ciencia económica y ciencia jurídica, sino sustitución de un saber por otro.*⁴⁸

Opinión que ya fue manifestada por Gary Becker al exponer que el AED no presenta un estudio de las relaciones existentes entre el Derecho y la Economía, sino una definición económica del Derecho. Constituiría por tanto un estudio parcial del Derecho que a criterio del autor pretende la sustitución de la justicia por la eficiencia.

Junto a este aspecto, una de las críticas más frecuentes que podemos encontrar respecto del AED es que parte de unos axiomas que predeterminan cuál va a ser el actuar de las personas, y sin embargo cada vez más estudios demuestran que los individuos no siempre actúan racionalmente, que incurren reiteradas veces en errores e inconsistencias a la hora de valorar la información y realizar una ponderación entre los beneficios y los costes que le ocasionarán la decisión que adopte.

Así por ejemplo podemos mencionar a Richard Thaler⁴⁹, quien hace referencia en su obra a que la evidencia muestra que el ser humano no actúa siempre orientado por criterios racionales. La teoría económica clásica partía de la irrelevancia de la irracionalidad, pero sin embargo se observa que las personas son propensas a cometer errores. Ello es en parte debido a la influencia de los deseos, miedos, valores o prejuicios sobre la valoración de las alternativas y la toma de decisiones.

⁴⁸ Mercado, P. (1994). *El análisis económico del derecho (una reconstrucción teórica)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Página 276.

⁴⁹ Thaler, R. (2015). *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto.

Por otro lado, es conocido el sentimiento de arrepentimiento que en múltiples ocasiones aparece en las personas, y este es consecuencia de las variaciones que se producen en los gustos y preferencias. Por ello, encontramos otra dificultad del AED dado que las valoraciones son cambiantes.

Asimismo, respecto del actuar de las personas se debe mencionar que no son pocas las ocasiones en las que un individuo se abstiene de optar por la decisión que aparentemente más le beneficiaría y lo hace por considerarlo justo o merecido.

No obstante, en tanto que esto es conocido, no parece que sea realmente una crítica u obstáculo al AED, sino que simplemente debe adaptarse teniendo en cuenta que pueden concurrir estos supuestos para predecir mejor cuál será la reacción.

Otra de las críticas a las que en ocasiones se enfrenta el AED es el hecho de que las personas y el ordenamiento jurídico no persiguen únicamente fines económicos y por ello no son susceptibles de estudio por la ciencia económica. Sin embargo esta crítica no tiene peso alguno, en tanto que la Economía no nos dice qué metas debemos conseguir, sino que pretende explicar cómo actúan las personas en el cumplimiento de su fines cuando cuentan con recursos escasos y cómo deberían emplearlos para maximizar la satisfacción de sus fines, independientemente de que estos sean o no puramente económicos.

En esta misma línea, se critica la posible aplicación del análisis económico a cualquier esfera de la actividad humana. Así, Gaspar Ariño, por ejemplo, defiende que pueden ser objeto de análisis económico las materias que regulan la intervención de los poderes públicos en las tareas de producción de bienes y servicios pero que no lo podrán ser aquellas que carecen de una dimensión económica como el derecho de familia y los derechos fundamentales.⁵⁰

Por ello, la metodología de estos estudios se ve criticada desde el punto de vista ético y moral, ya que puede llevar a realizar una valoración monetaria de la vida o la salud humana.

Pero como ya se ha señalado en reiteradas ocasiones, la Economía no se limita a ámbitos concretos de la conducta del hombre, sino que es de aplicación siempre que exista una escasez de recursos, y por ello puede afirmarse que puede extenderse el Análisis Económico a cualquier esfera en la que actúe el hombre, ya que siempre va a contar con unos recursos limitados para poder hacer frente a sus objetivos.

⁵⁰ Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares. Página 30.

Con todo ello, podemos concluir que para la elaboración de un buen razonamiento jurídico es necesario usar el AED como medio complementario, tanto desde su perspectiva normativa como positiva, para así conocer mejor las problemáticas y poder combatirlas eficazmente mediante disposiciones legislativas y la intervención estatal.

BIBLIOGRAFÍA.

- Aguilar, J.M. y Castro, C. (2006). Las normas jurídicas como incentivos. Unas breves notas sobre el Análisis Económico del Derecho. *Kínesis. Revista electrónica de Metodología e Historia del Derecho*. Universidad Complutense de Madrid.
- Anglas, D. J. (2008). *Teoría del Análisis Económico del Derecho*. Lima. Consultado en www.teleley.com/articulos/art_160708-2.pdf
- Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares.
- Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas*.
- Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*. Chicago-London: The University of Chicago Press.
- Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An economic Approach. *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, N°2, 169-217.
- Becker, G. (1981). *A treatise on the family*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bullard, A. (2003). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Cabrillo, F. y Albert, R. (2011). El análisis económico del derecho en la encrucijada. *Ekonomiaż*, N° 77, 2º cuatrimestre, 201 - 221.
- Cabrillo, F. (1990). Una nueva frontera: el análisis económico del Derecho. *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía* n° 687, 9-22.
- Cabrillo, F. (1996). *Matrimonio, familia y economía*. Madrid: Minerva.
- Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, n°70, 499-533.
- Calabresi, G. (1970). *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Yale University Press.
- Celentani, M. (2017). Asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles. *Papeles de Economía española: Economía y Derecho*, n° 151, 78-87.
- Coase, R. (1960). El problema del costo social. *Journal of Law and Economics*, n°3, 1 - 44.
- Congregado, E. (2001). Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. *Derecho y conocimiento*, vol.1, 331 - 339.
- Danziger, S. y Wheeler, D. (1975). The economics of crime: punishment or income redistribution. *Review of Social Economy*, vol. 33, n.º 2, 113-131.

- Doménech, G. (2014). Por qué y cómo hacer el análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, n° 195, 99-133.
- Duran, P. (1995). Sobre el análisis económico del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho* XII, 705-718.
- Mercado, P. (1994). *El análisis económico del derecho (una reconstrucción teórica)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pastor, S. (2016). *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*. Tirant Lo Blanch.
- Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos.
- Paz-Ares, C. (1981). La economía política como jurisprudencia racional. (Aproximación a la teoría económica del derecho). *Anuario de Derecho Civil. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Serie 1ª. Publicaciones Periódicas. Número 2.*, 601 y ss.
- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Puy, P. (1991). La influencia de la economía en el Derecho, veinticinco años después. *Estudios en Homenaje al Profesor Carlos G. Otero Díaz*, 541-575.
- Querol, N. (2014). *Análisis económico del derecho*. Madrid: Dykinson. S.L.
- Real Academia Española*. (23 de Abril de 2019). Obtenido de Diccionario de la Lengua española.: <https://dle.rae.es/?id=ELVW605>
- Roemer, A. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Romer, P. (1991). Economic Integration and Endogenous Growth. *Quarterly Journal of Economics* CVI, 531-555.
- Sala-i-Martin, X. (1997). *Transfers, social safety nets, and economic growth*. *International Monetary Fund Staff Papers*, vol. 44, n° 1, 81-102.
- Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Thaler, R. (2015). *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*. Deusto.