



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN AL DERECHO CIVIL

Presentado por:

María del Carmen Beloso Benito

Tutelado por:

Juan Carlos Gamazo Chillón

Valladolid, 20 de abril de 2022

RESUMEN

El Análisis Económico del Derecho es el método que permite el estudio de la ciencia del Derecho mediante la aplicación de herramientas, razonamientos y principios de carácter económico.

Este método ha evolucionado a lo largo de los años, pasando de aplicarse no solo a aquellas materias jurídicas con contenido económico, y por tanto más cercanas a la Economía, sino a todas las ramas del Derecho.

Este enfoque innovador parte de las premisas de la economía neoclásica, para analizar distintos aspectos como son la eficiencia o los costes de transacción y relacionarlos con el ámbito jurídico. En esta aproximación analizamos la aplicación de este enfoque concretamente al Derecho civil: contratos, accidentes, familia y propiedad.

ABSTRACT

The Economic Analysis of Law is the method that allows the study of the science of Law through the application of economic tools, reasoning and principles.

This method has evolved over the years, from applying not only to those legal matters with economic content, and therefore closer to the economy, but to all branches of law.

This innovative approach starts from the premises of the neoclassical economy, to analyze different aspects such as efficiency or transaction costs and relate them to the legal field. In this approach we analyze the application of this approach specifically to civil law: contracts, accidents, family and property.

PALABRAS CLAVE

Análisis Económico del Derecho, Derecho, Economía, teoría de precios, oferta y demanda, Derecho civil, familia, propiedad, contratos, accidentes.

KEY WORDS

Economic Analysis of Law, Law, Economics, price theory, offer and demand, civil law, family, property, contracts, accidents.

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	8
2.1 CONCEPTO Y ORÍGENES.....	8
2.2 TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	15
2.2.1 Análisis Económico del Derecho positivo.....	16
2.2.2 Análisis Económico del Derecho normativo	17
2.3 HERRAMIENTAS	17
2.3.1 Teoría de los precios.....	18
2.3.2 Teoría de juegos	18
2.3.3 Análisis de coste-beneficio.....	19
2.3.4 Matemáticas.....	20
2.3.5 Estadística.....	21
2.3.6 Método empírico – analítico	22
2.4 PRINCIPALES ESCUELAS.....	22
2.4.1 Escuela de Chicago.....	22
2.4.2 Escuela de New Haven	24
2.4.3 Escuela institucional	25
2.4.4 Escuela de Virginia.....	27
2.4.5 Escuela de Harvard.....	28
2.5 ESTADO ACTUAL DEL TEMA.....	29
2.6 POSIBLES CRÍTICAS	32
3. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL DERECHO CIVIL.	36
3.1 Derecho de los contratos	36
3.2 Derecho de propiedad.....	41
3.3 Derecho de accidentes.....	46
3.4 Derecho de familia	49

4. CONCLUSIONES	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los siglos el estudio de las ciencias sociales en general, y de la Economía y el Derecho en particular, han evolucionado de manera independiente. La Economía¹ se ha dedicado a estudiar cómo las empresas, las familias y los gobiernos organizan los recursos escasos que están a su disposición para satisfacer las necesidades y lograr el mayor bienestar, mientras que el Derecho² se ha dedicado a regular la conducta humana y ordenar la sociedad aplicando reglas y creando instituciones encargadas de vigilar que se cumplan.

Partiendo de sus definiciones se observa que el Derecho trata de garantizar aquello que busca la Economía, evidenciando que ambas ciencias están lejos de ser independientes, pudiendo concurrir y entrelazarse en la búsqueda de los mismos objetivos. Esta relación entre ambas materias no fue ignorada académicamente durante mucho tiempo. Adam Smith, en su obra “La riqueza de las naciones”, ya detecta la importancia del establecimiento de “buenas leyes” para propiciar el desarrollo económico.

Es así como comienza a fraguarse el estudio de las relaciones entre el ámbito jurídico y económico, dando lugar al Análisis Económico del Derecho.

Por medio de esta aproximación al Análisis Económico del Derecho y su aplicación al Derecho civil se trata de abordar la importancia de la utilización de herramientas económicas para solucionar los problemas que plantea la ciencia jurídica en términos generales, y posteriormente de forma específica en el Derecho civil.

Para ello, se explica qué es dicho análisis y de qué hipótesis se parte al realizarlo, así como su origen y la situación actual en la que se encuentra, distinguiendo dos etapas. Por un lado, el Viejo Análisis Económico del Derecho que marca el inicio de este análisis mediante la aplicación de las herramientas económicas a las materias jurídicas más cercanas a la Economía, y, por otro, el Nuevo Análisis del Derecho que supone la ampliación del estudio a un mayor

¹ Instituto Nacional de Estadística. Economía. ¿Qué es Economía? <https://acortar.link/Wo9Zli>

² Trujillo, E. (s.f). Derecho. *Economipedia*. <https://acortar.link/txJP2Z>

número de materias jurídicas. Durante el desarrollo del trabajo, se nombran los autores más relevantes en la evolución del análisis, destacando sus aportaciones que en muchos casos supusieron la obtención del Premio Nobel de Economía.

Se profundiza en las principales herramientas que utiliza la Economía para llevar a cabo el análisis y se expone las diferentes escuelas con sus respectivas líneas de pensamiento que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo.

La visión global del Análisis Económico del Derecho finaliza con el estado actual del tema, en el que se aborda la situación de este análisis en el continente europeo, especialmente en España, destacando las investigaciones realizadas por varios autores pertenecientes a universidades e instituciones destacadas; y con las posibles críticas, donde se enjuicia ciertos aspectos de este análisis.

Esta visión general sirve de base para la posterior aproximación del análisis a las ramas del Derecho civil. En concreto, se analiza el Derecho de propiedad, fundamental en nuestro sistema de mercado, mediante la formulación del Teorema de Coase.

También se profundiza en el ámbito del Derecho de contratos y accidentes en los que se trata de analizar varios problemas, como la imputación de costes, el establecimiento de indemnizaciones o la determinación del riesgo y la responsabilidad, teniendo en cuenta conceptos económicos como la eficiencia.

Además, se explica desde una visión económica la existencia de determinadas instituciones dentro del Derecho de familia y su evolución.

Este trabajo finaliza con un apartado dedicado a enfatizar las principales conclusiones alcanzadas a lo largo del mismo.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

2.1 CONCEPTO Y ORÍGENES

Podemos definir, en términos generales, el Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, como la aplicación de las herramientas y teorías

proporcionadas por la economía al estudio del funcionamiento y de los problemas relevantes del sistema jurídico³.

Con el paso de los años, el contenido y alcance del Análisis Económico del Derecho se ha enriquecido gracias al surgimiento de nuevos temas y técnicas en la Ciencia Económica y al incremento de disciplinas jurídicas sometidas al estudio económico.

Las principales características del AED son:

- Gira en torno a tres premisas “maximización-mercado-eficiencia”⁴ dentro del enfoque coste-beneficio social. Con ello se pretende maximizar la eficiencia de los recursos disponibles en un contexto en el que los bienes y los servicios son escasos. Su aplicación en el ámbito jurídico ayudará a reforzar, corregir o completar la argumentación jurídica.
- Es principalmente social: ayuda a comprender los hechos de carácter social y el comportamiento de los agentes sociales. Además, el AED busca la alternativa que genere mayor beneficio social o menor coste social. Allí donde haya alternativas, escasez y, en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del análisis económico, llegándose a la conclusión que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser analizado a través de él.
- Es válidamente aplicable a todas las disciplinas del Derecho. Es posible utilizar el método del AED al ámbito del Derecho público y privado y a sus correspondientes ramas. En este trabajo nos centraremos en la aplicación del análisis económico al Derecho civil.

El Análisis Económico del Derecho se asienta sobre una serie de hipótesis, siguiendo los principios esenciales de la microeconomía neoclásica⁵:

³ Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos.

⁴ Querol, N. (2014). *Análisis económico del Derecho*. Dykinson.

⁵ Querol, N. (2014). Op. Cit.

- Hipótesis de maximización: los individuos tratan de maximizar su bienestar dentro de las posibilidades que les permiten sus restricciones. El individuo es capaz de valorar su propio bienestar, y no se tendrá en cuenta el altruismo como norma general⁶.

Ese bienestar individual se trasladará a nivel social a través del concepto de Óptimo de Pareto, basado en criterios de utilidad, entendido como el punto en el que el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad⁷.

El concepto de eficiencia entendido por Pareto ha sido objeto de críticas al entenderse que en la práctica es inviable, al no poder llevar a cabo cualquier decisión sobre políticas o asignación de recursos sin empeorar el bienestar de alguna persona, optando por la eficiencia de Kaldor-Hicks. Este criterio es partidario de compensar a los damnificados, siempre que exista la posibilidad de que los beneficiarios puedan indemnizar a los perjudicados. Esta medida de la eficiencia presenta críticas al no tener en cuenta, a la hora de llevar a cabo la compensación, la distribución de los ingresos de las partes intervinientes ni la ley de la utilidad marginal decreciente⁸.

- Hipótesis de racionalidad: los individuos elegirán siempre aquello que más les satisface. De esta consideración se deduce que los bienes son sustituibles, que el individuo siempre llevará a cabo un

⁶ Torres, J. (1985). Tradición y resultados de una disciplina novedosa: La Economía del Derecho. Una orientación bibliográfica. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (5), 27-40.

⁷ Pareto, W. (1938). *Manual of Political Economy*. Oxford.

⁸ Primera ley de Gossen, por la que el valor de un bien, en tanto en cuanto vamos teniendo y consumiendo más unidades de dicho bien, el precio, así como el valor de estas unidades, se va reduciendo progresivamente. Coll, F. (2021). *Leyes de Gossen*. Economipedia. <https://economipedia.com/definiciones/leyes-de-gossen.html>

comportamiento maximizador y que tratará que los beneficios superen los costes, en concreto, el coste marginal⁹.

- Hipótesis de estabilidad: los valores que los individuos asignan a sus costes y beneficios son estables y no se ven influidos por la política del Estado ni por agentes externos.
- Supuesto de soberanía del consumidor: son los individuos quienes mejor conocen y determinan el valor que tienen para ellos las cosas.
- Principio del equilibrio: siempre que los individuos piensen que pueden mejorar su situación tenderán a cambiarla.
- La cláusula ceteris paribus: cuando se analiza la variación de una variable concreta se consideran constantes todas las demás variables del modelo.

La relación existente entre el ámbito jurídico y económico se hace patente desde el comienzo de las relaciones sociales, a través de recopilaciones jurídicas dejadas por las civilizaciones del Antiguo Egipto, Mesopotamia, Grecia y Roma, como el código de Solón (590 a.C.) en Grecia y la Ley de las Doce Tablas (450 a.C.) en Roma, en las que ya se trataban desde el punto de vista jurídico asuntos económicos, como el pago de salarios o intereses, comerciales y familiares¹⁰.

Por otro lado, el interés de los economistas por el Derecho se remonta a épocas más tempranas. En Reino Unido durante los siglos XVIII y XIX autores como Adam Smith (1723 – 1790) o Ricardo (1772 – 1823) criticaban el impacto negativo que suponía mantener en vigor las “Poor Laws”¹¹ para la economía de

⁹ Hirshleifer, J. (1984). *Price Theory and Applications*. Prentice Hall Englewood Cliffs, N. Jersey.

¹⁰ Amnistía Internacional (2020). Egipto, Mesopotamia, Grecia y Roma. *Educación en Derechos Humanos*. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>

¹¹ Sistema de ayudas legales dirigidas a los pobres de Inglaterra y Gales sufragado con impuestos. Adam Smith quería que se modificara esta ley para que las personas desempleadas pudieran reclamar las ayudas donde vivían, en lugar de donde nacieron. Esto suponía una restricción al libre comercio, ya que la mano de obra debía de poder moverse hacia donde estuviera el trabajo. Ricardo fue más radical, pidiendo su abolición debido a que su existencia supone una disminución del dinero disponible para pagar a las personas que trabajan y podría

Gran Bretaña, mientras que John Stuart Mill (1806 – 1873) mostró interés por las legislaciones relativas a los sindicatos y a la usura. En Francia, autores como Nicolas Baudeau (1730 – 1792) comenzaron a hacer referencia a la fisiocracia, basada en la ley natural y en la innecesaria intervención del Estado para el buen funcionamiento económico y comercial del país.

En esta etapa, que varios autores han calificado como el periodo del Viejo Análisis Económico del Derecho, el AED se caracterizó por el estudio del Derecho que estaba muy vinculado a la Economía, es decir, se centró en analizar los ámbitos del Derecho que regulaban aspectos de carácter económico, como son los modos y factores de producción, la estructura del mercado, la fijación de precios, las patentes o los servicios públicos.

En esta etapa del AED se planteó la resolución de los problemas jurídicos existentes basándose únicamente en criterios de utilidad y riqueza, esto es, siguiendo criterios económicos, donde lo verdaderamente importante era la posición económica de cada persona respecto al resto y el impacto económico que tenía en un individuo la conducta de otro. Se trata de afrontar cualquier conflicto o cuestión desde la visión económica, relegando a un segundo plano el hecho de que la conducta y las elecciones de los individuos no siempre son ejecutadas en busca exclusivamente del beneficio económico.

El incremento del número de materias objeto de estudio y de su complejidad dio paso al Nuevo Análisis Económico del Derecho¹².

La introducción al Nuevo Análisis Económico del Derecho se produjo con el trabajo de Gary Becker¹³ (1930-2014). Este economista perteneciente a la

ser considerado un incentivo para la ociosidad y el despilfarro. Roberts, A. (1997). *Social Science History for Budding Theorists*. Middlesex University: London. <http://studymore.org.uk/ssh5.htm#:~:text=The%20Elizabethan%20poor%20law%20required,can%20be%20bought%20and%20sold>.

¹² Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

¹³ Premio nobel de Economía en 1992 por su contribución a la expansión del análisis microeconómico al comportamiento humano, incluyendo el comportamiento no mercantil. Eumed (2020). *Grandes economistas premios Nobel de Economía* [versión electrónica]. https://www.eumed.net/cursecon/economistas/premios_nobel.htm

escuela de Chicago se caracterizó por la introducción en el AED del aspecto sociológico a la hora de abordar desde un punto de vista económico la posible solución a los problemas de la sociedad, como la delincuencia, en términos de eficiencia y rentabilidad económica¹⁴.

En 1960 Ronald Coase¹⁵ (1910-2013) publica su artículo “el problema del coste social”¹⁶, que sentó las bases para el desarrollo de la teoría económica de los Derechos de propiedad, ámbito en el que Armen Alchian desarrollaría su estudio a partir de los años sesenta¹⁷.

Coase establece que los problemas jurídicos no se pueden resolver únicamente desde la perspectiva económica, sino que hay que considerar las variables relativas a la conducta humana para lograr una mejora en el Análisis Económico del Derecho¹⁸.

El desarrollo de este nuevo Análisis Económico del Derecho se afianzó gracias al movimiento del realismo jurídico¹⁹, el cual incidía en la ventaja que suponía el estudio del Derecho en estrecha relación con la realidad social de la época, y terminó consolidándose gracias a la creación en Chicago de la revista académica *Journal of Law and Economics*, cuyo primer editor fue Aaron Director (1901-2004), que en un principio centró sus trabajos en la legislación antitrust y

¹⁴ Becker, G. (1974). *Crime and punishment: an economic approach*. En Becker & Landes, *Essays in the economics of crime and punishment*. National Bureau of Economic Research. <https://n9.cl/q7lhs>

¹⁵ Premio Nobel de Economía en el año 1991 gracias al descubrimiento y explicación de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Eumed (2020). Op. Cit.

¹⁶ Coase, R. H. (1981). El problema del coste social. *Hacienda Pública Española*, (68), 245-274. <https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/2011/Coase.pdf>

¹⁷ Alchian, A. (1981). Derechos de propiedad y Sistema Social Libre. *Centro de estudios públicos*, 1-9. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2012/04/Alchian-Derechos-de-Propiedad.pdf>

¹⁸ Coase, R. H. (1981). Op. Cit.

¹⁹ Doctrina según la cual todo Derecho deriva de los intereses sociales predominantes y de las políticas públicas. De acuerdo a esta teoría, los jueces consideran para decidir un caso no solo las reglas abstractas, sino también los intereses sociales y las políticas públicas. Cornell Law School (1992). Wex [versión electrónica]. *Ithaca, Nueva York*. https://www.law.cornell.edu/wex/legal_realism

más adelante en áreas jurídicas con connotaciones económicas, como la ley de seguros, las leyes laborales, la ley de sociedades o la regulación de bancarrotas²⁰.

Este análisis se comienza a expandir a más ámbitos, como el de los contratos, el Derecho procesal, el Derecho constitucional o la responsabilidad civil, materia en el que sobresale el trabajo realizado por Guido Calabresi (1932-actualidad) en 1961 sobre la distribución del riesgo y la ley de daños, donde examina la responsabilidad civil extracontractual desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho y la Economía del Comportamiento. En su trabajo Calabresi determina que dicha responsabilidad civil ha de centrarse en asignar el riesgo y distribuir las pérdidas causadas por los accidentes, más que en determinar de quién ha sido la culpa²¹.

Posteriormente, durante los años setenta y ochenta el nuevo Análisis Económico del Derecho se asienta definitivamente con autores como Richard Posner (1939-actualidad) que logra un mayor grado de cohesión en términos generales entre la Economía y el Derecho al estudiar desde el punto de vista económico casi todas los ámbitos de las dos ramas del Derecho²².

Esta cohesión entre la Economía y el Derecho se hace patente en una serie de conclusiones extraídas a la hora de aplicar el análisis económico al ámbito jurídico.

La primera de ellas es que el comportamiento de los individuos se ve influenciado por el Derecho, es decir, el Derecho es un sistema conductual. A lo largo del tiempo, los juristas se han percatado de la existencia de mecanismos que incentivan o desincentivan la realización de ciertas acciones o elecciones, lo cual supone una manera de manejar el comportamiento humano en ámbitos como el Derecho penal o el de propiedad.

²⁰ Rama, E., Ramírez, E. C. y Pomares, I. J. (2001). Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. *Derecho y conocimiento*, 1, 331-339.

²¹ Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Journal*, 14(46), 105-128. <https://www.redalyc.org/journal/2932/293265423007/html/>

²² Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EEUU*. Palestra editores. https://www.marcialpons.es/media/pdf/analisis_economico_Derecho.pdf

La respuesta esperada a estos mecanismos no se cumple en la totalidad de la población, por lo que, aunque la mayoría de individuos dirijan su conducta hacia las opciones que les proporcionen mayores incentivos o menores desincentivos, habrá siempre una minoría que seguirán manteniendo su comportamiento inicial o experimentarán pequeñas variaciones.

La segunda conclusión es que estas modificaciones conductuales son presumibles y lógicas siguiendo la teoría de la elección racional, por la cual los individuos tienden a buscar su interés propio sin tener en cuenta la dificultad de la elección que tomen.

Por tanto, es posible suponer cuáles van a ser las reglas de comportamiento de los individuos en las diferentes circunstancias que se les planteen gracias a la lógica que orienta su manera de actuar. Por ejemplo, la subida del IVA para las bebidas azucaradas que tuvo lugar el año pasado hace esperar que los consumidores disminuyan su consumo, manteniendo el resto de variables *ceteris paribus*.

La tercera y última conclusión es que, siguiendo nuestro modelo, las decisiones importantes desde el punto de vista jurídico se realizan en términos de escasez, como así estableció Lionel Robbins (1898-1984) al definir la Economía como una ciencia que estudia las relaciones entre fines y medios escasos, susceptibles de usos alternativos.

Por un lado, los fines de los individuos abarcan diferentes esferas de la vida, como la cultural, las necesidades básicas o la espiritual, mientras que los medios para satisfacerlos tienen limitaciones. De este modo, las personas deberán elegir de forma racional entre las posibilidades que se le ofrezcan, que estarán acotadas. Por ejemplo, existe el derecho fundamental a la libertad de expresión, pero está limitado en tanto en cuanto no se vulnere el derecho al honor.

2.2 TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En el Análisis Económico del Derecho existen dos vertientes, la positiva y la normativa, complementarias y necesarias para comprender la relación entre el Derecho y la Economía.

2.2.1 Análisis Económico del Derecho positivo

El Análisis Económico del Derecho positivo se encarga de estudiar cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de las normas jurídicas teniendo en cuenta las reacciones de los individuos ante una norma concreta²³. También puede suponer el estudio de la manera en que determinadas circunstancias influyen en el contenido y forma de algunas decisiones jurídicas.²⁴

Estos dos puntos de vista ayudan a entender cuáles son las decisiones de los individuos cuando se encuentran en condiciones de escasez.

El análisis positivo fue llevado a cabo mayoritariamente por la escuela de Chicago, en la que autores como Becker representaban esta corriente, destacando por realizar un análisis de carácter social del bienestar a partir de datos reales.

La sencillez en que se basa este análisis tiene como fin disponer de un modelo que pueda ser utilizado en diversas situaciones lo más reales posibles.

Posner establece que la utilización del análisis económico para explicar su vertiente positiva, es decir, lo que es, lo que ha sido o lo que pueda ser, tiene dos dimensiones. La primera es estudiar el comportamiento de los individuos cuando el sistema legal les imponen restricciones, como por ejemplo las reglas del proceso, la estructura de las penas, etc. La segunda es demostrar por qué los jueces tienden a decidir siguiendo unos patrones en los casos del derecho consuetudinario, asignando derechos e imponiendo obligaciones de la forma más eficiente posible para conseguir maximizar la satisfacción total de las preferencias²⁵.

²³ Alarcón, A. (2018). *Análisis Económico del Derecho: principales antecedentes metodológicos*. https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo_Cap06.pdf

²⁴ Domenech, G. (2014). Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. *Revista de Administración Pública* (195), 99-133. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40137>

²⁵ Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.

2.2.2 Análisis Económico del Derecho normativo

Este análisis explica cómo los individuos deberían utilizar los recursos escasos a la hora de adoptar decisiones. De esta manera, el Análisis Económico del Derecho revisa cuáles deberían ser las consecuencias para los individuos según lo establecido en la norma jurídica en cuestión dependiendo de la elección escogida, que será siempre aquella que maximice su bienestar.

De acuerdo a este análisis es necesario que el Estado intervenga en la Economía para corregir los fallos del mercado, alcanzando así mayor equidad en la asignación de recursos y mayor eficiencia económica. Esta vertiente se asociaba a la escuela de New Haven.

Calabresi, a través de su estudio de los accidentes, determina que las reglas de responsabilidad²⁶ se utilizan, entre otras cosas, para desincentivar ciertas maneras de actuar al asignarlas un precio muy alto o muy bajo, de tal manera que las condiciones no sean beneficiosas. Calabresi, siguiendo la línea de Posner sobre el papel de los jueces aplicada a la vertiente normativa del análisis, establece que estos deben favorecer las normas que maximicen las preferencias. Se expone así la necesidad de llevar a cabo análisis descriptivos y normativos sobre la eficiencia legal, entendida por este autor como la maximización de la riqueza para lograr mejoras en el sistema jurídico²⁷.

2.3 HERRAMIENTAS

Las principales herramientas económicas que los investigadores del AED han utilizado en el estudio del Derecho han sido las siguientes:

²⁶ Medio por el cual el Estado protege los derechos de los agentes, permitiendo su traspaso o su eliminación sobre la base de un valor establecido y determinado por un organismo estatal, y no las partes. Enfoque Derecho (2021). Las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad: la teoría de Guido Calabresi y A. Douglas Melamed desde la óptica del Análisis Económico del Derecho. *Enfoque Derecho*. <https://acortar.link/nGsdds>

²⁷ Roemer, A. (1994). Op. Cit.

2.3.1 Teoría de los precios

La teoría de los precios se refiere al mecanismo por el cual se determina el establecimiento del precio de un bien o producto. Esto es, se trata de precisar, generalmente en términos monetarios, cuál es la cantidad necesaria de unidades monetarias para obtener un bien o servicio.

El método principal para determinar el precio es el mercado. En el mercado libre, a partir de ley de la oferta y la demanda y de la comparativa con otros bienes de calidad similar, se establecerá un precio que satisfaga la utilidad de los vendedores y de los compradores.

Sin embargo, este método no es el más efectivo en situaciones de monopolio, en el que aquel agente económico que tiene ventaja aprovecha su posición, impidiendo la entrada de otros agentes debido a la imposibilidad de reducir precios y gastos. En esta situación es mejor determinar el precio a través del método de gastos. El método de gastos consiste en establecer el precio en función de los costes que les hayan supuesto a los productores generar ese bien, más un beneficio conocido como margen de utilidad.

La teoría de precios es una herramienta económica muy importante a la hora de tomar decisiones en el ámbito jurídico, al poder determinar por ejemplo cual es la sanción óptima a imponer en el ámbito penal o administrativo por una determinada acción.

2.3.2 Teoría de juegos

La teoría de juegos es una herramienta utilizada en Economía para estudiar la sociedad a través del comportamiento estratégico de los agentes económicos que se interrelacionan en ella. Hay que tener en cuenta que esa interacción entre los individuos se realiza a través de decisiones racionales que tienen como fin mejorar su bienestar.

El marco en el que se puede aplicar un juego puede ser de cooperación o no cooperación entre sus participantes, lo que hace posible su uso en un gran número de ámbitos del Derecho.

La creación del juego requiere de jugadores, que serán los que tomen las decisiones que maximicen su bienestar. Los jugadores tendrán que tener una

serie de opciones en cuanto a su actuación. Además, cada individuo asumirá un pago, que es la cantidad que gana o pierde, dependiendo del resultado de su elección. Por último, los jugadores formularán sus estrategias en función de la información que tengan, permitiéndoles saber cuál va a ser el resultado dependiendo de la elección que lleven a cabo²⁸.

2.3.3 Análisis de coste-beneficio

El análisis coste beneficio (ACB) es una forma de determinar minuciosamente los costes y los beneficios asociados a un proyecto, intervención, programa o medida política, con el fin de establecer cuál y hasta qué punto es el más beneficioso en términos de coste-beneficio para el bienestar social.

La medición del beneficio o pérdida se llevará a cabo a través de unidades monetarias, permitiendo conocer efectivamente que proyecto reporta mayor o menor beneficio o coste.

Además, su utilización es válida tanto para proyectos que todavía no se han iniciado, ya que permite elegir entre varios o llevar a efecto uno en concreto, como para programas ya realizados, permitiendo su correcta modificación para mayor utilidad de la sociedad²⁹.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, el análisis coste-beneficio se traduce, teniendo en cuenta las hipótesis de la microeconomía neoclásica, en la elección de determinadas leyes que maximicen la utilidad de la sociedad en general, bien porque la elección suponga un incremento del

²⁸ López, M. F. y Martínez, H. D. (2010). *Teoría de juegos y derecho: una investigación acerca de la aplicación e importancia que se le ha dado a la teoría de juegos en el derecho colombiano*. Universidad Eafit.
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12204/MariaFernanda_LopezRuiz_HernanDavid_MartinezGomez_2010.pdf;jsessionid=E156C49A535CBD2BB04FAE3B6CD5D3FD?sequence=2

²⁹ Ortega, B. (2012). *Análisis Coste-Beneficio*.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5583839>

beneficio social o bien porque esta implique, en comparación, un menor coste para la misma.

2.3.4 Matemáticas

La Economía durante las últimas décadas ha experimentado la necesidad de recurrir a la utilización de un mayor número de modelos matemáticos que permitan interpretar los problemas económicos en términos numéricos. Lo mismo ha ocurrido en el Análisis Económico del Derecho, donde cada vez es más habitual recurrir al uso de estos modelos para poder justificar y comprender los comportamientos jurídicos de relevancia. La necesidad de su empleo hace que las teorías y modelos sean cada vez más sofisticados y complejos.

Recurrir al manejo de las matemáticas hace que el Análisis Económico del Derecho sea más riguroso, claro y completo. La asignación de parámetros a cada uno de los elementos que forman el planteamiento que queremos estudiar permite ver con mayor precisión las relaciones existentes entre ellos, simplificándolas y obviando así aquellos elementos que no sean relevantes para la resolución del análisis.

Además, al simplificar el estudio se pueden visualizar más fácilmente la posible relación entre parámetros de varias investigaciones y sus consecuencias, algo ventajoso para el ámbito del Derecho ya que, aunque sus ramas son muy diferentes, las bases y los problemas que puedan presentar son similares.

Por otro lado, el Derecho, al tratarse de una ciencia social, no puede examinarse completamente bajo el prisma matemático, porque no se puede reducir o prescindir de elementos que pueden resultar necesarios para entender el análisis de forma general. A pesar de ello, los modelos matemáticos no requieren de la utilización de todos los elementos, sino de los más importantes que le permitan llevar a cabo aproximaciones que tengan como resultados predicciones reales.

Esta simplificación beneficia la aplicación del Análisis Económico del Derecho, ya que permite tanto a los economistas como a los juristas, con

conocimientos reducidos a su ámbito, entender qué se está estudiando y cuáles son los resultados inferidos de dicho estudio, colaborando de manera eficiente.

2.3.5 Estadística

La Estadística, asociada a la Economía, se enfoca en el estudio de sucesos económicos a través de la formulación de hipótesis, que permiten delimitar los hechos y llegar a conclusiones mediante la ordenación, el resumen y el procesamiento de los datos más relevantes de las variables que forman un grupo o una población, con la finalidad de comprender fácilmente su posible relación y sus características. Por tanto, aplicada desde un punto de vista económico al Derecho es muy útil a la hora de respaldar los procesos argumentativos, y estudiar sucesos aleatorios, que, en ramas del Derecho, como la penal, son muy frecuentes.

Abordar el Análisis Económico del Derecho a través de esta herramienta nos permitirá evaluar con mayor rigor y veracidad situaciones desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, como pueden ser el estudio de las pruebas periciales o la tasación de bienes.

Entre los fundamentos que defienden la asociación del Derecho y la Economía con la Estadística destaca la necesidad actual de formar equipos pluridisciplinarios para avanzar en el desarrollo de cualquier ciencia. Además, la Estadística favorece el entendimiento de la realidad jurídica, al poder facilitar la comprensión de la eficacia de la ley ante la sociedad.

También destaca positivamente la posibilidad de formar bases de datos e indicadores que ayuden a los gobiernos a tomar decisiones. La Estadística favorece la interpretación objetiva del Derecho en términos económicos al interpretar cálculos numéricos en términos jurídicos, y además reduce el lenguaje y los razonamientos técnicos a un lenguaje universal basado en indicadores observables³⁰.

³⁰ Montoya, R. (2012). *Comentarios al libro: Estadística aplicada al ámbito jurídico*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/8/pr/pr2.pdf>

2.3.6 Método empírico – analítico

El método empírico-analítico consiste en la obtención de información a través de la observación y la experimentación, basándose en la lógica empírica. Este método aplicado al Análisis Económico del Derecho permite obtener conocimientos fundamentales sobre cuestiones jurídicas planteadas a través de la experiencia, cuantificándose mediante la aplicación de técnicas de carácter cuantitativo.³¹

Este método se caracteriza por dar importancia a los sucesos que ocurren, los cuales se contrastan a través de la percepción. Además, es autocorrectivo y progresivo, lo que permite mejorar a partir de los errores de las predicciones supuestas, llegando a conclusiones definitivas.

Esta herramienta permite mejorar las deducciones obtenidas debido a la posibilidad de añadir nuevos conocimientos.

2.4 PRINCIPALES ESCUELAS

Las escuelas actuales más relevantes del AED son³²:

2.4.1 Escuela de Chicago

En el origen y antecedentes del AED hemos visto como la Universidad de Chicago ha sido uno de los lugares de consolidación de esta corriente de pensamiento a principios de la década de los años sesenta.

Esta escuela se decanta por el libre mercado en una situación de competencia perfecta en el que la interacción de la demanda y la oferta es la que va a determinar los precios, y no el gobierno. Este modelo fue considerado por los economistas neoclásicos como el más fructífero a la hora de conseguir los mejores resultados para la sociedad.

Uno de los autores pioneros en esta escuela fue Frank – Hyneman Knight (1885-1972), destacado por sus aportes a la teoría del emprendedor. En esta

³¹ Landes, W. M. (2003). *The Empirical Side of Law and Economics*. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10725&context=journal_articles

³² Querol, N. (2014). Op. Cit.

teoría se considera al emprendedor como el único factor de producción, que toma sus decisiones basándose principalmente en la incertidumbre.

Este autor fue instructor del fundador de la teoría monetarista, Milton Friedman³³ (1912-2006), que abogaba por el libre mercado en vez de la intervención pública como pieza clave para lograr el crecimiento económico; y de George Stigler³⁴ (1911-1991), que marcaría el estudio de las estructuras industriales, el comportamiento de los mercados y de las consecuencias que tiene la intervención de los gobiernos en las economías.

Otro de los autores más destacados de esta escuela es Gary Becker (1939-2014), que a través de su obra sobre el crimen y el castigo³⁵ explica que los individuos son seres racionales, que llevan a cabo actividades criminales siempre que el beneficio que estas le reporten sea mayor que el generado por las actividades legales.

En su trabajo, explica que los criminales actúan teniendo en cuenta el tipo de sanción, su dureza y la posibilidad de ser detenido. La solución que plantea a este problema en términos económicos es aumentar las sanciones en vez de incrementar el número de personas que se encargan de vigilar que no delincan.

Manifiesta así con su teoría que la utilidad de los individuos no se basa exclusivamente en la riqueza, sino que hay otros elementos a tener en cuenta, lo que hace invalidar el análisis coste-beneficio proclamado por Jeremy Bentham (1748-1832) a la hora de estudiar la relación entre los cambios económicos y el cambio de políticas, existiendo tantas funciones de utilidad como individuos existen.

³³ Premio Nobel de Economía en el año 1976 por sus resultados en el campo del análisis del consumo, de la historia y de la teoría monetaria, y por su demostración de la complejidad de la política de estabilización. Eumed (2020). Op. Cit.

³⁴ Premio Nobel de Economía en el año 1982 por el estudio de las estructuras industriales, el funcionamiento de los mercados y las causas y efectos de la reglamentación pública. Eumed (2020). Op. Cit.

³⁵ Se centra en analizar el comportamiento humano en base a principios económicos. En ella, se estudia cómo los cambios en la probabilidad y severidad de las sanciones y en varios factores socioeconómicos pueden afectar a la cantidad de delitos. Becker, G. y Landes, W. (1974). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. <https://n9.cl/8bb53>

Por tanto, Becker es uno de los economistas más destacados en el AED, al centrarse en el estudio económico de los comportamientos ajenos al mercado, siendo el Derecho una de las ciencias que regula las actividades ajenas al mercado.

Junto a los anteriores, el juez y economista Richard Posner (1939-actualidad) ha realizado grandes aportaciones a diversos campos del Derecho, como son el de la propiedad intelectual, daños, familia o el Derecho constitucional y el sistema judicial; y por la aplicación de la teoría económica a varios campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Su obra más importante ha sido el manual sobre el Análisis Económico del Derecho³⁶, en el que se posiciona a favor de la maximización de la riqueza social como base normativa del sistema jurídico, y en el que acota restrictivamente el concepto de eficiencia, descartando las cuestiones distributivas.

2.4.2 Escuela de New Haven

Si bien es la escuela más popular entre los juristas del Derecho civil y aquellos que se inclinan por el Derecho tradicional, no ha tenido tanta notoriedad como la escuela anterior.

El representante más destacado es el profesor y juez Guido Calabresi (1932-actualidad). Sus trabajos van dirigidos al reconocimiento de la Economía como pilar fundamental a la hora de resolver cuestiones jurídicas, considerando la eficiencia como uno de los puntos a considerar en el estudio de la sociedad junto a las preferencias distributivas y la justicia.

Es así como explica en el ámbito del Derecho de responsabilidad civil -daños- que la sociedad no va a preferir que se lleven a cabo las acciones más eficientes posibles si son vistas como injustas, por lo que las personas van a buscar un equilibrio entre justicia y reducción de costes.

Además, intenta resolver los problemas que acarrea el uso incompatible de la propiedad, analizando la relación entre las reglas de responsabilidad y la

³⁶ Posner, R. A. (2007). Op. Cit.

distribución de las pérdidas, teniendo en cuenta el problema del coste social planteado por Coase.

Esta escuela se diferencia de la anterior en asegurar que el mercado puede asignar de forma eficiente los recursos, pero rechaza la idea de que dicha eficiencia sea considerada como la única variable capaz de determinar la pérdida por daños, incidiendo en la necesidad de fomentar la relación de dicha eficiencia con la justicia y la distribución para lograr la mejora del Derecho.

Por tanto, existen grandes diferencias entre la escuela de New Haven y la escuela de Chicago. La escuela de New Haven es más proclive a aceptar una mayor intervención del Estado, creando o poniendo en funcionamiento más políticas públicas, buscando siempre la maximización del bienestar social valiéndose, entre otras materias, de la Economía.

2.4.3 Escuela institucional

El institucionalismo fue un movimiento predominantemente americano que trató de resolver los problemas sociales y económicos a través de los estudios realizados por economistas que estaban en contra de las teorías económicas que se postulaban por aquella época -entre las que destacaban la teoría de la productividad marginal o el estudio de la utilidad en la conducta del consumidor- a las que consideraban insuficientes para mejorar la realidad socioeconómica de la época.

Entre los representantes de esta escuela se encuentra Thorstein Veblen (1857-1929), Wesley Mitchell (1874-1948), Clarence Ayres (1891-1972), John Commons (1862-1945) y Lester Thurow (1938-2016).

Veblen critica al capitalismo, al entender que el excesivo consumo de la sociedad y la falta de regulación por parte de las instituciones fueron las causantes de la crisis económica en la que se encontraba el país.

Ayres, afín a la línea de pensamiento de Veblen, confía en la tecnología como medio de resolución a los problemas imperantes en el país, rechazando las instituciones sociales, a las que se les ha dado demasiada importancia.

Mitchell, siguiendo la tendencia de Veblen, propuso mejorar la realidad económica mediante la creación de determinados programas que permitiesen su estudio a través de la Estadística y la Econometría.

Por último, Thurow determinó que las preferencias tienen que ser determinadas de forma colectiva por la sociedad, ya que es la sociedad la que establece a través de las relaciones entre sus individuos el devenir del mercado.

Esta corriente avanzó hacia el Neoinstitucionalismo, en la que destaca autores como North³⁷ (1920-2015), que resalta el valor que tiene la historia como fuente de información para entender mejor los procesos económicos y los datos empíricos en perjuicio de la abstracción matemática. Considera que la interacción social es fundamental para el establecimiento de políticas públicas como herramienta para consensuar las normas que regulan la sociedad, que servirán para crear buenas instituciones, que tengan como fin último el bien común, alejándose de la corrupción o de los desequilibrios fiscales que dañan su correcta consecución³⁸.

También se encuentran dentro de esta escuela Oliver E. Williamson³⁹(1932-2020) y Max Weber (1864-1920). Este último considera que cada institución tiene su propia clase de autoridad que puede ser legal o burocrática, carismática o la tradicional.

Weber destaca la necesidad de conocer los procesos y las delegaciones, porque lo importante es la burocracia y la jerarquía. Por otro lado, relega a un segundo plano a las personas, a las que considera intercambiables.

³⁷ Premio Nobel de Economía en el año 1993 junto a Robert W. Fogel por la explicación del cambio institucional y económico aplicando los métodos cuantitativos y la teoría económica. Eumed (2020). Op. Cit.

³⁸ Angarita, L. (2018). El neoinstitucionalismo económico: una visión contemporánea. *Revista venezolana de análisis de coyuntura*, vol (XXIV), 2, 29-50. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/364/36461095014/html/>

³⁹ Premio Nobel de Economía en 2009 junto a Ostrom por sus aportaciones a la teoría económica de la gobernanza, en particular el estudio de los límites de la empresa. Eumed (2020). Op. Cit.

El neoinstitucionalismo es una teoría social que estudia la vertiente sociológica de las instituciones, esto es, la manera en que los individuos, las organizaciones y las instituciones, de manera especial, influyen en la sociedad.

Esta corriente se aleja del individualismo metodológico, en el que los individuos actúan de manera racional buscando la maximización de sus beneficios sea cual sea la situación en la que se encuentren, introduciendo en su estudio variables como la falta de información en el mercado, que supone la incapacidad de comportarse de manera racional.

2.4.4 Escuela de Virginia

Más conocida como la escuela de la Elección Pública (Public Choice) su inicio se sitúa con el surgimiento de la revista económica *Papers on Non-Market Decision Making* que posteriormente evolucionó hacia la creación de la Sociedad de Elección Pública en la que destacan las aportaciones realizadas por James Buchanan⁴⁰ (1919-2013), que enlaza la Política y la Economía por medio del Estado, estableciendo que es el gobierno el que debe ser limitado para el buen funcionamiento de la sociedad, la cual tendría que tener el poder de controlar las decisiones de los actores públicos.

Dennis Mueller (1940-actualidad) definió la elección pública como el estudio económico de la adopción de decisiones que pertenecen a situaciones de no mercado, o simplemente, la aplicación de la Economía a la ciencia Política⁴¹.

Esta escuela se caracteriza por la aplicación del modelo de elección racional a los problemas de decisión que surgen en la Política. Establece que el cambio en las instituciones se produce lentamente, porque existen factores culturales, históricos e ideológicos que son difíciles de modificar, y porque los

⁴⁰ Premio Nobel de Economía en el año 1986 por su aportación al desarrollo de las bases contractuales y constitucionales de la teoría de la adopción de decisiones económicas y políticas. Eumed (2020). Op. Cit.

⁴¹ Roemer, A. (1994). Op. Cit.

agentes a los que les afecta el cambio tienden a mantener el estado en el que se encuentran⁴².

Algunos modelos de la teoría de la Elección Pública se centran en explicar de qué manera los grupos de presión más influyentes en el proceso legislativo tratan, a través del respaldo financiero, publicidad y apoyos, de maximizar su propio bienestar inclinando la acción legislativa a su favor.

La corriente principal establece que el Estado debe limitar su actividad a corregir los fallos del mercado. La función de la escuela es estudiar el papel que tiene el Estado en la intervención del mercado y resolver las preguntas que puedan surgir sobre la asignación que realice el Estado de los recursos, la obtención de la información, las elecciones, etc.

2.4.5 Escuela de Harvard

La escuela de Harvard, la más moderna de todas las escuelas, está representada por autores como Steven Shavell (1947-actualidad), cuyo estudio sobre los temas predilectos del Análisis Económico del Derecho, como es la responsabilidad civil, la propiedad, los accidentes o los contratos, dio lugar a una gran síntesis sobre esta corriente.

Ahondó en el estudio de las diferencias existentes entre el bienestar y la justicia, incidiendo en la búsqueda de la norma jurídica más eficiente a la hora de conseguir el mayor bienestar social posible⁴³.

Otros de los autores destacados fue Howell Jackson, actualmente profesor de Derecho en Harvard, el cual estudió los problemas vinculados a la regulación financiera, la protección del consumidor, las finanzas internacionales y la política presupuestaria federal.

Louis Kaplow (1956-actualidad) se dedicó al estudio de la teoría de la competencia y la tributación, apoyando la redistribución de la renta a través del impuesto de renta progresivo y no por medio de la utilización de los contratos,

⁴² Hernández, I. (1999). Public Choice II de Dennis C. Mueller. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 169-170. <https://www.redalyc.org/pdf/419/41900111.pdf>

⁴³ Querol, N. (2014). Op. Cit.

ya que estos últimos serían menos eficientes en orden a favorecer a las personas con menos recursos⁴⁴.

Por último, Kip Viscusi (1949-actualidad) analiza económicamente la relación que existe entre el estado de salud de los individuos y la utilidad marginal del dinero, llegando a la conclusión de que las lesiones laborales reducen la utilidad marginal del ingreso. Ello ha permitido establecer relación dentro del mercado laboral entre los salarios obtenidos y el riesgo asociado a los puestos de trabajo.

2.5 ESTADO ACTUAL DEL TEMA

El Análisis Económico del Derecho tiene gran peso y difusión en Estados Unidos, donde se sitúan las escuelas predominantes del Nuevo Análisis del Derecho como son la Universidad de Chicago y la Universidad de Harvard, siendo considerado como el mayor movimiento que ha experimentado la ciencia del Derecho en las últimas décadas.

Este continuo crecimiento del Análisis Económico del Derecho en Estados Unidos se explica no solo por ser este el país que albergó las universidades donde surgió el Nuevo Análisis, sino porque a lo largo de los años se ha afianzado y desarrollado el estudio de esta materia, incrementando su importancia no solo en dicho ámbito académico, sino también en el ámbito de la profesión legal, donde el Análisis Económico del Derecho es utilizado asiduamente para fundamentar las decisiones jurídicas de los tribunales estadounidenses⁴⁵.

Por otro lado, Europa ha sido menos prolífica en esta materia, por lo que su desarrollo ha sido menor debido a que a lo largo del siglo XIX el pensamiento

⁴⁴ Kaplow, L. y Shavell, S. (2000). Should legal rules favor the poor? Clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 821-835. <https://doi.org/10.1086/468095>

⁴⁵ Cabrillo, F. y Albert, R. (2011). *El análisis económico del derecho en la encrucijada*. <https://zdocs.mx/doc/el-analisis-economico-del-derecho-en-la-encrucijada-cabrillo-y-albert-2011-3w1k89nrj51r>

jurídico europeo estuvo basado en la coherencia, lo que dejó poco espacio para cambios teniendo en cuenta criterios externos, como la eficiencia.

El desarrollo del Análisis Económico del Derecho encontró una fuerte oposición en Alemania, debido al periodo de posguerra y a la influencia de la teoría legal de Kelsen, al declarar que la Política debía ser excluida por la ciencia jurídica.

Esta visión fue compartida por las principales escuelas de teoría jurídica alemana que además tenían una profunda aversión a la ética utilitarista, lo cual ralentizó la llegada del Análisis Económico del Derecho⁴⁶.

Esta tendencia ha cambiado a lo largo de las últimas décadas, entre otros motivos por la creación de la European Association of Law and Economics⁴⁷.

En las universidades de España se han llevado a cabo estudios y artículos sobre ciertos campos del Derecho y de la Administración de justicia, formulados por autores como Santos Pastor (1951-2010) o Francisco Cabrillo (1959-actualidad) cuyos trabajos destacan por resolver temas de relevancia social como la dilación en el ámbito jurídico.

María Gutiérrez y Maribel Sáez⁴⁸, profesoras en la Universidad Carlos III y Autónoma de Madrid, respectivamente, destacan por su estudio sobre el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas controladas que se caracterizan por la concentración de la propiedad. Esta investigación se centra en el papel de los accionistas y en los mecanismos que pretenden limitar su poder, comparándolo con el resto de jurisdicciones de Europa y Estados Unidos.

⁴⁶ Gelter, M. y Grechenig, K. (2007). *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*. <https://n9.cl/opayh>

⁴⁷ Fundada en 1984, la Asociación Europea de Derecho y Economía tiene como objetivo el desarrollo del Derecho y la Economía en Europa. Sus actividades incluyen la organización de conferencias y seminarios, a través de los cuales brinda asistencia a académicos de Derecho y Economía y acerca su erudición a todo el público que lo requiera como jueces o políticos. European Association of Law & Economics. (2016). La asociación. <https://acortar.link/FBT7Tz>

⁴⁸ Gutiérrez, M. y Sáez, M. (2020). Las acciones con derecho de voto adicionales por lealtad “acciones de lealtad” desde el Análisis Económico del Derecho. *Información Comercial Española*, (915), 93-108. <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/7073/7085>

En materia de derecho penal el profesor Marco Celentani⁴⁹ ha presentado, desde una perspectiva económica, cómo los programas de asistencia jurídica gratuita pueden mejorar la eficiencia económica al reducir los costes sociales procedentes de las asimetrías en la información a la hora de litigar⁵⁰.

En el área de derecho mercantil destaca la aportación de Cándido Paz-Ares, autor de “La economía política como jurisprudencia racional”, en la que hace una aproximación al Análisis Económico del Derecho, a sus fundamentos y al modelo analítico, incidiendo sobre el derecho de propiedad, la responsabilidad civil y los contratos.

En la Universidad de Valladolid destaca la aportación realizada por Francisco Javier Salinas Sánchez⁵¹ por sus trabajos sobre el análisis económico de la política del sistema euro, la introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales y la economía constitucional de la política fiscal española en el contexto de la convergencia europea.

Destaca también la aportación de Juan Carlos Gamazo Chillón⁵² sobre el Análisis Económico de la evasión fiscal, que versa sobre los efectos que tienen sobre dicho nivel de evasión fiscal el proceso administrativo y jurisdiccional que pueda surgir o haya surgido una vez se haya detectado su existencia.

⁴⁹ Celentani, M. (2017). Asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles. *Papeles de economía española*, (151), 78-87. https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PEE/151art08.pdf

⁵⁰ Ganuza, J. J. y Gómez, F. (2017). Economía y Derecho. *Papeles de Economía española*, (151), 33-78. <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Publicaciones/PDF/2059.pdf>

⁵¹ Salinas, F. J. (2001). Análisis económico de la política del sistema euro. *50 años de la Unión Europea: reflexiones desde la Universidad*. 177-190. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=586858>

⁵² Gamazo, J. C. (1997). Una aproximación al delito fiscal desde la teoría de la litigación. *Inversión pública y hacienda pública. IV Encuentro de Economía Pública*, 8, 91-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5598004>

En la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona sobresale el trabajo realizado por Juan José Ganuza y Fernando Gómez⁵³ sobre el papel que juega la armonización de la normativa y de las instituciones de carácter legal en la reducción de los costes del comercio transnacional.

Por último, en otras instituciones como el Banco España, Marta Martínez-Matute y Juan S. Mora-Sanguinetti han estudiado los efectos que tuvieron sobre los litigios y la congestión de los juzgados de lo contencioso-administrativo, el cambio de criterio que tuvo lugar en el año 2011 sobre la imposición de las costas procesales y el abono de las tasas judiciales por parte de las personas físicas⁵⁴.

Aunque durante los últimos años los planes de estudios de las titulaciones conjuntas de Derecho y Economía han incrementado y renovado su oferta introduciendo programas de doctorado sobre el Análisis Económico del Derecho en las Universidades de Carlos III y Pompeu Fabra, los conocimientos del alumnado que cursa el grado en Derecho siguen centrándose en la impartición de asignaturas meramente introductorias a la Economía⁵⁵.

2.6 POSIBLES CRÍTICAS

El AED se centra en la aplicación de la metodología económica al ámbito jurídico, por lo que la aplicación de dicho análisis a ciertas cuestiones consideradas como privadas, como pueden ser las normas por las que se han de regir los núcleos familiares, provocan críticas.

Las hipótesis neoclásicas sobre las que se basa el modelo no son siempre acertadas, ya que los individuos no siempre actúan de forma racional ni son

⁵³ Ganuza, J. J. y Gómez, F. (2011). Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo. *Indret*, (2), 1-29. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/822_es.pdf

⁵⁴ Martínez-Matute, M. y Mora-Sanguinetti, J.S (2017). Un análisis económico de la jurisdicción contencioso-administrativa: el efecto del nuevo criterio de costas y las tasas judiciales. *Papeles de Economía española*,(151), 88-101. <https://www.funcas.es/articulos/un-analisis-economico-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa-el-efecto-del-nuevo-criterio-de-costas-y-las-tasas-judiciales/>

⁵⁵ Rama, E., Ramírez, E. C. y Pomares, I. J. (2001). Op. Cit.

capaces en muchas ocasiones de interpretar correctamente la información de la que disponen, impidiéndoles establecer cuáles son los beneficios y costes reales de sus elecciones. Se habla por tanto de una racionalidad limitada, que Richard Thaler⁵⁶ considera junto con la percepción de las preferencias sociales y el autocontrol limitado como las herramientas necesarias para conseguir una visión más humana de la Economía, sentando las bases de la denominada Economía conductual cuyo fin es ayudar a comprender mejor el comportamiento real de los seres humanos.

Este enfoque ha sido a su vez objeto de varias críticas, ya que si los individuos tienen racionalidad limitada, entonces el Derecho deberá de suplir esa falta mediante la implementación de regulaciones más precisas y específicas, y por su parte el Estado deberá tomar un papel más participativo y ampliar su campo de intervención.

Estas limitaciones pertenecientes al enfoque tradicional son salvadas a través del Nuevo Análisis Económico del Derecho, convirtiéndole en un mejor método para analizar el ámbito jurídico, pero ello no significa que tampoco carezca de ciertos condicionamientos.

El Análisis Económico del Derecho otorga mucha importancia a los costes de transacción, introducidos por Coase como uno de los fundamentos más importantes de su Teorema, explicado en su artículo sobre el problema del coste social. En su estudio, Coase trata de explicar el valor que tenían dichos costes a la hora de crear las normas jurídicas y las instituciones.

En cambio, ello dio paso a formular hipótesis sin tener en cuenta dicho coste, considerándolo nulo, por lo que se obviaba una de las características más importantes, la eficiencia aplicada a las normas y a las instituciones. Al no saber qué elección conlleva mayor o menor coste, no conocemos cuál es la más eficiente en términos sociales, impidiendo llevar a cabo una correcta elección.

⁵⁶ Premio Nobel de Economía en el año 2017 por sus contribuciones a la Economía del comportamiento. Eumed (2020). Op. Cit.

Este error fue corrigiéndose paulatinamente de tal modo que las investigaciones posteriores se acercaron a la idea original que tenía el autor sobre la interpretación de los costes de transacción⁵⁷.

Otra de las críticas al Análisis Económico del Derecho es la fundada por Friedrich Hayek (1899-1992) al razonamiento dado por Posner. Posner considera que los individuos están aislados de la realidad, es decir, son neutrales, y ello implica que el análisis que se realiza sobre el Derecho también es neutral. Hayek considera que ese aislamiento es falso, ya que todo individuo tiene su propia carga ideológica, por lo que el homo economicus como tal no sería válido para ejecutar un buen análisis del Derecho porque se alejaría de la realidad, y no haría otra cosa que obstaculizar la mejora del sistema jurídico. Por tanto, para Hayek, el individuo pasaría a un primer plano convirtiéndose en el eje del orden social.

Por otro lado, la moralidad y no la eficiencia pasaría a ser la meta que han de alcanzar las normas y las instituciones, partiendo del respeto a los principios fundamentales de la organización jurídica de un país, como es la libertad.

Incide, por último, en la necesidad de diferenciar entre el significado de las leyes y del Derecho, ya que las primeras emanarían de la voluntad del poder político y las segundas de la voluntad de los seres humanos, cuyas formas de regulación deben ser estudiadas ya que pasarán a ser las consideradas normas sociales⁵⁸.

Para terminar, otra de las críticas que se han realizado del AED es la que le acusa de *imperialismo económico* que supone este nuevo análisis, debido a la invasión que lleva a cabo la Economía en otras ciencias ajenas a ella. La corriente tradicional se limitaba a importar conceptos propios de otras ciencias que introdujeron en la ciencia económica, mientras que durante la etapa del Nuevo Análisis Económico del Derecho se utilizó las herramientas propias de la Economía para explicar un gran número de áreas no solo del Derecho, sino de

⁵⁷ Cabrillo, F. (1990). Una nueva frontera: el Análisis económico del Derecho. *Información Comercial Española*, (687), 9-22.

⁵⁸ Flórez, K. y Pérez, A. (2017). Una crítica Hayekiana al Análisis Económico del Derecho. *Revista civilizar de empresa y economía*, 7(13), 21-38. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/view/882/756>

otras ramas sociales como la Política o la Educación. Esta concepción de la Economía como la herramienta indispensable para solucionar cualquier problema de carácter económico y no económico ha dado lugar a muchas objeciones, entre las que destacaremos dos.

La primera de ellas es la imposibilidad de explicar mediante la hipótesis de maximización problemas que no tienen carácter económico. Por ejemplo, Robert. W. Fogel⁵⁹ (1926-2013) y Stanley Engerman (1936-actualidad) explicaron que si el fin último es la búsqueda de beneficio económico, entonces situaciones como la del esclavismo puede ser defendida si el sometimiento aplicado a través de la violencia es el óptimo. Lo mismo ocurriría con la democracia, que al ser un sistema político ineficiente y caro debería ser eliminado⁶⁰.

La segunda y última objeción es la imposibilidad de explicar los sucesos dentro de su contexto histórico, social y político, si el economista no tiene conocimientos añadidos sobre ese contexto y sobre la materia que estudia. Según Phelps Brown (1906-1994) un buen economista es aquel que es capaz de abstraer y observar todo lo relacionado con el tema de estudio, ya que conseguirá mejores resultados que aquellos a los que considera miopes por aplicar únicamente la ciencia económica.

El movimiento realista del Derecho rechaza el imperialismo económico al afirmar que el análisis económico ha supuesto una mejora en la argumentación y el pensamiento jurídico gracias al perfeccionamiento de su lógica y claridad. Ello ha facilitado a su vez que la ciencia del Derecho se unifique y que se provea de una estructura más consistente para el estudio de la Política jurídica.⁶¹

⁵⁹ Premio Nobel de Economía en el año 1993 junto a Douglass C. North por la explicación del cambio institucional y económico aplicando los métodos cuantitativos y la teoría económica. Eumed (2020). Op. Cit.

⁶⁰ Maya, G. (2011). Economía: ciencia imperialista. Universidad de Medellín. <http://www.scielo.org.co/pdf/seec/v16n33/v16n33a09.pdf>

⁶¹ Mercurio, N. (1991). *Derecho y Economía*. Instituto de Estudios Fiscales.

3. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL DERECHO CIVIL.

Una vez desarrolladas las cuestiones generales del Análisis Económico del Derecho, se trasladará de forma específica a cuatro ramas del Derecho civil, que son el Derecho de contratos, propiedad, accidentes y familia.

3.1 Derecho de los contratos

El Derecho de los contratos es aquel que recoge el conjunto de disposiciones que sirven para regular los actos y los negocios jurídicos y las consecuencias que se derivan de ellos, existiendo, según lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Las obligaciones, según lo establecido en el Código Civil en su artículo 1089 y 1088 nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, consistiendo en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Los individuos son libres de celebrar o no contratos gracias a la libertad contractual, que económicamente hablando supone el reconocimiento de poder controlar los intereses y recursos que las partes consideren de la forma más ventajosa posible. Esta libertad es inherente en los contratos de buena fe, produciendo un incremento en la utilidad de sus participantes.

Cuando se hace referencia a las ventajas obtenidas por la realización de un contrato, esa ventaja no se interpreta como un aumento en el bienestar de los participantes entendida en términos de Pareto, sino como la inexistencia de consecuencias negativas para terceros.

Como se ha expuesto, si la mera existencia de libertad contractual supone un aumento del bienestar de los individuos cabe preguntarse cuál es el motivo de la existencia del Derecho contractual.

La libertad contractual permite a los agentes llevar a cabo transacciones sin la necesidad de que exista de por medio ningún requisito más allá de lo pactado. Pero no siempre se pueden realizar de forma satisfactoria para ambas partes, surgiendo complicaciones que, sin regulación, podrían originar

consecuencias negativas en las relaciones de mercado, al aumentar su lentitud, su simpleza y su carácter primario.

Para ello, se deberá recurrir al uso del Derecho contractual, ya que ello permitiría que aumentasen significativamente el número y el alcance de las transacciones, aumentando así la divisibilidad del trabajo y la eficiencia. Su utilización posibilitaría regular aquellos términos contractuales sobre los que las partes no se han puesto de acuerdo de forma expresa.

La situación óptima se alcanzaría cuando las normas contractuales se acercasen lo máximo posible a la voluntad de las partes que conforman el contrato, porque se requerirá una menor modificación mediante acuerdos de carácter especial y menores serán los costes de transacción.

Para entender el Análisis Económico del Derecho contractual habría que partir del concepto de contrato perfecto⁶². Este hace referencia a aquel en el que las partes contratantes han llegado de forma racional a un consenso sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución. Para ello, las partes tendrán que informarse sobre cuáles son las posibles contingencias que puedan ocurrir y quién de las partes las asumiría, concretando la prestación a la que quedaría obligado aquel.

En el contrato perfecto es el oferente el que está más capacitado para asumir los riesgos asociados a dicho contrato, porque es el vendedor el que conoce mejor el bien o servicio que vende, pues se ha formado para ello y conoce su sector de tal manera que el gasto que le supondría solucionar el posible problema que ocurra en el futuro es menor que el que tendría que asumir el comprador. De esta manera, el incremento del precio en el bien o servicio que supone la asunción del riesgo por parte del vendedor es menor que el sobrepeso que supondría su asunción por parte del comprador.

Posner concluye que cuando el precio es superior al establecido por el mercado quiere decir que las partes han traspasado el riesgo del contrato al vendedor.

⁶² Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Tecnos, Madrid.

Por tanto, el contrato perfecto es considerado como la referencia a seguir en el ámbito económico y jurídico a la hora de solventar desacuerdos u omisiones en la regulación de una relación contractual, ya que contiene la descripción de todos los riesgos, así como la prestación y el precio asociado a ello. El contrato perfecto es un concepto teórico, no se da en la práctica ya que es imposible determinar todos los posibles riesgos que pueden ocurrir, los costes de transacción, en especial los de información son altísimos, convirtiendo este contrato en inviable.

El Análisis Económico del Derecho establece que la responsabilidad surge de la voluntad de las partes y está implícito en el contrato, que se deduce de la creación de ese contrato perfecto.

Para el Análisis Económico del Derecho, el Derecho contractual es una herramienta que permite solucionar los conflictos que surgen en la ejecución de un contrato aplicando la idea del contrato perfecto. De esta manera, antes de que finalice el contrato, se pueden resolver las disconformidades surgidas de la existencia de riesgos que no han sido especificados en el contrato, logrando el máximo bienestar de las partes.

La solución radica en el restablecimiento del contrato a su situación inicial de negociación, ya que en ese momento se puede acordar cómo proceder antes determinadas situaciones que impliquen riesgo para las partes.

En el Análisis Económico del Derecho, los individuos eligen siempre aquello que más bienestar les reporta, son individuos racionales. Debido a ello, ante una situación de riesgo elegirán siempre que este riesgo sea soportado por aquel que pueda disminuirlo con el menor gasto posible. Esto supone un aumento del margen de beneficio y un aprovechamiento eficiente de los recursos para ambos.

En el caso de que el riesgo sea ajeno a las partes y estas no puedan intervenir en su corrección o suponga unos costes muy superiores a los esperados, como es el caso de las inundaciones o incendios, la solución es más compleja, ya que nunca se lograría un acuerdo entre las partes debido a los gastos tan altos que se producen.

En el caso de que el riesgo se haga efectivo y genere un daño, los costes producidos a la sociedad se reducirán a través de la contratación de un seguro

por parte del *cheapest insurer* en el que se valorará si el riesgo es asegurable y en caso de serlo, ver qué parte podría cubrirse contratando la prima más baja.

El *cheapest insurer* es aquella parte del contrato que se considera más cercana al riesgo. En términos generales y como comentábamos anteriormente no será el comprador, ya que le resultaría más difícil hacer frente a las consecuencias económicas.

En este tipo de riesgo es lógico que no se trate de evitarlo, ya que el gasto en el que se incurriría para eludirlo es bastante mayor que el valor previsto del daño.

Cabe preguntarnos si siempre será el *cheapest insurer* el que se haga cargo del coste en el supuesto de que el riesgo fuese inevitable. Ello dependerá del comportamiento del comprador frente al riesgo que determinará a su vez si está dispuesto a pagar las primas del seguro.

El comportamiento del comprador puede ser adverso al riesgo, que se caracteriza por su disposición a pagar una prima superior al valor previsto para el daño; neutral al riesgo, que pagará una prima igual al valor previsto del daño; y, por último, favorable al riesgo, dispuesto a pagar una prima inferior al valor que se prevé del daño.

Si se contrata con compradores favorables al riesgo, estos no podrán pagar el recargo que se establecería en la prima para sobrellevar los costes que podría generar la materialización del riesgo por lo que no se podría imputar al *cheaper insurer* el coste. Por el contrario, si se pacta con un cliente neutral al riesgo, el *cheaper insurer* no podría hacer frente al resto de costes asociados a la contratación del seguro, por lo que la situación más viable sería la contratación con compradores adversos al riesgo, que pagarían un suplemento.

Por último, hay que considerar que el cliente normal no siempre será adverso al riesgo, ya que se pueden dar situaciones en las que el cliente se habría mostrado favorable al riesgo, por lo que dependiendo de la situación, algunos sí que pagarían un suplemento y otros no. Al existir esas dos opciones, la eficiencia del *cheapest insurer* desaparece y no debería hacerse cargo del riesgo.

Por tanto, solo sería eficiente para el *cheaper insurer* asumir el riesgo cuando no asegura un riesgo previsible ni da la posibilidad de asegurarlo⁶³.

El Análisis Económico del Derecho también se ha ocupado del estudio de las situaciones en las que no se puede realizar la ejecución del contrato, a través de la Teoría del incumplimiento eficiente del contrato, cuyo máximo exponente es Richard Posner.

Esta teoría establece que la indemnización compensatoria es la solución en términos de eficiencia económica cuando no se puede llevar a cabo el acuerdo. Por un lado, disuade su incumplimiento cuando la opción de ejecutar supone una asignación óptima de bienes y servicios y por tanto su eficiencia, y por otro lado motiva el incumplimiento del contrato cuando ejecutarlo no supone la opción eficiente en términos sociales⁶⁴. Es decir, existen dos opciones que son cumplir o no cumplir el contrato y se decide por cuál de ellas optar según la eficiencia que ellas reporten para las partes. Si se escoge no llevar a efecto el contrato, surgirá como consecuencia una obligación de resarcimiento. En cambio, si se escoge ejecutarlo, la consecuencia será la mera realización.

De ello se deduce tres conclusiones⁶⁵:

- La primera es que el deudor puede incumplir el contrato cuando esta opción le reporte más beneficio que cumpliéndolo.
- La segunda es que la indemnización únicamente está formada por las ganancias esperadas que se dejan de obtener al no ejecutar el contrato.
- Por último, si se opta por incumplirlo, la indemnización que reciba el acreedor tiene que ser superior a la que le hubiese obtenido realizando el contrato.

⁶³ Schäfer, H. y Ott, C. (1991). Op. Cit.

⁶⁴ Castro, F. (2017). Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (29), 99-136. <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370853917002.pdf>

⁶⁵ Rivera, G. (2015). El dilema de la palabra empeñada como valor económico, a propósito de la Teoría del Incumplimiento Eficiente. *Foro Jurídico*, (149), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13809/14433>

Por tanto, siguiendo este razonamiento económico, a veces se considera conveniente no continuar con lo establecido en el contrato, ya que los beneficios totales obtenidos al incumplirlo serían mayores que al cumplirlo, lo cual supone ir en contra de uno de los principios más importantes del Derecho civil, el “pacta sunt servanda”⁶⁶.

Bajo la perspectiva del Análisis Económico del Derecho es necesario aclarar los términos de esta teoría, ya que su interpretación no supone que el Derecho apoye cualquier conducta que en términos económicos sea más eficiente, ya que se podría entender que se puede llevar a cabo cualquier acto delictivo, como el robo, cuyo botín sea económicamente más eficiente que la pena, por lo que el Derecho apoyaría esta elección.

3.2 Derecho de propiedad

El Derecho de propiedad se encuentra dentro de los derechos reales definidos como aquellos derechos que tiene un individuo y que le permite, como titular de dicho derecho fruto de una determinada relación jurídica, obtener beneficios económicos de una cosa erga omnes.

El Código Civil en su artículo 348 define el Derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Además se encuentra protegido constitucionalmente en el artículo 33, al reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia y la imposibilidad de la privación de bienes y derechos salvo causa justificada de utilidad pública o interés social, mediando indemnización.

Desde la óptica económica el derecho de propiedad es necesario para que el titular de ese derecho sea el destinatario de los beneficios y costes que el objeto sobre el que tiene la propiedad produzca, es decir, que tenga lugar la internalización de los beneficios y los costes, mientras que desde el punto de

⁶⁶ De la Maza, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (7), 19-50. <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838866002.pdf>

vista jurídico se subraya que el derecho de propiedad no puede ir en contra de la ley ni de los derechos de los demás, por lo que se establecen restricciones sobre la propiedad para evitar externalidades.

Se convierte por tanto en un derecho esencial de nuestro sistema de mercado, motivo por el cual fue escogido para ser analizado desde el punto de vista económico por el Nuevo Análisis Económico del Derecho.

El Análisis Económico del Derecho de propiedad parte del desarrollo del Teorema de Coase. Dicho Teorema se basa en dos elementos clave, los costes de transacción y el concepto del Derecho de propiedad.

Coase establece que si se asignan y definen correctamente los derechos de propiedad y los costes de transacción son considerados nulos o casi nulos, se conseguiría eliminar los problemas generados por las externalidades llegando a una solución de mercado eficiente.

Si ello fuera así, el Derecho pasaría a un segundo plano y solo se recurriría a él cuando tuvieran lugar circunstancias no pactadas entre las partes en el contrato, ya que serían solucionadas por las partes por medio de la negociación. El Teorema de Coase constituye una réplica a la visión tradicional presentada por Pigou de las externalidades negativas.

Pigou consideraba que lo más acertado sería asignar los recursos a los usos considerados más preciados, y las externalidades que surgieran serían solucionadas a través de la aplicación de impuestos (tributación) o sanciones (regulación directa) a la parte que genera el daño en función del perjuicio causado, o directamente prohibir su ejecución. Actualmente se sigue este enfoque debido a que es poco común que se den las condiciones del Teorema de Coase.

Siguiendo el Teorema, las externalidades positivas o negativas implican que los actos de los sujetos repercuten en el bienestar de otros sin que se pueda solucionar pagando un precio. En el caso de que la externalidad fuese negativa, el mercado terminaría corrigiéndola mediante la producción del bien que genera el daño a un precio más bajo que el debido, ya que considera los costes privados de la empresa que produce dicho bien y no los costes sociales de producirlo.

Si se aplica dicho Teorema al problema actual de contaminación hídrica de las áreas abastecidas por ese agua generado por la agricultura intensiva, el

planteamiento sería el siguiente: como ninguna de las partes querría negociar debido a que los derechos sobre la pureza y calidad del agua no les pertenecen, la solución radicaría en asignar los derechos del agua a una de las dos partes, no importa cual, ya que independientemente de quien sea el titular, los implicados negociarían hasta llegar a un acuerdo ventajoso para ambos.

La contaminación hídrica es un ejemplo en el que los derechos de propiedad no se encuentran suficientemente regulados o carecen de normativa que se le aplique. La inexistencia de derechos de propiedad en ciertos recursos naturales se denominó por Garrett Hardin en 1968 como “la tragedia de los comunes”⁶⁷, donde las partes terminan sobreexplotando dichos recursos, produciendo su extinción.

Al contrario, la existencia de un sistema de propiedad da lugar a ciertas ventajas tanto si se habla de propiedad pública como privada, y es que las consecuencias de las decisiones que toma el titular de ese derecho repercuten en el propio titular, por lo que esas posibles consecuencias suponen en sí mismas un incentivo para que el titular cuide y mantenga esos recursos.

El problema del Teorema radica en que si se lleva a la práctica, su observación sería mucho más complicada. En muchos casos la negociación entre las partes implicadas no es posible, bien porque reunirse supone un alto coste, porque la información no es perfecta o porque existe comportamiento estratégico, es decir, cuando ambas partes quieren conseguir la mayor parte posible al distribuir la riqueza; bien cuando una de las partes está formada por más de una persona y la manera en que se lleva a cabo el trato le da poder de negociación; o por la existencia de asimetría de información en la que una de las partes tiene mejor o más información.

⁶⁷ Es una de las grandes metáforas en el ámbito económico y social junto a “la mano invisible” de Adam Smith. Garrett Hardin expone a través de su obra “The tragedy of Commons” cómo un individuo cuyo comportamiento sea no cooperativo y egoísta trata de aprovecharse del trabajo en común del grupo al que pertenece teniendo como fin la maximización de su propio beneficio, dando lugar a la sobreexplotación de los recursos. Jiménez, F. (2012). ¿Jugamos en el mismo equipo? Los nobel de economía y la Teoría de juegos. *Revista de estudios empresariales*. Segunda época, (2), 116-129. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5089652>

Trasladado al ejemplo anterior, si el área geográfica damnificada es muy grande habrá muchos perjudicados por lo que los agricultores no podrán satisfacer a todos; o puede que las partes tarden mucho tiempo en llegar a un acuerdo; o que haya existido entre ellos algún problema en un tiempo anterior dificultando su reunión en el presente; o que una de las partes tenga conocimiento de que ciertas enfermedades e infecciones que se padecen están relacionadas con la calidad de ese agua. De este modo los costes de transacción serían muy altos y no se podría realizar la negociación.⁶⁸

El comienzo del estudio del Derecho de propiedad y los costes de transacción supuso una reestructuración de la teoría neoclásica al ampliar la hipótesis de maximización de la utilidad a todas aquellas decisiones sometidas a restricciones como podían ser los costes de transacción que, como probaron Coase y Stigler, afectan a cómo se distribuyen y utilizan los recursos para ser aprovechados de la forma más eficaz. Stigler consideraba que, si los costes de transacción son nulos, el coste privado y el coste social se igualarían, a diferencia de Coase que consideraba que se maximizaría la producción⁶⁹.

Durante mucho tiempo la idea que predominaba en el ámbito económico para solucionar el problema asociado al uso colectivo de los recursos naturales era que el Estado asumiese el control de los recursos o que estos se privatizasen. La economista Ostrom consideraba válidas pero no únicas estas dos opciones. Si bien el gobierno podría regular ciertos recursos a través de herramientas como los impuestos, no podía ser considerada junto con la privatización las únicas opciones para evitar la sobreexplotación de los recursos naturales⁷⁰.

Ostrom explica, utilizando de ejemplo a los agricultores, cómo estos se organizan por turnos para obtener el agua que necesitan para abastecer sus

⁶⁸ Vázquez, O. (2021). *Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tirant lo Blanch. <https://acortar.link/86v4Xa>

⁶⁹ Coase, R. H. (1988). *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press, Chicago. <https://www.jstor.org/stable/135598>

⁷⁰ Ostrom, E. (1990). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Fondo de Cultura Económica. https://base.socioeco.org/docs/el_gobierno_de_los_bienes_comunes.pdf

campos sin desperdiciarla, pero cuando se presentan circunstancias adversas como épocas de sequía la situación cambia, produciéndose una reorganización en función de la prioridad de agua, pasando a ser los agricultores más necesitados los que usen primero el agua. De este modo, Ostrom probó que cuando los individuos usan los recursos naturales conjuntamente, con el paso del tiempo se instauran reglas acerca de cómo estos recursos han de ser cuidados y usados para que en términos económicos y ecológicos su utilización sea sostenible. Años posteriores, el desarrollo de este análisis sería uno de los méritos para la obtención del premio Nobel⁷¹.

El Análisis Económico del Derecho estudia las ventajas o desventajas que supone la aplicación de cada una de las herramientas regulatorias de intervención legal expuestas anteriormente (tributación, regulación directa, etc.) para solucionar los problemas de externalidades, comparándolas a su vez con las reglas de propiedad y responsabilidad de Calabresi.

El AED ha determinado que en los casos en el que los damnificados no cuenten con suficiente información para poder negociar o llegar a un acuerdo, o no sean conscientes de las consecuencias que pueda generar el daño en el presente y futuro, recurrir a la tributación y a la regulación directa es más eficiente que, por ejemplo, recurrir a las reglas de responsabilidad expuestas por Calabresi⁷². Esto tiene su explicación en el desconocimiento de las consecuencias o la imposibilidad de negociar correctamente por una de las partes.

⁷¹ BBC (27 de julio de 2019). Qué es la “tragedia de los comunes” y cuál es su relación con Elinor Ostrom, la única ganadora del Nobel de Economía de la historia. *BBC News Mundo*. <https://acortar.link/TJR7x9>

⁷² En su obra “Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: un Vistazo a la Catedral” escrita en 1992, Calabresi y Melamed hacen referencia a tres sistemas que protegen los derechos de propiedad, entre ellos la regla de responsabilidad que permite variar, examinar y quitar los derechos de propiedad al titular, pagando por ello un precio que refleje el valor objetivo del daño y perjuicio que genere esta nueva titularidad. Velasco, D. (2012). Análisis Económico de los Derechos de propiedad. 4-5. https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf

La existencia de asimetría en la información hace que cualquier negociación sea desfavorable para una de las partes, por lo que la aplicación estatal de un impuesto, que ha sido elaborado para reflejar el daño anticipado, (el que se espera producir) es mejor que las reglas de responsabilidad.

El AED también ha estudiado qué bienes han de ser objeto de propiedad pública y cuáles de propiedad privada en términos de eficiencia, es decir, que bienes han de ser suministrados por el Estado y cuáles no⁷³.

Serán considerados bienes privados aquellos que consten de las siguientes características:

- Uso rival: cuando su uso por una determinada persona reduce la posibilidad de que lo use otra.
- Exclusión: aquella persona que paga por el bien puede impedir su uso a aquellas que no hayan pagado por él.

Por tanto, los bienes privados solo van a ser disfrutados por aquellos que paguen por su disfrute, pero en algunos casos el uso de los bienes no puede ser acotado a aquellos que han participado en su ejecución, como puede ser el alumbrado de las calles o la defensa nacional. La utilización de estos bienes o servicios por aquellos individuos que no han pagado por ellos no puede evitarse, por lo que las personas que sí que han pagado no tienen incentivos para realizar el pago de ese bien o servicio ya que resulta más beneficio llevar a cabo un comportamiento no cooperativo y egoísta.

Siempre y cuando el coste de proveer esos bienes y servicios sea menor que el beneficio que genera a la sociedad. La existencia de estos bienes y servicios supone una mejora en el bienestar social, por lo que su ejecución deberá llevarla a cabo el Estado.

3.3 Derecho de accidentes

El Derecho de accidentes se refiere a la obligación de hacer frente a los daños causados por los actos realizados por uno mismo o por otra persona a un tercero, compensándole.

⁷³ Vázquez, O. (2021). Op. Cit.

El Análisis Económico del Derecho a través del Derecho de daños trata de explicar cómo promover la eficiencia económica aplicando las herramientas y los conceptos económicos dentro de un marco de estudio en el que los recursos no son ilimitados mientras que las necesidades de los individuos sí.

Es por ello que el Análisis Económico del Derecho trata, en resumen, de imputar los costes asociados a los accidentes a aquellos a los que les resulte más barato prevenirlos. Para ello, se estudian los posibles costes de la acción con antelación, se distribuyen de tal manera que asumirlos suponga el menor coste posible, es decir, de la forma más eficiente posible.

Desde un punto de vista económico, se ha de buscar cuál es la prevención óptima. A tal efecto se recurrirá al uso del Óptimo de Pareto, en el que uno o varios individuos no pueden mejorar su situación de bienestar sin perjudicar a otros, asegurándose que no existen recursos ociosos.

Extrapolado al ámbito del Derecho de accidentes, ello quiere decir que se debe encontrar una situación óptima socialmente hablando entre la precaución y los accidentes. Esta situación óptima se da siempre y cuando la suma de los gastos, externalidades y las precauciones no sean mayores que las pérdidas.

Las externalidades son, según Pigou, situaciones en las que el mercado no funciona correctamente porque la actividad económica origina efectos positivos y negativos sobre terceros⁷⁴. Para solucionarlo, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se consideró que aquellos agentes que llevaban a cabo ciertas actividades incorporasen en ellas el valor de los costes asociados a esas externalidades.

Por otro lado, Coase consideraba que ante una situación de daño, lo que se debe hacer es evitar el propio daño o el coste más grave del daño pero sin impedir la realización de la actividad si esta fuera muy valiosa. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la finalidad del Derecho de accidentes sería la de disminuir lo máximo posible los costes de la prevención

⁷⁴ Cabrillo, F. (2015). La economía del bienestar de Pigou. *Expansión*. <https://civismo.org/es/la-economia-del-bienestar-de-pigou/>

de accidentes, los provenientes de los accidentes y los costes de administración del sistema de responsabilidad civil⁷⁵.

Tras las aportaciones de estos dos autores, fue Guido Calabresi el que consiguió sintetizar las bases del Derecho de accidentes⁷⁶.

Calabresi determinó que la función principal que tiene el sistema de responsabilidad civil es la reducción de la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. Esta función tiene tres fines, el primero de ellos y principal es el de la reducción del número y de la gravedad de los accidentes mediante la prohibición de los actos específicos o actividades que causan esos accidentes o su encarecimiento. Estas dos formas corresponden a dos técnicas diferentes de plantear esta reducción primaria del coste de los accidentes, mediante la prevención específica y la prevención general.

La prevención específica consiste en prevenir directa y específicamente el accidente mediante la reglamentación de las actividades que son causa de ellos. Esto supondría la completa prohibición de determinadas actividades como la fabricación o importación de productos farmacéuticos alterados o falsificados, o que su desarrollo dependa de ciertas condiciones o limitaciones como la comercialización de armas de fuego, incluyendo una serie de sanciones para los infractores.

La prevención general establece que una vez que se ha atribuido el coste de los accidentes a las actividades que los producen, los individuos son libres de decidir si iniciar una actividad pagando los costes que supone hacerlo (incluyendo el coste de los accidentes que puedan causar) o elegir una actividad menos arriesgada y por tanto menos costosa.

Al ser entendido el accidente como un coste añadido de la actividad que lo produce, los agentes que ejercen sus actividades con un nivel de riesgo alto verán peligrar su permanencia en el mercado por la existencia de otros agentes

⁷⁵ De Carvalho, V. (2016). Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias. *Revista brasileira de Derecho IMED*, 13(2), 176-193. <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/De-Carvalho-Leal-An%C3%A1lisis-Econ%C3%B3mico-del-Derecho-de-Da%C3%B1os.pdf>

⁷⁶ Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Ariel Derecho.

capaces de desempeñar su actividad con niveles de riesgo más bajo o por la mera existencia de bienes sustitutos más seguros. De esta manera, los agentes económicos tendrán que modificar sus métodos de producción por otros que impliquen menos riesgo y por tanto sean más baratos, o directamente abandonar la actividad. En estos casos será el mercado el que determine el grado y la forma de desarrollo de las actividades deseadas en función de los costes que conllevan⁷⁷.

El segundo fin sería lograr una reducción de costes secundarios que no afectaría ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos. Para reducir los costes de los accidentes, Calabresi determina que la opción de fraccionarlos no sería la correcta, ya que se producirían más accidentes de los debidos.

Por último, el tercer fin sería el de reducir los costes de administrar el tratamiento de los accidentes, también entendido como el coste de la eficiencia porque se reduce a minimizar el coste primario y secundario.

A lo largo de los años se ha replanteado el concepto de prevención asociado a la responsabilidad civil, tratando de reducir al máximo los daños posibles y satisfaciendo la necesidad de compensación de las víctimas.

3.4 Derecho de familia

El derecho de familia es la rama del Derecho civil que “regula la estructura, la organización y las relaciones de los miembros de la familia excluyendo las relativas a la esfera de ámbito privado”⁷⁸. Destaca por su carácter social que se hace evidente por el notable papel que tienen los poderes públicos en su regulación, la cual va aumentando cada vez más para procurar que los individuos dirijan su comportamiento a la correcta consecución de las funciones que se les asignan, como el cuidado de los hijos menores de edad.

⁷⁷ Falla, A. (2011). Accidentes, responsabilidad civil y propósitos sociales. https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/1994af_accidentes.pdf

⁷⁸ Ossorio, J. M. et al. (2019). *Curso de Derecho Civil IV Derechos de familia y sucesiones*. Tirant lo Blanch.

Si bien el estudio del Derecho de familia se remonta a hace más de un siglo, su análisis económico es más actual, exceptuando trabajos puntuales en los que llegaban de forma tenue a relacionarse, como el ensayo elaborado por Thomas Malthus (1766-1834) en 1798 denominado “Ensayo sobre el principio de la población”⁷⁹, en el que la crisis que asolaba Europa venía explicada por motivos demográficos debido a que el número de personas crecía geométricamente y, por tanto, de forma más rápida que la capacidad de producir alimentos que lo hacía aritméticamente, por lo que el resultado daría lugar a hambre y conflictos. A esta teoría se dio el nombre de Malthusianismo.

Es en la década de los años cincuenta cuando comienza a estudiarse el Análisis Económico del Derecho de familia, materializado tres décadas después a través del trabajo de Becker, “Tratado sobre la familia”⁸⁰, publicado en 1981.

En este tratado estudia aplicando la microeconomía la unión de los cónyuges, el divorcio, la tenencia de hijos o la transformación de la familia. Uno de los cambios más importantes fue la introducción de los bienes de producción doméstica en el análisis microeconómico del comportamiento humano, en el que se estudia uno de los problemas económicos básicos, la organización del tiempo para conseguir la máxima utilidad.

Dentro de esa organización del tiempo las circunstancias personales son importantes a la hora de determinar qué utilidad proporciona el dinero, ya que no es lo mismo si el individuo ha formado o no una familia. Si la ha formado, posiblemente una cantidad adicional de dinero le es más útil al tener más responsabilidades familiares a las que hacer frente. De esta manera se advierte que son múltiples las variables que determinan las decisiones de las personas.

En Economía, uno de los postulados con mayor relevancia es el del interés propio, sobre el que se basó Adam Smith para elaborar su teoría de la “mano invisible”⁸¹. Con el paso de los años y el auge del estudio del

⁷⁹ Malthus, T. (1798). *Ensayo sobre el principio de la población*. Altaya. <https://museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/171128malthus.pdf>

⁸⁰ Becker, G. (1981). *Tratado sobre la familia*. Alianza. <https://es.scribd.com/doc/304374715/Tratado-Sobre-La-Familia-BECKER>

⁸¹ Metáfora de carácter económico que establece que la búsqueda del interés propio de todos los individuos en un mercado libre produce beneficios no deseados para el conjunto de la

comportamiento humano por otras ciencias, se ha desarrollado una visión más compleja del comportamiento económico introduciendo nuevas normas de conducta como el altruismo racional y consciente. Los individuos altruistas actúan maximizando su beneficio, como el resto de individuos, pero la diferencia se encuentra en que su bienestar depende de forma parcial del bienestar del resto.

La familia sería un ejemplo de institución caracterizada por un comportamiento altruista. Este comportamiento altruista está directamente relacionado con la cercanía que tengamos con una persona, de tal manera que el grado de altruismo será mayor cuanto más cercanía se tenga con otra persona, por ejemplo un progenitor con su descendencia.

Desde el punto de vista económico este hecho se explica por dos motivos:

- La familia es el grupo más cercano al que pertenece un individuo, y es en él donde realiza su mayor inversión.
- Al ser la familia el grupo más cercano, se espera un comportamiento cooperativo y recíproco por parte de todos sus miembros ya que resulta beneficioso para todos.

Pero ello no supone que el mero hecho de pertenecer a una familia implique que el comportamiento de todos sus miembros vaya a ser siempre altruista. Puede darse que uno o varios de sus miembros lleven a cabo conductas egoístas, lo cual generará ineficiencia en el grupo, disminuyendo las acciones altruistas por parte del resto de los miembros y por tanto disminuyendo el bienestar colectivo.

Otro de los cambios acaecidos en el Derecho de familia tuvo su origen en el estudio del papel de la mujer, iniciado en la década de los noventa. Aplicado al ámbito económico y siguiendo los principios básicos de la teoría económica, la especialización en el trabajo se basa en la ventaja comparativa por la cual cada miembro de la familia se va a especializar en la realización de aquella actividad para la que sea más capaz, es decir, más eficiente en términos

sociedad. El mercado puede autorregularse solo cuando dicho mercado es libre e impere la ley de la oferta y la demanda. Esta metáfora aparece en su obra "La Teoría de los sentimientos morales" publicada en 1759. Coll, F. (2021). *Interés propio*. Economipedia. <https://n9.cl/8qj1i>

relativos. Esa especialización se consigue a través de la formación, por lo que la división del trabajo dentro de una familia viene dada por su capital humano. Esa formación se obtiene a través de la educación, que recibían mayoritariamente los hombres produciendo la división tradicional del trabajo.

El Análisis Económico del Derecho de familia siguiendo el enfoque neoclásico ha tratado de explicar el porqué de las diferencias entre las actividades que desempeña el hombre y la mujer dentro de la familia. Las posibles explicaciones que se han dado de la división del trabajo en el ámbito familiar han sido:

- Biológicas: las mujeres, a ser las únicas capaces de dar a luz a su descendencia, pierden ventaja comparativa a la hora de poder realizar actividades lejos del hogar, perpetuándose esta situación en el futuro.
- Sociales o culturales: al adoptar modelos cuyas restricciones sociales o culturales limitan o condicionan el comportamiento humano.

Pero ninguna de ellas ha aclarado su mantenimiento a lo largo del tiempo.⁸²

Becker redacta su libro “Tratado sobre la familia” para explicar desde la racionalidad económica el por qué se ha realizado esa división entre hombres y mujeres, y así distanciarse de las nuevas teorías que surgían, donde la figura de la mujer dejaba de estar ligada al cuidado familiar y comenzaba a abrirse paso en el ámbito laboral-productivo asociado al hombre.

Becker explica que en un hogar formado por un hombre y mujer racionales estos tratarán de maximizar la cantidad de bienes que van a consumir, y para ello tendrán que recurrir al mercado –donde se consiguen los bienes– y al hogar –donde se transforman o modifican para su uso final–. Para que el matrimonio sea eficiente, tendrá cada uno que especializarse en la actividad sobre la que tengan mayor ventaja comparativa. Las mujeres en el cuidado de la descendencia y el hogar por motivos biológicos y los hombres, por tanto, en el mercado.

⁸² Cabrillo, F. (2003). El análisis económico de la familia. *Arbor*, 174 (685), 77-97.
<https://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/629/635>

Por tanto, Becker establece que los hogares que están formados por un padre que toma la figura de proveedor y una madre que toma la figura de cuidadora son la única forma de hogar eficiente.

Becker también estudió qué número de hijos ha de tener un matrimonio para que resulte económicamente eficiente. Para ello, examinó la relación que existe entre la cantidad y la calidad de la descendencia, concluyendo que las familias tienen más hijos porque suponen un mayor ingreso para la unidad familiar. De esta manera en el medio rural, y especialmente en las familias pobres, la natalidad aumentaría, ya que habría más manos trabajando y por tanto los ingresos se incrementarían.

El coste que supone la adicción de un hijo más en el ámbito familiar depende de cómo varíe el coste del tiempo de trabajo de la madre. El coste del tiempo de la madre es para Becker el más importante, ya que es la encargada de instruir a la descendencia, objetivo primordial del matrimonio. Si el coste del tiempo de trabajo de la madre disminuye, entonces la familia tendrá más hijos.

Becker conviene que las ayudas que dirige el Estado a las familias con hijos menores de edad fomenta el aumento de la descendencia, ya que el incremento de ingresos reduciría el coste de oportunidad del tiempo dedicado de la madre a sus descendientes.⁸³

Otro de los motivos principales que tiene el matrimonio para tener hijos es la posibilidad de que estos últimos cuiden de ellos cuando se hagan mayores. La ley no obligaba al cuidado de los padres, pero se podía recurrir a la obligación moral para lograrlo. Los hijos son así vistos como una inversión.

El matrimonio y el divorcio son para Gary Becker resultado del razonamiento económico, de tal manera que los individuos deciden casarse porque la utilidad que se espera de esa unión es mayor a la utilidad de mantenerse soltero o buscar una pareja mejor.

La misma argumentación es aplicable al divorcio, una persona decide poner fin a su matrimonio cuando la utilidad de volver a estar soltero o de contraer

⁸³ Anzorena, C. (2009). El ¿retorno? del “Tratado sobre la familia” de Gary Becker. *Kairos*, (24), 4-6. www.revistakairos.org/Dialnet-EIRetornoDelTratadoSobreLaFamiliaDeGaryBeckerAlgun-3101150%20.pdf

nupcias con otra persona es mayor que la pérdida de utilidad de la disolución, teniendo en cuenta otros factores como la pérdida asociada a la separación física de su descendencia o el pago de los servicios legales.

Por tanto, concluye que los individuos se casan para enriquecerse, pero este enriquecimiento no se refiere únicamente a mejorar su cantidad de dinero sino a encontrar a otra persona que haga más feliz su vida. El matrimonio es considerado básicamente una relación de negocios, en la que tiene cabida sentimientos como el amor, el odio o la obligación, pero en la que existen transacciones.

4. CONCLUSIONES

El Análisis Económico del Derecho constituye una valiosa disciplina que permite el estudio del ámbito jurídico mediante el uso de herramientas económicas. Aunque el desarrollo de ambas ciencias desde sus inicios ha sido autónomo, a lo largo de los años se ha hecho patente la complementariedad que existe en la consecución de sus fines.

El principal avance del estudio de este método se llevó a cabo a lo largo del siglo XX, concretamente a partir de los años sesenta, en el que se pasa del Viejo Análisis Económico del Derecho, caracterizado por el estudio de las materias jurídicas que regulaban aspectos de carácter económico como los factores de producción o la estructura del mercado, al Nuevo Análisis Económico del Derecho, que se caracteriza por aplicar las herramientas económicas a un mayor número de ramas jurídicas. Este avance se manifestó con la creación de las principales escuelas del AED. Es en la Universidad de Chicago, que da nombre a la escuela, donde se consolida el estudio de esta disciplina. Esta escuela parte de la primacía del mercado frente a la intervención de los gobiernos en el ámbito económico.

Con el paso del tiempo surgen nuevas escuelas que estudian el Derecho desde diferentes ópticas, como la escuela de New Haven, que es partidaria de la intervención del Estado; la Institucional, que evolucionó hacia el neoinstitucionalismo, inclinado a estudiar cómo los agentes económicos repercuten en la sociedad; y la de Virginia, más conocida como Public Choice, que defiende la idea de limitar la intervención del Estado. Por último, la escuela

más moderna es la escuela de Harvard, la más moderna de todas ellas, en las que el análisis económico se aplica de manera específica a varias ramas del Derecho, como puede ser el de contratos o la propiedad, ampliando el ámbito de estudio.

El avance del Análisis Económico del Derecho ha sido siempre más destacado en Estados Unidos, debido a que es en este país donde se han desarrollado las escuelas predominantes del método. Este avance no fue compartido por los países europeos debido a la reticencia que existe en el siglo XIX a actualizar el pensamiento jurídico, especialmente en Alemania, donde además de predominar la doctrina de Kelsen, tuvo que hacer frente a los problemas derivados de su derrota en la guerra, retrasando varias décadas el desarrollo del Análisis Económico del Derecho.

En España ha ido aumentando durante las últimas décadas su implantación, destacando las aportaciones realizadas por Santos Pastor y Francisco Cabrillo y las investigaciones realizadas en varias universidades como la Carlos III e instituciones como el Banco España.

El continuo avance en esta materia hace que comiencen a cuestionarse las bases sobre las que se asienta el método, formulándose las primeras críticas por varios autores, como Richard Thaler, que consideraba que la racionalidad de los individuos es limitada y que muchas veces no son capaces de comprender correctamente la información de la que disponen.

Otra de las críticas más destacadas fue la invasión que supuso la intervención de la Economía en un gran número de ciencias, conocido como imperialismo económico, que fue rechazado por los juristas afines al movimiento realista al considerar que, lejos de lo expuesto, la Economía aportaba claridad y lógica a la argumentación y pensamiento jurídico.

Una vez se ha expuesto el desarrollo del que ha sido objeto el Análisis Económico del Derecho, el trabajo se ha centrado en su aplicación en el ámbito del Derecho civil, comenzando por su empleo en materia de contratos.

En esta rama se llega a la conclusión de que el Derecho contractual es indispensable para regular aquellos términos contractuales en los que no se han puesto de acuerdo las partes, recurriendo a lo que se conoce como el contrato perfecto, un contrato teórico en el que se establecen todos los posibles riesgos

que surgen a la hora de ejecutar un contrato. Con carácter general, esos riesgos deberán ser soportados por el vendedor, y se llevará a cabo la contratación de un seguro para afrontar los costes generados por los daños producidos, concluyendo que será necesario considerar en ese caso el comportamiento del comprador para asignar quién debe hacer frente al pago del seguro, no resultando eficiente para el vendedor hacer frente al pago del seguro cuando el riesgo sea previsible.

Respecto a los contratos imposibles de llevar a cabo, se recurre a la teoría del incumplimiento en el que la solución más eficiente sería el pago de una indemnización.

El Análisis Económico del Derecho también ha abordado uno de los derechos esenciales del mercado, el Derecho de propiedad, de la mano de Ronald Coase. Este autor explica por medio de su teorema que, si se consigue delimitar y asignar estos derechos y los costes de transacción son nulos y la información es perfecta, entonces se llegaría a una solución eficiente en la que los problemas producidos por las externalidades se eliminarían.

Este planteamiento es refutado por varios autores debido a las dificultades que supone su traslado a la práctica, y es que en muchos casos los implicados no van a poder negociar por diversas causas, o carecen de toda la información necesaria para ello. Actualmente se sigue la línea ideológica de Arthur Pigou, que compensa los daños causados por las externalidades mediante la instauración por parte del Estado de impuestos o sanciones.

En cuanto al Derecho de accidentes, el Análisis Económico del Derecho trata de determinar cómo imputar los costes derivados de los accidentes de la manera más eficiente posible, es decir, de imputarlos a aquellos individuos a los que les resulte más barato prevenirlos.

La simplificación de las bases sobre las que se asienta este derecho es realizada por Guido Calabresi, que establece que la función principal de la responsabilidad civil es la aminoración de los costes de los accidentes y de los costes asociados a su evitación mediante la prevención específica, que consiste en prevenir de forma directa y específica el accidente aplicando reglas a las actividades que lo originan, y la prevención general, en la que las personas pueden libremente decidir si comenzar una actividad pagando los costes que

supone hacerlo o elegir una actividad que suponga menos riesgo y por tanto menos coste.

La última rama del Derecho civil que se ha analizado es el Derecho de familia, en el que se explica cómo el Análisis Económico del Derecho ha justificado en términos económicos determinados hechos, como la decisión de tener descendencia, motivada por el hecho de que los hijos suponen un aumento de ingresos al haber más individuos en la familia con capacidad para trabajar, y una inversión, al considerarse que cuidarían de sus progenitores cuando les llegase la vejez.

Por último, se analizan otros hechos, como la decisión de casarse o divorciarse, vista como una transacción en la que los intervinientes solo se unen o se separan si ello supone principalmente una mejora en su bienestar, no solo en términos de riqueza sino también de felicidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón, A. (2018). Análisis Económico del Derecho: principales antecedentes metodológicos.
https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo_Cap06.pdf
- Alchian, A. (1981). Derechos de propiedad y Sistema Social Libre. *Centro de estudios públicos*, 1-9. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2012/04/Alchian-Derechos-de-Propiedad.pdf>
- Amnistía Internacional (2020). Egipto, Mesopotamia, Grecia y Roma. *Educación en Derechos Humanos*.
<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-orig.html>
- Angarita, L. (2018). El neoinstitucionalismo económico: una visión contemporánea. *Revista venezolana de análisis de coyuntura*, vol (XXIV), 2, 29-50. <https://www.redalyc.org/jatsRepo/364/36461095014/html/>
- Anzorena, C. (2009). El ¿retorno? del “Tratado sobre la familia” de Gary Becker. *Kairos*, (24), 4-6. www.revistakairos.org/Dialnet-EIRetornoDelTratadoSobreLaFamiliaDeGaryBeckerAlgun-3101150%20.pdf
- BBC (27 de julio de 2019). Qué es la “tragedia de los comunes” y cuál es su relación con Elinor Ostrom, la única ganadora del Nobel de Economía de la historia. *BBC News Mundo*. <https://acortar.link/TJR7x9>
- Becker, G. (1981). *Tratado sobre la familia*. Alianza.
<https://es.scribd.com/doc/304374715/Tratado-Sobre-La-Familia-BECKER>
- Becker, G. (1974). *Crime and punishment: an economic approach*. En Becker & Landes, *Essays in the economics of crime and punishment*. National Bureau of Economic Research. <https://n9.cl/q7lhs>
- Becker, G. y Landes, W. (1974). *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. <https://n9.cl/8bb53>
- Cabrillo, F. (2015). La economía del bienestar de Pigou. *Expansión*.
<https://civismo.org/es/la-economia-del-bienestar-de-pigou/>

- Cabrillo, F. (2003). El análisis económico de la familia. *Arbor*, 174 (685), 77-97.
<https://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/629/635>
- Cabrillo, F. (1990). Una nueva frontera: el Análisis económico del Derecho. *Información Comercial Española*, (687), 9-22.
- Cabrillo, F. y Albert, R. (2011). El análisis económico del derecho en la encrucijada. <https://zdocs.mx/doc/el-analisis-economico-del-derecho-en-la-encrucijada-cabrillo-y-albert-2011-3w1k89nrj51r>
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Ariel Derecho.
- Calabresi, G. (1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Journal*, 14(46), 105-128.
<https://www.redalyc.org/journal/2932/293265423007/html/>
- Castro, F. (2017). Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (29), 99-136.
<https://www.redalyc.org/pdf/3708/370853917002.pdf>
- Celentani, M. (2017). Asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles. *Papeles de economía española*, (151), 78-87. https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PEE/151art08.pdf
- Chiassoni, P. (2013). *El Análisis Económico del Derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EEUU*. Palestra editores.
https://www.marcialpons.es/media/pdf/analisis_economico_Derecho.pdf
- Coase, R. H. (1988). *The firm, the market and the law*. The University of Chicago Press, Chicago. <https://www.jstor.org/stable/135598>
- Coase, R. H. (1981). El problema del coste social. *Hacienda Pública Española*, (68), 245-274.
<https://www.fuhem.es/media/ecosocial/File/Actualidad/2011/Coase.pdf>
- Coll, F. (2021). *Interés propio*. Economipedia. <https://n9.cl/8gj1i>
- Coll, F. (2021). *Leyes de Gossen*. Economipedia.
<https://economipedia.com/definiciones/leyes-de-gossen.html>
- Cornell Law School (1992). Wex [versión electrónica]. *Ithaca, Nueva York*.
https://www.law.cornell.edu/wex/legal_realism

- De Carvalho, V. (2016). Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias. *Revista brasileña de Derecho IMED*, 13(2), 176-193. <https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/De-Carvalho-Leal-An%C3%A1lisis-Econ%C3%B3mico-del-Derecho-de-Da%C3%B1os.pdf>
- De la Maza, I. (2006). El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (7), 19-50. <https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838866002.pdf>
- Domenech, G. (2014). Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. *Revista de Administración Pública* (195), 99-133. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40137>
- Enfoque Derecho (2021). Las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad: la teoría de Guido Calabresi y A. Douglas Melamed desde la óptica del Análisis Económico del Derecho. *Enfoque Derecho*. <https://acortar.link/nGsdds>
- Eumed (2020). Grandes economistas premios Nobel de Economía [versión electrónica]. https://www.eumed.net/cursecon/economistas/premios_nobel.htm
- European Association of Law & Economics. (2016). La asociación. <https://acortar.link/FBT7Tz>
- Falla, A. (2011). Accidentes, responsabilidad civil y propósitos sociales. https://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2011/12/1994af_accidentes.pdf
- Flórez, K. y Pérez, A. (2017). Una crítica Hayekiana al Análisis Económico del Derecho. *Revista civilizar de empresa y economía*, 7(13), 21-38. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/view/882/56>
- Gamazo, J. C. (1997). Una aproximación al delito fiscal desde la teoría de la litigación. *Inversión pública y hacienda pública. IV Encuentro de Economía Pública*, 8, 91-100. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5598004>

- Ganuza, J. J. y Gómez, F. (2017). Economía y Derecho. *Papeles de Economía española*, (151), 33-78. <https://www.funcas.es/wpcontent/uploads/Migracion/Publicaciones/PDF/2059.pdf>
- Ganuza, J. J. y Gómez, F. (2011). Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo. *Indret*, (2), 1-29. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/822_es.pdf
- Gelter, M. y Grechenig, K. (2007). The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. <https://n9.cl/opayh>
- Gutiérrez, M. y Sáez, M. (2020). Las acciones con derecho de voto adicionales por lealtad “acciones de lealtad” desde el Análisis Económico del Derecho. *Información Comercial Española*, (915), 93-108. <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/7073/7085>
- Hernández, I. (1999). Public Choice II de Dennis C. Mueller. *Revista de Economía Institucional*, 1 (1), 169-170. <https://www.redalyc.org/pdf/419/41900111.pdf>
- Hirshleifer, J. (1984). *Price Theory and Applications*, Prentice Hall Englewood Cliffs, N. Jersey.
- Instituto Nacional de Estadística. Economía. ¿Qué es Economía? <https://acortar.link/Wo9Zli>
- Jiménez, F. (2012). ¿Jugamos en el mismo equipo? Los nobel de economía y la Teoría de juegos. *Revista de estudios empresariales. Segunda época*, (2), 116-129. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5089652>
- Kaplow, L. y Shavell, S. (2000). Should legal rules favor the poor? Clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. *The Journal of Legal Studies*, 29(2), 821-835. <https://doi.org/10.1086/468095>
- Landes, W. M. (2003). *The Empirical Side of Law and Economics*. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=10725&context=journal_articles
- López, M. F. y Martínez, H. D. (2010). *Teoría de juegos y derecho: una investigación acerca de la aplicación e importancia que se le ha dado a la*

- teoría de juegos en el derecho colombiano*. Universidad Eafit.
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12204/MariaFerna%20nda_LopezRuiz_HernanDavid_MartinezGomez_2010.pdf;jsessionid=E156C49A535CBD2BB04FAE3B6CD5D3FD?sequence=2
- Malthus, T. (1798). *Ensayo sobre el principio de la población*. Altaya.
<https://museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/171128malthus.pdf>
- Martínez-Matute, M. y Mora-Sanguinetti, J.S (2017). Un análisis económico de la jurisdicción contencioso-administrativa: el efecto del nuevo criterio de costas y las tasas judiciales. *Papeles de Economía española*, (151), 88-101.
<https://www.funcas.es/articulos/un-analisis-economico-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa-el-efecto-del-nuevo-criterio-de-costas-y-las-tasas-judiciales/>
- Maya, G. (2011). *Economía: ciencia imperialista*. Universidad de Medellín.
<http://www.scielo.org.co/pdf/seec/v16n33/v16n33a09.pdf>
- Mercuro, N. (1991). *Derecho y Economía*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Montoya, R. (2012). *Comentarios al libro: Estadística aplicada al ámbito jurídico*.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/8/pr/pr2.pdf>
- Ortega, B. (2012). *Análisis Coste-Beneficio*.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5583839>
- Ostrom, E. (1990). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Fondo de Cultura Económica.
https://base.socioeco.org/docs/el_gobierno_de_los_bienes_comunes.pdf
- Ossorio, J.M. et al. (2019). *Curso de Derecho Civil IV Derechos de familia y sucesiones*. Tirant lo Blanch.
- Pareto, W. (1938). *Manual of Political Economy*. Oxford.
- Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Tecnos.
- Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Querol, N. (2014). *Análisis Económico del Derecho*. Madrid. Dykinson.

- Rama, E., Ramírez, E. C. y Pomares, I. J. (2001). Análisis Económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente. *Derecho y conocimiento*, 1, 331-339.
- Rivera, G. (2015). El dilema de la palabra empeñada como valor económico, a propósito de la Teoría del Incumplimiento Eficiente. *Foro Jurídico*, (149), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13809/14433>
- Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Roberts, A. (1997). *Social Science History for Budding Theorists*. Middlesex University: London. <http://studymore.org.uk/ssh5.htm#:~:text=The%20Elizabethan%20poor%20law%20required,can%20be%20bought%20and%20sold.>
- Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Salinas, F. J. (2001). Análisis económico de la política del sistema euro. *50 años de la Unión Europea: reflexiones desde la Universidad*. 177-190. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=586858>
- Schäfer, H. y Ott, C. (1991). *Manual de análisis económico del derecho civil*. Tecnos.
- Torres, J. (1985). "Tradición y resultados de una disciplina novedosa: La Economía del Derecho. Una orientación bibliográfica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (5), 27-40.
- Trujillo, E. (s.f). Derecho. *Economipedia*. <https://acortar.link/txJP2Z>
- Vásquez, O. (2021). *Una introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tirant lo Blanch. <https://acortar.link/86v4Xa>
- Velasco, D. (2012). Análisis Económico de los Derechos de propiedad. 4-5. https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2011/Analisis_Economico_de_los_Derechos_de_Propiedad.pdf