

POR QUÉ Y CÓMO HACER ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—III. TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. *Análisis positivo y análisis normativo*. 2. *Análisis teórico y análisis práctico*. 3. *Análisis fundamental y análisis aplicado*.—IV. HERRAMIENTAS AVANZADAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. *Matemáticas*: A) Ventajas. B) Objeciones. 2. *Métodos empíricos*: A) Concepto y tipos. B) Su creciente importancia. C) Utilidad. D) Algunos aspectos problemáticos.—V. UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.—VI. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. *Las personas no siempre actúan racionalmente*. 2. *La cuestión de los fines*. 3. *La eficiencia no lo es todo*. 4. *Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico*. 5. *El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado*.

RESUMEN

El análisis económico del Derecho es, seguramente, la corriente doctrinal que mayor éxito ha tenido en el planeta de la ciencia jurídica durante los últimos cincuenta años, si bien su impacto ha diferido enormemente en función de los países y las disciplinas jurídicas. En España, especialmente en el ámbito del Derecho público, su influencia ha sido hasta la fecha más bien escasa, aunque se aprecia un creciente interés por el mismo. Tras exponer en qué consiste el análisis económico del Derecho y cuáles son sus presupuestos, este trabajo trata de mostrar por qué es útil estudiar los fenómenos jurídicos desde una perspectiva económica y cómo podemos llevar a cabo esta tarea.

Palabras clave: análisis económico del Derecho; metodología del Derecho.

ABSTRACT

Law and economics has certainly been the most successful intellectual movement in the law of the past fifty years, although its impact varies widely across both countries and branches of the law. In particular, its influence on Spanish public law has been quite modest, although it seems to be increasing. After explaining what law and economics is and which its premises are, this

* Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el I Seminario Interuniversitario de Teoría y Método del Derecho Público, celebrado en Valencia el 31 de mayo de 2013. Agradezco mucho las críticas de todos los asistentes y, especialmente, las de quienes se molestaron en formularmelas por escrito: Luis Medina, Juli Ponce, Andrés Boix y Javier Barnés. De los errores subsistentes sólo yo tengo la culpa.

paper shows why it is useful to analyze the law from an economic point of view and how to do it properly.

Key words: law and economics; legal methods.

I. INTRODUCCIÓN

La afirmación según la cual el análisis económico del Derecho (AED) es el movimiento intelectual más exitoso surgido en el mundo jurídico académico durante las últimas décadas¹ debe ser matizada. El éxito no ha sido precisamente idéntico en todos los países ni en todas las disciplinas jurídicas.

En términos generales, la afirmación vale, desde luego, para los Estados Unidos de América, donde esta corriente metodológica se originó en los años sesenta del siglo xx² y donde en relativamente poco tiempo ha alcanzado una posición hegemónica o cuando menos prominente, especialmente en las Universidades de élite, de las que procede una buena parte del profesorado de las Facultades de Derecho norteamericanas. Y algo parecido cabe decir de países como Canadá e Israel. En el resto del mundo, la influencia del AED ha sido, por lo general, mucho más modesta, aunque tampoco ha dejado de aumentar, lenta pero continuamente³.

En algunas parcelas del ordenamiento jurídico, como es el caso del Derecho de la competencia, el éxito del AED ha sido ciertamente cla-

¹ Según Steven M. TELES (2008), *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton University Press, Princeton, pág. 216, «*simply measured in terms of the penetration of its adherents in the legal academy, law and economics is the most successful intellectual movement in the law of the past thirty years, having rapidly moved from insurgency to hegemony*».

² Sobre el nacimiento, la evolución y las distintas corrientes del AED, *vid.*, por todos, Nicholas MERCURIO y Steven MEDEMA (2006), *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University Press, Princeton.

³ Sobre el fenómeno y las causas por las que el AED ha tenido mucho más éxito en algunos países que en otros, *vid.* Oren GAZAL-AYAL (2007), «Economic Analysis of "Law & Economics"», *Capital University Law Review*, 35, págs. 787-809; Nuno GAROUPA y Thomas ULEN (2008), «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States», *Alabama Law Review*, 59, págs. 1555-1663; Kristoffel GRECHENIG y Martin GELTER (2008), «The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism», *Hastings International & Comparative Law Review*, 31: 1, págs. 295-360; Nuno GAROUPA (2011), «The Law and Economics of Legal Parochialism», *Illinois Law Review*, págs. 1517-1530; Ben DEPOORTER y Jef DEMOT (2011), «The Cross-atlantic Law and Economics Divide: A Dissent», *Illinois Law Review*, págs. 1593-1606; J. Mark RAMSEYER (2011), «Law and Economics in Japan», *Illinois Law Review*, págs. 1455-1473. En castellano, *vid.* algunas observaciones sobre el tema en Francisco CABRILLO RODRÍGUEZ y Rocío ALBERT LÓPEZ-IBOR (2011), «El análisis económico del derecho en la encrucijada», *Ekonomiaz*, 77, págs. 205 y ss.

moroso, pero en otras, como las de los Derechos de familia, constitucional o administrativo, ha resultado ser más bien escaso⁴.

El Derecho público español, en particular, se ha mantenido hasta la fecha prácticamente impermeable frente a esta metodología. No es ya que en nuestros departamentos universitarios apenas podamos encontrar algún despistado adepto —o, si se prefiere decir así, víctima de la moda o peste extranjera— del AED, sino que aquí el desinterés o incluso el desconocimiento alcanzan niveles profundos y están muy extendidos. No hablemos ya de lo que ocurre en Parlamentos, Administraciones, Tribunales y bufetes.

Las cosas, sin embargo, quizás estén comenzando a cambiar. Me parece detectar un incipiente interés, todavía muy minoritario pero creciente, de algunos iuspublicistas españoles por el AED. No sería extraño, pues, que más temprano que tarde empezaran a manifestarse también entre nosotros los mismos prejuicios, malentendidos, rechazos, reticencias, dudas, cuestiones y controversias que invariablemente han acompañado el proceso de implantación, desarrollo y consolidación del AED en otras comunidades jurídicas⁵.

El presente trabajo pretende dar respuesta a dos cuestiones especialmente relevantes que aquí se plantean. La primera es por qué merece la pena estudiar el Derecho desde una perspectiva económica. La segunda es cómo se puede y, en su caso, conviene realizar tal estudio. Se trata, obviamente, de dos problemas estrechamente relacionados. La utilidad de semejante análisis depende crucialmente de la potencia y el rendimiento de las herramientas empleadas para llevarlo a cabo. La naturaleza de las cuales ha de ser adecuada para alcanzar el objetivo perseguido por el análisis.

II. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El AED consiste en estudiar —bien con una finalidad práctica, bien con una finalidad puramente cognoscitiva— las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía.

⁴ Según Spencer Weber WALLER (2009), «The Law and Economics Virus», *Cardozo Law Review*, 31: 2, págs. 367-403, el «virus» del AED ha afectado en menor medida a aquellos países y disciplinas donde la producción jurídica estaba más descentralizada y donde preexistía un sólido cuerpo doctrinal opuesto, que pudo actuar a modo de «anticuerpo» frente a la introducción de una nueva ideología jurídica.

⁵ En las observaciones recientemente efectuadas por cierta Comisión ministerial al evaluar una solicitud de ayuda para la realización de un proyecto de investigación (DER2012-37122) puede leerse: «Los expertos han considerado que el enfoque que se propugna desde “el análisis económico del Derecho” debe realizarse con cuidado, dado el escoramiento ideológico y acríptico de esta peculiar corriente metodológica».

La economía, de acuerdo con una añeja definición que todavía goza de gran aceptación, es la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos⁶. Repárese en que, de acuerdo con esta definición, la economía no se ocuparía de determinadas clases de actividades (la agricultura, la industria, la banca, el comercio, el turismo, etc.), sino de un aspecto de la conducta humana, el que deriva de la influencia que sobre ella ejerce la escasez. En la medida en que tal aspecto esté presente, cualquier conducta puede ser objeto de esta ciencia⁷. En esta concepción está ya el germen del «imperialismo económico» que han llevado al extremo autores como Gary BECKER, al extender dicho análisis a ámbitos en los que hasta hace poco resultaba inimaginable su aplicación, tales como las relaciones familiares, la discriminación racial, la adicción a las drogas o el Derecho penal.

El análisis económico puede ser *positivo* o *normativo*. En el primer caso, se estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; cómo asignan, de hecho, sus limitados recursos. En el segundo, se trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines.

El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos. Por extraño que pueda sonar, tal planteamiento tiene sentido, en la medida en que cabe razonablemente partir de las siguientes premisas:

1.^a *El Derecho influye sobre la conducta humana*. Al prever una consecuencia positiva (v.gr., el otorgamiento de un premio) o negativa (v.gr., la imposición de una sanción) para quienes actúen de una determinada manera, las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios realicen o dejen de realizar tales actividades. La gente, en términos agregados, reacciona de manera distinta según sea el contenido y la naturaleza de las normas (leyes, reglamentos, doctrinas jurisprudenciales, etc.) que regulan su comportamiento. Ello no significa que cualquier cambio normativo vaya a provocar necesi-

⁶ Vid. Lionel ROBBINS (1935), *An Essay on the Nature & Significance of the Economic Science*, McMillan, London, pág. 16. Sobre esta y otras concepciones de la economía, vid. Roger E. BACKHOUSE y Steven G. MEDEMA (2009), «Retrospectives: On the Definition of Economics», *Journal of Economic Perspectives*, 23: 1, págs. 221-233.

⁷ ROBBINS (1935, págs. 16 y 17). Es más, en la medida en que los animales no humanos también se enfrentan al problema de la escasez, su conducta puede ser —y de hecho es— objeto de estudio por la economía. Vid., a título ilustrativo, John H. KAGEL, Raymond C. BATTALIO y Leonard GREEN (1995), *Economic choice theory: An experimental analysis of animal behavior*, Cambridge University Press, Cambridge.

riamente una alteración de la conducta de todos los afectados. Los grupos humanos no son perfectamente homogéneos. Algunos individuos seguirán actuando más o menos igual que antes, pero otros modificarán sus pautas de comportamiento, disminuyendo o incrementando el volumen de realización de la actividad regulada, aumentando o reduciendo el nivel de cuidado con el que la llevan a cabo, etc.

2.^a *Esa influencia es en alguna medida explicable y predecible*, con arreglo a un determinado modelo teórico. El inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los economistas ha sido el de la elección racional. Se presupone que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos, coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes. A la vista de los costes y beneficios que para ellos se derivarían de cada uno de sus cursos de actuación, escogen aquel que maximiza su utilidad esperada⁸.

Las normas jurídicas influyen así sobre la conducta humana de una manera muy parecida —y tan predecible— a como lo hacen los precios. Si, por ejemplo, se endurece la sanción legalmente prevista para quienes cometan determinadas infracciones, es previsible, *ceteris paribus*, que disminuya el número de las mismas. Si se reduce la cuantía del impuesto que grava el consumo de un determinado producto, permaneciendo todo lo demás igual, cabe esperar que aumente dicho consumo.

3.^a *Todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez*. Pensemos, por ejemplo, en una disposición legislativa. La Constitución española fija diversos fines que el legislador debe atender (la libertad e igualdad efectivas de todos los ciudadanos, su participación en la gestión de los asuntos públicos, la protección de la salud y del medio ambiente, etc.). El legislador tiene la posibilidad de dictar normas que muevan a la gente a comportarse de una manera u otra, satisfaciendo en mayor o menor medida cada uno de los referidos fines. Pero sus posibilidades de influir así en los individuos y lograr sus objetivos son inexorablemente limitadas, escasas. Resulta sencillamente imposible configurar nuestra legislación de tal modo que todos estos objetivos sean cumplidos simultáneamente en grado absoluto. Si se quiere alcanzar un cierto nivel de protección del medio ambiente o de la salud, por ejemplo, no habrá más remedio que restringir la libertad de ciertas personas. Si el legislador pretende garantizar ciertas esferas de libertad, habrá de permitir cierto grado de inseguridad. Nada es gratis, ni siquiera para el Leviatán.

⁸ Sobre las premisas de este modelo, en sus diferentes versiones, *vid.* Russell B. KOROBKIN y Thomas S. ULEN (2000), «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», *California Law Review*, 88, págs. 1060 y ss.

Así las cosas, la teoría económica puede emplearse para comprender, explicar y predecir cómo reaccionarán los ciudadanos frente a cada una de las regulaciones alternativas que el legislador puede establecer; cuáles son los costes y beneficios sociales de cada una de ellas, y cuál es la que maximiza la realización global de los principios constitucionales afectados.

Lo mismo vale para las decisiones que puedan adoptar otros sujetos. Pensemos en un juez al que se le presentan diversas interpretaciones posibles a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico en un caso particular. Cabe emplear los conocimientos e instrumentos suministrados por la economía para analizar cómo reaccionarán en el futuro las personas que se puedan ver afectadas por una determinada solución jurisprudencial; qué consecuencias, positivas y negativas, buscadas o no, se derivan para tales principios de las posibles interpretaciones, y cuál es la que satisface mejor el conjunto de todos ellos. Más adelante volveremos sobre este punto.

III. TIPOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. *Análisis positivo y análisis normativo*

El AED puede hacerse igualmente desde un plano positivo o normativo. En el primer caso se estudian hechos, que a su vez pueden ser de dos tipos.

Cabe, en primer lugar, analizar cuáles son o pueden ser las *consecuencias reales de las normas jurídicas* (ya sean de origen constitucional, legal, administrativo, judicial, privado, etc.), precisar cómo reaccionará la gente frente a una determinada norma y cuáles serán los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción. Cabría analizar, por ejemplo, el impacto que diferentes reglas de imposición de costas procesales —vencimiento, temeridad, no hay condena en costas, etc.— puedan tener o hayan tenido sobre la conducta procesal y extraprocesal de los justiciables, en particular sobre las decisiones que éstos han de adoptar en relación con: el nivel de cuidado y la frecuencia con los que realizan las actividades que pueden desembocar en un pleito; el surgimiento de un litigio; los recursos destinados a tratar de ganarlo; su terminación mediante allanamiento, desistimiento o transacción, etc.⁹.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, Steven SHAVELL (1982), «Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs», *Journal of Legal Studies*, 11, págs. 55-81; Avery Wiener KATZ y Chris William SANCHIRICO (2010), «Fee Shifting in

También puede ser objeto de un análisis positivo, en segundo lugar, la manera *cómo influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas*. La teoría económica se ha utilizado para explicar, por ejemplo, por qué ciertas regulaciones legislativas adoptan determinados contenidos y no otros¹⁰, o cómo influyen los sistemas retributivos de los jueces o su ideología sobre el sentido de sus decisiones¹¹.

El análisis *normativo* se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias. Imaginemos un trabajo teórico en el que se examina en qué casos es preferible establecer una regla de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva, a la vista de cómo puede influir en la conducta de los afectados y qué costes y beneficios sociales conlleva cada una de ellas¹².

2. Análisis teórico y análisis práctico

El AED nació y se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito académico, como un sistema teórico dirigido a entender, explicar y eventualmente criticar el orden jurídico. Pero ello no quita que los conocimientos y los instrumentos analíticos elaborados en el seno de esta corriente metodológica puedan ser utilizados con una finalidad no simplemente cognoscitiva, sino inmediatamente práctica, para interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico al objeto de resolver problemas reales.

De hecho, así se utiliza. En el procedimiento de elaboración de ciertas normas jurídicas, por ejemplo, es incluso obligado efectuar un aná-

Litigation: Survey and Assessment», *University of Pennsylvania Institute for Law and Economics*, Research Paper 10-30.

¹⁰ Vid. George J. STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2: 1, págs. 3-21.

¹¹ Vid., respectivamente, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), *Juzgar a destajo. La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*, Civitas, Madrid; Nuno GAROUPA, Marian GILI y Fernando GÓMEZ-POMAR (2012), «Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9: 4, págs. 795-826.

¹² Vid., por todos, Hans-Bernd SCHÄFER y Frank MÜLLER-LANGER (2009), «Strict liability versus negligence», en Michael FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, 2.^a ed., Edward Elgar, Cheltenham, págs. 3-45.

lisis de los costes y beneficios que éstas pueden acarrear¹³. Y, a diferencia de lo que ocurre en el Reino de España, donde no es frecuente, en otros países sí es perfectamente normal que los jueces consideren y esgriman, para motivar sus decisiones, argumentos procedentes del AED¹⁴.

3. *Análisis fundamental y análisis aplicado*

Interesa poner de relieve que es posible analizar económicamente el Derecho, en el plano puramente teórico, de varias maneras, adoptando diferentes registros, en función de diversas circunstancias, tales como el propósito del análisis, el público al que uno pretende dirigirse y las herramientas empleadas a estos efectos. Cabría distinguir así dos grandes géneros: el análisis fundamental y el análisis aplicado¹⁵.

El primero está dirigido principalmente a una amplísima comunidad internacional, integrada mayoritariamente por académicos con estudios avanzados en economía. Los trabajos en curso de realización suelen exponerse en multitudinarios congresos internacionales, previa selección a través de un procedimiento abierto y competitivo¹⁶. Una vez finalizados, los trabajos se publican en revistas de impacto internacional, si consiguen superar largos y costosos procedimientos de evaluación externa por pares. La lengua de publicación es, por descontento, exclusivamente el inglés. Los artículos tratan normalmente problemas no específicos de un determinado ordenamiento jurídico, sino generales, abstractos. Hay, ciertamente, trabajos de tipo empírico, inevitablemente referidos a uno o varios sistemas normativos concretos, pero estas referencias se hacen a título ilustrativo. La intención es casi siempre analizar cuestiones de relevancia global, que puedan interesar en cualquier parte del mundo. Los contenidos son cada vez

¹³ *Vid.*, a título ilustrativo, Francisco MARCOS (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, págs. 333-365; Juli PONCE SOLÉ (2009), «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 201-243.

¹⁴ El ejemplo paradigmático es el de los jueces Richard POSNER y Frank EASTERBROOK, dos profesores universitarios pioneros del AED que se han convertido en las dos máximas «superestrellas» de la jurisprudencia estadounidense, a pesar de no ejercer sus funciones en el Tribunal Supremo. *Vid.* Mitu GULATI y Verónica SANCHEZ (2002), «Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks», *Iowa Law Review*, 87, págs. 1141 y ss.

¹⁵ En sentido similar, *vid.* Carole M. BILLIET (2011), «Formats for Law and Economics in Legal Scholarship: Views and Wishes from Europe», *University of Illinois Law Review*, págs. 1485 y ss.

¹⁶ *Vid.* Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Miguel PUCHADES NAVARRO (2012), «Nuestros juristas y sus congresos», *InDret*, 4/2012.

más técnicos y sofisticados. El número de artículos nuevos que se expresan exclusivamente en un lenguaje puramente natural, que no contienen modelos matemáticos ni estudios empíricos cuantitativos, ha ido paulatinamente menguando hasta llegar a niveles ínfimos¹⁷. Ni que decir tiene que en estas revistas no hay ni rastro de crónicas legislativas, comentarios jurisprudenciales y formatos similares.

El *análisis aplicado* se dirige principalmente a un público nacional, integrado por académicos, pero también por profesionales (abogados, jueces, consultores, funcionarios, etc.). Los autores no suelen poseer estudios superiores en economía, sino «tan sólo» en Derecho; son normalmente profesores, aunque también pueden encontrarse profesionales prácticos. Es más, muchos de ellos responden al modelo del «profesor-abogado»: el jurista que compagina la docencia y, en su caso, la investigación del Derecho con el ejercicio práctico del mismo, normalmente en el sector privado.

Muchas de las cuestiones tratadas, en consecuencia, suelen ser específicas del correspondiente ordenamiento jurídico nacional y tener una relevancia práctica inmediata. Los estudios se escriben casi siempre en alguna de las lenguas nacionales y se publican en revistas y libros cuya difusión es básicamente estatal, lo que los hace internacionalmente «invisibles». Si bien a veces han sido previamente presentados en congresos científicos, por lo general de ámbito local, no siempre ocurre así. En cualquier caso, y dado que han sido pensados para una audiencia carente por lo común de conocimientos matemáticos y con el fin de influir en la práctica de la comunidad jurídica, los contenidos no son demasiado técnicos. Se toman argumentos y teorías procedentes del análisis económico fundamental y, convenientemente despojados de su aparato matemático, tamizados y traducidos a un lenguaje accesible para sus destinatarios, se divulgan o se aplican a la resolución de problemas concretos que preocupan a dicha comunidad.

Mi opinión es que ambos tipos de análisis son útiles y necesarios.

IV. HERRAMIENTAS AVANZADAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Se puede analizar económicamente el Derecho de muchas maneras válidas. Una variante típica consiste en aprovechar los resultados de trabajos en los que se describen las consecuencias que pueden tener ciertas normas jurídicas, aplicándolos para resolver un problema concreto re-

¹⁷ Vid. Tom GINSBURG y Thomas J. MILES (2011), «Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law», *University of Illinois Law Review*, págs. 1813 y ss.

levante de mayor o menor actualidad, y usando un lenguaje natural, sin «numeritos» ni «formulitas». Este modo de hacer no plantea demasiadas dificultades. Más problemática parece la utilización directa de dos herramientas metodológicas cuyo manejo no suele enseñarse ni aprenderse en las Facultades de Derecho, al menos en las europeas.

1. Matemáticas

El AED —principalmente el de tipo fundamental— ha experimentado un creciente proceso de matematización, parecido al que ha afectado a la economía en general¹⁸. Cada vez son más los artículos que, para explicar, comprender y predecir las conductas jurídicamente relevantes objeto de estudio, formulan modelos teóricos expresados en el lenguaje de las matemáticas, modelos que son cada vez más sofisticados y complicados.

Se ha estimado que este proceso es consecuencia de la madurez del AED. En sus orígenes no se apreciaba la necesidad de formalización, pues las primeras aplicaciones al Derecho de ideas económicas generales, formuladas en un lenguaje puramente natural (pensemos, por ejemplo, en los pioneros trabajos de COASE, CALABRESI y POSNER), ya supusieron un avance muy sustancial. Pero cuando esas primeras contribuciones comenzaron a ser revisadas y cuestionadas, se consideró necesario especificar con mayor rigor las condiciones de validez de las teorías, las premisas a partir de las cuales se deducían o no ciertos resultados, recurriéndose para ello al lenguaje matemático¹⁹.

A) Ventajas

La utilización de las matemáticas tiene importantes ventajas. Básicamente, dota a los modelos que con ellas se elaboran de claridad, rigor, exactitud, coherencia, generalidad, concisión, simplicidad y fecundidad²⁰.

Las matemáticas permiten, en efecto, *representar teorías* con gran claridad, exactitud y generalidad. Mediante símbolos abstractos que ex-

¹⁸ Sobre esto último, *vid.* Roy E. WEINTRAUB (2002), *How Economics Became a Mathematical Science*, Duke University Press, Durham.

¹⁹ *Vid.* GINSBURG y MILES (2011, pág. 1816).

²⁰ *Vid.* Gerard DEBREU (1986), «Mathematical Form and Economic Content», *Econometrica*, 54: 6, págs. 1259-1270; Stephan HARTMANN y Jan SPRENGER (2011), «Mathematics and Statistics in the Social Sciences», en Jesús ZAMORA BONILLA *et al.* (eds.), *The SAGE Handbook of the Philosophy of Social Sciences*, Sage, London, págs. 594-612.

presan cantidades, probabilidades, cambios, etc., se identifican y definen con precisión los elementos principales de un problema jurídico típico, es decir, de diversas situaciones reales que presentan ciertas similitudes y que plantean sustancialmente la misma o parecidas cuestiones, omitiéndose sus rasgos accidentales, no esenciales para su comprensión y resolución. Mediante tales símbolos se establecen también con igual precisión cuáles son las relaciones existentes entre dichas variables. De esa manera se formula la estructura del problema de manera transparente, concisa, rigurosa y general. Se definen exactamente las premisas del modelo teórico y, por lo tanto, también sus condiciones de validez.

Ello puede ayudar a *mejorar la comprensión* del correspondiente problema, así como a revelar las analogías estructurales que el mismo presenta con otros. O suscitar nuevas cuestiones.

Las matemáticas permiten, en tercer lugar, *explorar las consecuencias de una teoría*. Una vez se ha formulado con exactitud un modelo teórico, se puede poner en marcha la «maquinaria de las matemáticas» para extraer del mismo, de manera más o menos automática, consecuencias lógicas, inferencias necesarias, que pueden ser de dos tipos: predicciones —afirmaciones referidas a un hecho incierto que está por suceder— o retrodicciones —afirmaciones referidas a un suceso pasado—.

Las matemáticas hacen posible *testar las teorías* formuladas. Las consecuencias exactas que cabe esperar a partir de un modelo teórico pueden ser luego contrastadas con la realidad. La utilización de conceptos métricos permite hacer mediciones precisas a estos efectos. La teoría quedará corroborada, o cuando menos fortalecida, si las predicciones o retrodicciones que se derivan lógicamente de la misma se ajustan exactamente a los datos empíricos existentes; y falsada o debilitada en caso contrario.

B) *Objeciones*

Una de las objeciones comúnmente dirigidas contra la utilización de modelos matemáticos en las ciencias sociales en general y en el análisis económico en particular es la de su *excesiva simplificación*. Se estima que dichos modelos describen no pocas veces la realidad de manera excesivamente magra, haciendo abstracción de muchos de sus ingredientes, que pueden ser relevantes para la resolución cabal de los problemas planteados. O parten de *premisas escasamente realistas*. Los fenómenos sociales son demasiado complejos como para ser aprehendidos satisfactoriamente mediante fórmulas matemáticas.

Sin embargo, debe señalarse que cualquier teoría, matematizada o no, implica una simplificación de la realidad, una abstracción, un simulacro. Para comprender la realidad no hay más remedio que concentrarse en algunos de sus elementos o aspectos. Los modelos económicos formalizados matemáticamente seleccionan un número relativamente reducido de ellos, los considerados más importantes para explicar, entender o predecir los comportamientos correspondientes.

El que esa «estilización» —como a veces la llaman eufemísticamente los economistas— sea excesiva o no depende de la finalidad y del rendimiento del modelo. Algunos (v.gr., los llamados «modelos-juguete», *toy models*) no pretenden explicar globalmente la realidad a la que se refieren, sino sencillamente iluminar el funcionamiento de alguna de sus piezas, facilitar la comprensión de un pequeño fragmento del mundo real.

Si, en cambio, con un modelo se busca realizar predicciones fiables, poco importará que sus premisas sean poco realistas si las predicciones que del mismo se derivan se ven confirmadas luego por los hechos. Un modelo puede ser útil si permite explicar y anticipar ciertos comportamientos, no necesariamente todos. La circunstancia de que resulte refutado en algunos casos no le quita enteramente su utilidad. Es más, aunque pueda sonar paradójico, una teoría es tanto más significativa cuanto menos realistas son sus premisas. En palabras de FRIEDMAN: «Una hipótesis es importante si explica mucho con poco, es decir, si abstrae los elementos comunes y cruciales de la masa de complejas circunstancias que rodean el fenómeno que ha de ser explicado y permite hacer predicciones válidas sólo sobre la base de aquéllos»²¹; «la pregunta relevante que hay que hacerse sobre los “supuestos” de una teoría no es la de si éstos son descriptivamente “realistas”, pues nunca lo son, sino si constituyen aproximaciones suficientemente buenas para el fin de que se trate. Y esta pregunta sólo puede responderse observando si la teoría funciona, o sea, si produce predicciones suficientemente exactas»²².

Téngase en cuenta, además, que la ciencia es una empresa colectiva que avanza gradualmente, paso a paso, por ensayo y error, mediante conjeturas y refutaciones²³. Un modelo simple puede constituir en este lento e interminable proceso un punto no de llegada, pero sí de partida, o un importante avance, que después habrá de ser criticado, con-

²¹ Milton FRIEDMAN (1953), *Essays on Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, pág. 14.

²² *Ibidem*, pág. 15.

²³ *Vid.* Karl POPPER (1962), *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Basic Books, New York.

frontado con los datos empíricos disponibles, revisado, modificado, desarrollado y, en su caso, sustituido sucesivamente por otros que expliquen cada vez mejor la realidad.

Una seria crítica dirigida a la —vamos a suponer— excesiva sofisticación matemática de la economía y, por extensión, del AED es que puede provocar su distanciamiento respecto de la realidad y la práctica jurídicas.

En efecto, existe el peligro, en primer lugar, de que los modelos teóricos formalizados matemáticamente sean intrínsecamente inválidos. El creciente grado de complejidad y sofisticación de tales modelos está provocando que la especialización de sus autores sea cada vez mayor. Ello hace que quienes tienen la formación matemática adecuada para elaborarlos carezcan muchas veces de un conocimiento lo suficientemente fino del sistema jurídico que intentan teorizar. Es posible, por ello, que no detecten los problemas más importantes que la realidad jurídica plantea, que vean problemas donde en verdad no los hay, que descubran mediterráneos o que incurran en errores y malinterpretaciones de bulto.

Se corre, asimismo, el riesgo de que las teorías del AED, aun las válidas y útiles, pasen inadvertidas y no tengan relevancia alguna en la práctica. La matematización puede dificultar o incluso impedir la comunicación con otros juristas teóricos y con los profesionales —abogados, magistrados, funcionarios, legisladores, etc.— a los que corresponde aplicar en la realidad el Derecho o incluso crearlo²⁴. En muchos países, y desde luego en el Reino de España, los juristas suelen ser «de letras», gente aquejada de una severa alergia a las matemáticas, que ni posee la formación necesaria para comprender semejantes modelos ni está dispuesta a adquirirla.

Dos elementos pueden contribuir a mitigar estos riesgos. El primero es la *colaboración* entre juristas y economistas, colaboración que admite diversas manifestaciones, tales como la organización de congresos, la edición de libros colectivos, la integración de equipos de investigación, etc. Aunque la más intensa y fructífera de todas ellas es, seguramente, la elaboración conjunta de trabajos de investigación. No es en absoluto casual que el incremento de estudios técnicos (formaliza-

²⁴ En sentido similar, *vid.* Alan SCHWARTZ (2011), «Two Culture Problems in Law and Economics», *University of Illinois Law Review*, págs. 1531-1549, quien estima que en el profesorado de las Facultades de Derecho americanas hay dos grandes brechas comunicativas: por un lado, entre los especialistas en AED provistos de una formación «técnica» avanzada (v.gr., doctorado en economía o matemáticas) y el resto, carente de ella; por otro lado, dentro de este último grupo, los que utilizan los instrumentos analíticos de la economía y los que no los emplean, porque no quieren o porque los desconocen. El autor considera que esta última brecha es más difícil de salvar que la anterior.

dos matemáticamente, empíricos o las dos cosas) de AED publicados en la última década haya venido de la mano de un notable aumento de los trabajos coescritos por varios autores —normalmente dos—²⁵, aunque todavía no hemos llegado al grado de coautoría que se observa en las ciencias naturales, donde, por ejemplo, es común que firmen un estudio experimental todos los miembros del laboratorio en el cual se desarrolló el mismo. La coautoría tiende a mejorar la calidad de los trabajos²⁶, como consecuencia de que normalmente los saberes de los coautores son complementarios, el conocimiento científico es cada vez más complejo y especializado y «varios ojos motivados ven más que sólo dos». La coautoría acrecienta también la difusión de los resultados de los trabajos y la capacidad de los implicados para realizar investigaciones futuras. Además, permite a éstos diversificar los riesgos que entraña la actividad investigadora (repartir sus «huevos científicos» en varios cestos). Es razonable pensar que estos réditos derivados de la coautoría son muchas veces superiores a los costes (de búsqueda del coautor adecuado, de comunicación, de coordinación, de prevención del «gorroneo», etc.) que la misma implica²⁷.

En segundo lugar, debe resaltarse el papel crucial que juegan los individuos que hacen de «traductores», «intermediarios» o «conectores» entre la comunidad internacional, dedicada al análisis económico fundamental, y la comunidad local que aplica o que eventualmente podría aplicar en su actividad investigadora, docente o práctica los instrumentos del AED. La existencia de un grupo nutrido y activo de conectores, con al menos medio pie en cada uno de los dos mundos, multiplica las mentadas posibilidades de colaboración, comunicación, diálogo y conocimiento recíproco por parte de ambos²⁸.

2. *Métodos empíricos*

A) *Concepto y tipos*

Por método empírico podemos entender, en sentido amplio, cualquier modo de obtener datos o información acerca del mundo real mediante la experiencia, a través de la percepción sensorial de los hechos.

²⁵ Vid. GINSBURG y MILES (2011, págs. 1785 y ss.).

²⁶ Hay evidencias empíricas que así lo indican. Vid. GINSBURG y MILES (2011, pág. 1810).

²⁷ Sobre las ventajas y desventajas de la coautoría, vid. GINSBURG y MILES (2011, págs. 1789 y ss.).

²⁸ Sobre el papel fundamental que en la difusión de los fenómenos sociales «virales» juegan los «conectores», vid. Malcolm GLADWELL (2000), *The Tipping Point*, Little, Brown and Company, New York, esp. págs. 30 y ss.

En este sentido, los métodos empíricos de investigación del Derecho comprenderían cualquier procedimiento a través del cual podemos adquirir conocimientos basados en la experiencia acerca de las reacciones que el Derecho provoca en las conductas y el bienestar de las personas²⁹. En un sentido más estrecho, a veces se habla de investigación empírica del Derecho únicamente cuando la información obtenida mediante la experiencia se cuantifica o se analiza mediante técnicas estadísticas o cuantitativas³⁰.

Existen básicamente dos tipos de métodos empíricos: la *observación* y la *experimentación*. El primero consiste en examinar y analizar la realidad sin alterarla; el segundo, en provocar deliberada y controladamente un cambio en ella, al objeto de observar e interpretar su resultado con una finalidad cognoscitiva³¹. Ambos tienen sus ventajas y desventajas.

Los experimentos tienen la ventaja de que si las condiciones del grupo experimental —aquel en el que se realiza el cambio— y el grupo de control —aquel en el que no se realiza— son efectivamente idénticas, salvo en lo que se refiere a dicho cambio, se puede inferir que las diferencias resultantes han sido causadas por el mismo. El problema es que, de ordinario, resulta sumamente difícil y costoso hacer experimentos perfectamente controlados —en los que existe dicha identidad de condiciones— con auténticas regulaciones jurídicas³². Cabe experimentar, ciertamente, con reglas jurídicas simuladas, en un «laboratorio», pero el problema, entonces, es que las artificiales condiciones del laboratorio pueden no reflejar adecuadamente las circunstancias del mundo real, lo que mina la validez de los resultados del experimento.

Los estudios observacionales pueden ser longitudinales o transversales. Los primeros analizan y comparan resultados a lo largo del tiempo. Por ejemplo, tratan de averiguar cuáles han sido los efectos de una reforma legislativa, contrastando la situación anterior a su entrada en vigor con la posterior. Los segundos se refieren a hechos realizados más o menos simultáneamente, si bien en distintos ámbitos espaciales. Por

²⁹ En términos similares, *vid.* Lee EPSTEIN y Gary KING (2002), «The Rules of Inference», *University of Chicago Law Review*, 69, págs. 2 y 3; Carl E. SCHNEIDER y Lee E. TEITELBAUM (2006), «Life's Golden Tree: Empirical Scholarship and American Law», *Utah Law Review*, pág. 61.

³⁰ Cfr. William M. LANDES (2003), «The Empirical Side of Law and Economics», *University of Chicago Law Review*, 70, pág. 176.

³¹ *Vid.* Mario BUNGE (1985), *La investigación científica*, trad. Manuel Sacristán, Ariel, Barcelona, págs. 717 y ss.

³² Sobre las regulaciones experimentales, *vid.* Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2004), «Los experimentos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 164, págs. 145-187; ídem (2005), «Descentralización administrativa y experimentalismo democrático», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 52-53, págs. 43-67; Sofía RANCHORDÁS (2013), «The Whys and Woes of Experimental Legislation», *Theory and Practice of Legislation*, 1: 3, págs. 415-440.

ejemplo, se estudia cuál ha sido el impacto de cierta regulación, comparando la realidad de algunos países que la establecieron con la de otros donde regía otra norma durante el mismo periodo de tiempo. En cualquiera de los dos casos, la ventaja de la observación es que se estudia el mundo real. La pega es que éste es muy complejo. Uno nunca puede estar completamente seguro de que los hechos observados hayan sido causados por una circunstancia u otra. Siempre existe la posibilidad, por ejemplo, de que lo que parece un cambio en la conducta de la gente provocado por la promulgación de una nueva ley obedezca en realidad a otro factor concurrente que no se ha tenido en cuenta.

Sea como fuere, lo cierto es que los economistas vienen utilizando masivamente todos estos métodos para confeccionar, contrastar, corroborar, refinar, modificar y descartar sus hipótesis teóricas, así como para efectuar predicciones y proponer eventualmente la adopción de determinados cursos de acción. Y todos ellos pueden ser aplicados igualmente al análisis del Derecho. De hecho, lo están siendo cada vez en mayor grado, al menos en algunos países³³.

B) *Su creciente importancia*

Peter SCHUCK publicaba en 1989 un artículo en cuyo título se preguntaba «por qué los profesores de Derecho no hacen más investigación empírica»³⁴. Tanto él como otros autores³⁵ apuntaban varias razones: 1.^a) Los estudios empíricos constituyen un «trabajo duro», requieren mucho más tiempo, esfuerzo e incluso recursos materiales que los típicos estudios teóricos y especulativos usualmente engendrados, con una pasmosa facilidad, por los profesores de Derecho, a los cuales, en consecuencia, les sale varias veces más rentable —en términos de visibilidad de los resultados de su trabajo— seguir haciendo lo que siempre han hecho. 2.^a) Los juristas carecen por lo general de los conocimientos —v.gr., estadísticos— que normalmente se necesitan para llevar a cabo dichas investigaciones con el rigor deseable, y el coste que encierra «reciclarse» y adquirirlos una vez se ha alcanzado una cierta edad suele ser

³³ Vid., a título ilustrativo, Peter CANE y Herbert KRITZER (eds.) (2010), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford; Jennifer ARLEN y Eric TALLEY (eds.) (2008), *Experimental Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham. Se ha publicado incluso un excelente manual universitario dirigido principalmente a estudiantes de Derecho sin formación empírica previa: Robert M. LAWLESS, Jennifer K. ROBBENOLT y Thomas ULEN (2010), *Empirical Methods in Law*, Aspen, New York.

³⁴ Peter H. SCHUCK (1989), «Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?», *Journal of Legal Education*, 39, págs. 323-336.

³⁵ Vid., entre otros, Michael HEISE (1999), «The Importance of Being Empirical», *Pep- perdine Law Review*, 26, págs. 815 y ss.; LANDES (2003, págs. 167 y ss.).

demasiado elevado; esta carencia podría suplirse mediante la colaboración con científicos procedentes de otras disciplinas, pero tal posibilidad choca con el recelo que aún hoy suscita la coautoría en el ámbito jurídico. 3.^a) La probabilidad de que se demuestre que uno está equivocado —de quedar «en evidencia»— es mayor cuando se realizan investigaciones de índole empírica que en otro caso, porque cualquiera puede repetir las y falsarlas; porque están más expuestas a la crítica y a la refutación que los análisis en los que la información empírica —no digamos ya cuantitativa o estadística— brilla por su ausencia, por lo que resultan más arriesgadas para sus autores. 4.^a) También aquí el riesgo es más elevado por otra razón: antes de comenzar un estudio empírico no puede saberse si el mismo ofrecerá resultados interesantes; la incertidumbre existente al respecto es mayor que en el campo de la especulación teórica, y sólo puede ser despejada cuando ya se ha invertido una considerable cantidad de esfuerzo.

Las cosas, sin embargo, han cambiado sustancialmente desde entonces, cuando menos en el mundo de la academia anglosajona y, especialmente, estadounidense. En las dos últimas décadas ha aumentado muy significativamente el número de trabajos empíricos, tendencia que todavía se mantiene. Han aparecido diversas revistas especializadas, bitácoras, tratados, comunidades científicas que celebran periódicamente multitudinarios congresos, etc. Todo ello dedicado específica y exclusivamente al análisis empírico de cuestiones legales, cualesquiera que éstas sean³⁶.

Se han ofrecido varias razones explicativas de este fenómeno: 1.^a) El mismo sería igualmente una señal de madurez científica del AED³⁷, al tiempo que la consecuencia natural del rumbo tomado por la ciencia económica en general, donde los estudios empíricos han cobrado una

³⁶ *Vid.*, entre otros, Michael HEISE (2002), «The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism», *University of Illinois Law Review*, 4, págs. 819 y ss.; Elizabeth WARREN (2002), «The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law», *Wisconsin Law Review*, págs. 1-42; Thomas S. ULEN (2004), «The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship», *Chicago-Kent Law Review*, 79, págs. 403 y ss.; Elisabeth CHAMBLISS (2008), «When Do Facts Persuade? Some Thoughts On The Market For “Empirical Legal Studies”», *Law and Contemporary Problems*, 71, págs. 17-39; Victoria NOURSE y Gregory SHAFFER (2009), «Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?», *Cornell Law Review*, 95, págs. 61-137; Mark C. SUCHMAN y Elizabeth MERTZ (2010), «Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, págs. 555-579; Michael HEISE (2011), «An Empirical Analysis of Empirical Scholarship Production, 1990-2009», *University of Illinois Law Review*, págs. 1739-1752; Theodore EISENBERG (2011), «The Origins, Nature and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns», *University of Illinois Law Review*, págs. 1713-1738.

³⁷ Robert COOTER (2011), «Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics», *University of Illinois Law Review*, págs. 1475-1483.

sobresaliente relevancia³⁸. 2.^a) El espectacular progreso de las tecnologías informáticas ha reducido exponencialmente los costes del tratamiento de datos requeridos para efectuar investigaciones de este tipo³⁹. 3.^a) La demanda de estudios de este tipo ha aumentado, lo que ha sido propiciado por un cambio de actitud de la comunidad científica frente a los mismos, que ha dejado de percibirlos como trabajos intelectuales de segunda clase. 4.^a) Se ha incrementado el número de profesores de Derecho que han cursado estudios avanzados en diversas ciencias sociales —economía, sociología, politología, psicología, etc.— y que dominan tales métodos⁴⁰.

C) *Utilidad*

Los métodos empíricos permiten obtener información acerca de los efectos que las decisiones jurídicas —leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, contratos, etc.— producen *realmente* sobre la conducta y el bienestar de los individuos, así como sobre la influencia que la realidad social puede ejercer en aquellas decisiones. El conocimiento de esos efectos y de dicha influencia tiene, evidentemente, una importancia crucial para comprender mejor el funcionamiento real del sistema jurídico. Esta información podrá ser más o menos imperfecta, fragmentaria, limitada, pero no deja por ello de ser valiosa, sobre todo si somos conscientes de su precariedad, de sus incertezas, de la necesidad de revisarla críticamente y mejorarla. Algo es preferible a nada. Obviamente, cuanto más rigurosos sean los métodos empíricos empleados para obtenerla, más fiable y valiosa será la misma.

Esta información puede ser útil para todos los actores que de una manera u otra han de trabajar con el Derecho: legisladores, funcionarios, autoridades, jueces, abogados, profesores, etc. Porque todos ellos, para desarrollar correctamente sus tareas, necesitan información acerca de las consecuencias esperables de las normas jurídicas que han de establecer, interpretar, aplicar o estudiar, o acerca del impacto que sobre ellas pueden tener determinadas circunstancias. Si, por ejemplo, el legislador pretende crear los incentivos adecuados para que los individuos se abstengan de realizar ciertas conductas consideradas perjudiciales para la comunidad y lleven a cabo otras socialmente valiosas, necesitará saber si una determinada norma ha pro-

³⁸ GINSBURG y MILES (2011, pág. 1816).

³⁹ James LINDGREN (2006), «Predicting the Future of Empirical Legal Studies», *Boston University Law Review*, 86, pág. 1453; GINSBURG y MILES (2011, pág. 1817).

⁴⁰ HEISE (2011, págs. 1739 y ss.).

ducido o puede producir, en el terreno de los hechos, los resultados apetecidos. Parece preferible basar la política legislativa en evidencias empíricas rigurosa y sistemáticamente obtenidas antes que en intuiciones o anécdotas.

A un abogado, por su parte, le puede interesar mucho saber cuál es el porcentaje de éxito de las demandas presentadas ante un determinado Tribunal en un cierto tipo de asuntos, o los sesgos que típicamente afectan a los miembros de un Jurado y que pueden distorsionar su valoración de las pruebas, etc.

Pudiera pensarse que el caso de los jueces es distinto: ellos deben limitarse a aplicar estrictamente el ordenamiento jurídico, sin sopesar ni verse condicionados por las consecuencias que se puedan seguir de sus decisiones⁴¹. Mi opinión es otra. No es ya sólo que podamos sospechar razonablemente que, *de facto*, sí suelen tener en cuenta esas consecuencias. Es que deben ponderarlas y decidir en función de las mismas.

A veces están incluso explícitamente obligados a ello. El artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por ejemplo, establece que:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Nótese que el órgano jurisdiccional competente debe atender tanto a las posibles consecuencias de la adopción de la medida cautelar (ap. 2) como a las de su denegación (ap. 1).

Por otro lado, también en casos en los que la ley guarda silencio al respecto los jueces deben efectuar una ponderación similar. La razón

⁴¹ Como advierten Raúl CALVO y Carlos VENIER (2003), «Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales», *Isonomía*, 19, págs. 155 y 156, «los argumentos consecuencialistas han tenido una suerte disímil. En algunos ámbitos, como por ejemplo el plano legislativo, el análisis de las consecuencias de la promulgación de ciertas normas ha ocupado un lugar importante. Por el contrario, en otros planos, por ejemplo las decisiones judiciales, el análisis de los argumentos consecuencialistas ha sido básicamente ignorado. Esto parece estar vinculado con la idea de que la función del juez se circunscribe a la aplicación de normas generales. Actividad que debe ser realizada con independencia de las consecuencias que dicha aplicación pueda producir sobre un caso particular».

es sencilla. Los jueces han de aplicar no sólo la ley, sino más bien el entero ordenamiento, en cuya cúspide se hallan varios principios jurídicos, a los que cabe considerar como mandatos de optimización, que ordenan realizar ciertos valores —libertad, igualdad, seguridad, salud, vida, etc.— en la mayor medida de lo jurídica y fácticamente posible. Al aplicar dichos principios, en consecuencia, deben ponderar las consecuencias, positivas y negativas, que para la realización de los correspondientes valores pueden seguirse efectivamente de cada una de sus alternativas de decisión⁴².

Más adelante volveremos sobre este punto, pero sirva ahora como ejemplo ilustrativo de argumentación judicial consecuencialista *praeter legem* la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 (caso *Mesa Nacional de HB*), en la que, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto penal, se tuvo muy en cuenta el «efecto desaliento» que el mismo producía sobre el lícito ejercicio de ciertos derechos fundamentales⁴³.

Finalmente, los estudios empíricos pueden tener también gran interés para el público en general, para una sociedad sedienta de información veraz y cabal concerniente a cuestiones jurídicas especialmente relevantes⁴⁴, respecto de las cuales, muchas veces, no se ha publicado estudio alguno, o sólo se han vertido opiniones faltas del debido rigor por sujetos cuya objetividad, imparcialidad o pericia es ciertamente cuestionable⁴⁵. La falta de estudios adecuados propicia que algunas partes interesadas cubran el hueco informativo resultante con documentos sesgados, si bien presentados como neutrales y científicos⁴⁶.

D) *Algunos aspectos problemáticos*

El mero hecho de que se utilicen estos métodos para analizar el Derecho no ha suscitado objeciones significativas. Lo que sí ha sido criticado por algunos autores es que a veces se publican en las revistas ju-

⁴² Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2009), «Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico», en Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, págs. 159-186.

⁴³ Vid. el comentario de Tomás DE DOMINGO PÉREZ (2003), «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, 122, págs. 141-166.

⁴⁴ Theodore EISENBERG (2004), «Why Do Empirical Legal Scholarship?», *San Diego Law Review*, 41, págs. 1741 y ss.

⁴⁵ CHAMBLISS (2008, págs. 17 y ss.).

⁴⁶ EISENBERG (2011, pág. 1736). Sobre algunos aspectos turbios del «mercado» de estudios jurídicos empíricos en los Estados Unidos, en el que ciertos *lobbies* son grandes «compradores», vid. Elizabeth WARREN (2002), «The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law», *Wisconsin Law Review*, págs. 1-42.

rídicas (estadounidenses) estudios empíricos faltos del debido rigor científico⁴⁷, lo que viene propiciado por el hecho de que la mayoría de esas revistas están editadas por estudiantes de Derecho, que por lo general carecen de la formación técnica necesaria para revisar dichos trabajos y asegurar que se ajustan a los estándares científicos normales en otras disciplinas. La calidad media de los estudios empíricos en Derecho estaría por debajo de la que puede encontrarse en otros ámbitos⁴⁸.

Por lo demás, la aplicación de métodos empíricos al análisis del Derecho plantea un problema muy parecido a la de las matemáticas: agranda la brecha comunicativa que separa a quienes los dominan y utilizan respecto de los juristas prácticos, o incluso de los «intermediarios» que conocen, manejan y difunden las ideas procedentes del AED⁴⁹. Las reflexiones que se expusieron antes sobre el particular, en especial las relativas al papel que puede jugar la colaboración interdisciplinar, valen sustancialmente aquí.

V. UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Hasta los más cáusticos críticos del AED reconocen que éste puede tener alguna utilidad. Hay conceptos, ideas y argumentos básicos procedentes de la teoría económica —externalidades, costes de transacción, información asimétrica, dilema del prisionero, coste de oportunidad, etc.— que suenan constantemente en el debate público general y que cualquier jurista competente debería incorporar a su «caja de herramientas», listos para utilizar cuando se tercie⁵⁰, aunque sólo sea para comprender una buena y creciente parte del discurso público.

En mi opinión, y por las razones que se han venido exponiendo, el AED es muy útil si lo que se pretende es:

— Conocer, explicar y predecir cómo interacciona el sistema jurídico con la realidad, esto es, cuál es o puede ser el impacto del Derecho sobre dicha realidad y, viceversa, cómo influye ésta sobre aquél. El AED ayuda a saber, mejor o peor, cómo reaccionará la gente frente a las normas jurídicas, qué consecuencias tendrá esa reacción para el bienestar social y cómo pueden afectar diversas circunstancias sociales al contenido de esas normas.

⁴⁷ EPSTEIN y KING (2002).

⁴⁸ En contra de esta opinión, EISENBERG (2011, págs. 1721 y ss. y 1730).

⁴⁹ En sentido similar, HEISE (2011, pág. 1751).

⁵⁰ Vid. Don HERZOG (2000), «Externalities and Other Parasites», *University of Chicago Law Review*, 67, págs. 895-923.

— Evaluar si una solución jurídica constituye los incentivos adecuados para que la gente se comporte de manera que se maximice, realmente, la satisfacción de ciertos fines —v.gr., de los fijados en la Constitución—. Al valorar las distintas posibilidades de decisión, precisar cuál es la que produce los resultados óptimos apetecidos y contrastarla con la prescrita por el Derecho vigente, pueden ocurrir dos cosas: que las dos coincidan o que difieran.

Lo primero sucede frecuentemente. Puede comprobarse que muchas de las reglas dictadas por el legislador o decantadas por la jurisprudencia obedecen a una cierta racionalidad económica, a veces sorprendente⁵¹. El AED ofrece entonces una justificación para tales reglas. Es más, desde el AED se han elaborado teorías dirigidas a explicar por qué las normas jurídicas, bajo determinadas condiciones, tienden a ser económicamente eficientes (o ineficientes).

Richard POSNER fue el primero en deslizar la hipótesis de que el *common law* (es decir, el Derecho de origen judicial) tiende hacia la eficiencia. La explicación que del fenómeno da este autor —los jueces muestran una cierta preferencia por la eficiencia— no es, sin embargo, muy convincente⁵².

Otros autores han propuesto explicaciones alternativas. Algunas de ellas se basan en el mecanismo de la litigación selectiva. Lo que hace evolucionar el *common law* hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual deciden en qué casos litigan y en cuáles evitan el pleito. Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que éstos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas⁵³. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de las mismas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatirlos⁵⁴. Las reglas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las efi-

⁵¹ Vid., por poner un ejemplo, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2012), «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *Indret*, 1/2012.

⁵² Vid. Richard A. POSNER (1992), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston, § 19.2, págs. 523 y 524.

⁵³ Paul H. RUBIN (1977), «Why is the Common Law Efficient?», *Journal of Legal Studies*, 6: 1, págs. 51-63; George L. PRIEST (1977), «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», *Journal of Legal Studies*, 6: 1, págs. 65-82; R. Peter TERREBONNE (1981), «A Strictly Evolutionary Model of Common Law», *Journal of Legal Studies*, 10, págs. 397-407; Thomas J. MICELI (2009), «Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent», *Journal of Legal Studies*, 38: 1, págs. 157-168.

⁵⁴ John C. GOODMAN (1978), «An Economic Theory of the Evolution of the Common Law», *Journal of Legal Studies*, 7: 2, págs. 393-406.

cientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo⁵⁵.

Algún autor ha formulado una explicación complementaria, basada en las siguientes circunstancias institucionales existentes en la época de formación del *common law*⁵⁶: 1.^a) La posibilidad, no sujeta a condiciones demasiado estrictas, de que los tribunales modificasen sus precedentes hacía que a los justiciables no les resultase muy rentable invertir demasiados recursos en tratar de que aquéllos sentasen precedentes ineficientes, sesgados hacia sus posiciones, habida cuenta de la escasa fuerza jurídica de los mismos. 2.^a) El hecho de que los justiciables pudieran elegir el fuero y de que una parte sustancial de las retribuciones judiciales proviniera de los aranceles pagados por aquéllos constituía un estímulo para que los jueces se esforzaran en aplicar y desarrollar reglas que satisficieran los intereses de todos sus «clientes». 3.^a) El que la mayoría de las normas de *common law* fueran de índole dispositiva suponía que si las mismas no regulaban óptimamente las relaciones trabadas entre dos o más individuos, éstos podían sortearlas de común acuerdo sustituyéndolas por reglas contractuales más ajustadas a sus necesidades.

Es igualmente razonable pensar que varios factores pueden favorecer que algunas *normas de origen legislativo* evolucionen hacia la eficiencia. Se ha sostenido, por ejemplo, que la «competencia entre sistemas legales nacionales» puede propiciar que las soluciones que los mismos dan a determinados problemas tiendan a converger. Las personas muestran una cierta querencia a establecerse en aquellos países, a elegir aquellos sistemas legales, que mejor atienden sus intereses. Ello determinará que los Estados, en la medida en que pretendan atraer a cuantos más «clientes» mejor, traten de ofertar disposiciones que satisfagan óptimamente las necesidades de éstos, lo que determinará que las reglas jurídicas económicamente ineficientes tiendan a desaparecer⁵⁷.

En otras circunstancias, por el contrario, lo que cabe esperar es que las normas jurídicas tengan un contenido *ineficiente*, sesgado a favor de ciertas posiciones⁵⁸. Así puede ocurrir típicamente cuando una

⁵⁵ Vid. Robert COOTER y Lewis KORNHAUSER (1980), «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», *Journal of Legal Studies*, 9: 1, págs. 139-163.

⁵⁶ Vid. Todd J. ZYWICKI (2003), «The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis», *Northwestern University Law Review*, 97: 4, págs. 1551-1633.

⁵⁷ Vid. Anthony OGUS (1999), «Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 48: 2, págs. 405 y ss.

⁵⁸ Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2013), «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva», *InDret*, 1/2013.

norma regula intereses contrapuestos de dos grupos de personas. El primero, integrado por un número reducido de ellas, cada una de las cuales tiene por tal razón importantes incentivos para organizarse y presionar a la autoridad competente a fin de que ésta adopte decisiones que le sean propicias. El segundo, constituido por un número mucho más elevado de individuos, a cada uno de los cuales le cuesta más y le sale menos rentable formar un *lobby* con dicho fin⁵⁹.

Pero también ocurre a veces que existe una divergencia, más o menos acusada, entre la solución vigente y la que respalda el AED. Este último puede cumplir entonces una función crítica, *de lege ferenda*⁶⁰, al señalar por qué dicha solución no es la que mejor realiza ciertos principios jurídicos e indicar una alternativa preferible desde este punto de vista.

— Finalmente, interesa resaltar que, en contra de lo que a veces se piensa, el AED puede y —nos atrevemos a decir— eventualmente debe ser empleado para resolver problemas *de lege lata*, para aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico vigente y precisar cuál es la solución que el mismo prescribe para un caso concreto. Ya hemos visto por qué. En primer lugar, porque hay disposiciones normativas que ordenan explícitamente que se adopte una decisión jurídica con base en un análisis económico de las consecuencias que la misma puede tener. En segundo lugar, porque, aunque no exista semejante previsión expresa, aplicar el ordenamiento jurídico vigente implica siempre ponderar los principios que le sirven de fundamento. Y, para efectuar esa ponderación, hay que llevar a cabo un análisis de los costes y beneficios, de las consecuencias negativas y positivas que para la realización de esos principios puede suponer cada una de las interpretaciones o soluciones consideradas⁶¹.

En efecto, si concebimos los principios jurídicos como mandatos de optimización, que ordenan la realización de un valor en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes⁶², el alcance que en cada caso tengan los mismos habrá

⁵⁹ *Vid.*, por todos, STIGLER (1971).

⁶⁰ Como advierte Pedro MERCADO PACHECO (2013), «Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pág. 94, «la aportación del AED [es] de crucial importancia en lo que hace referencia a las cuestiones de política legislativa y en la creación y evaluación normativas».

⁶¹ *Vid.*, por todos, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid; Luis ARROYO JIMÉNEZ (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2/2009; Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coords.) (2009), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons.

⁶² *Vid.*, por todos, Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994, págs. 75 y 76; Gloria Patricia LOPERA MESA (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, págs. 211-246.

de ser precisado mediante la máxima de la proporcionalidad, que normalmente requiere efectuar una ponderación: «el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquél»⁶³; una decisión desproporcionada es, por definición, una decisión no óptima, y viceversa. De acuerdo con la formulación canónica de esta máxima, sólo cabe restringir o limitar el alcance *prima facie* de un principio jurídico cuando ello resulte: *útil* para satisfacer un fin legítimo; *necesario*, de modo que de entre todas las alternativas útiles para lograr ese objetivo se escoja la menos restrictiva; y *ponderado* —o no excesivo— por superar los beneficios de la restricción a sus costes⁶⁴. Y es claro que una limitación inútil, que menoscaba un principio jurídico sin reportar beneficio legítimo alguno, no resulta óptima, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses en juego: omitir la limitación considerada. Una restricción innecesaria tampoco es óptima, pues entonces hay otras alternativas que permiten alcanzar el mismo objetivo con un coste menor. Y va de suyo que una restricción excesiva —cuyas desventajas superan a sus ventajas— tampoco alcanza el óptimo, pues siempre resulta más beneficioso abstenerse de llevarla a cabo.

Puede afirmarse, por lo tanto, que aplicar principios jurídicos es sinónimo de tomar una decisión que no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, una decisión que maximice su satisfacción global. A estos efectos habrá que tratar de averiguar en qué medida se realizará cada uno de los principios aplicables según la alternativa que se siga, y escoger aquella que maximice dicha realización. Es decir, habrá que analizar los costes y beneficios que para los principios considerados se derivan de las posibles decisiones, y adoptar la que presente un mejor balance.

Nótese que este método no difiere sustancialmente del propio de la economía. La jerga y los instrumentos han sido tradicionalmente algo distintos, pero la esencia es la misma. Si aquélla es la ciencia que estudia cómo adoptar decisiones racionales en un mundo de recursos escasos, a fin de sacarles el mayor partido, a fin de maximizar su utilidad, a fin de satisfacer de la mejor manera posible los fines de los hombres, también los problemas de aplicación de los principios jurídicos pueden considerarse problemas económicos, de escasez, donde resulta imposible atender ilimitada y simultáneamente las exigencias *prima facie* de cada uno de los principios aplicables, donde debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria o excesiva-

⁶³ ALEXY (1994, pág. 100).

⁶⁴ Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.*, por todos, CARLOS BERNAL PULIDO (2008), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.

mente su realización, una decisión que optimice la satisfacción del conjunto de ellos.

Y, si esto es así, cabe pensar que algo provechoso podremos aprender los juristas de los cultivadores de la ciencia lúgubre. No se trata sólo ni principalmente de emplear términos y conceptos económicos —coste, beneficio, precio, maximización, optimización, preferencia, curva de indiferencia, utilidad marginal decreciente, tasa marginal de sustitución, óptimo de Pareto, etc.⁶⁵— para plantear y resolver los problemas suscitados por la aplicación de los principios jurídicos —vale decir, de la máxima de la proporcionalidad y de la ponderación—, lo cual puede hacerse sin violencia alguna⁶⁶. Se trata, sobre todo, de utilizar aquí los conocimientos sustantivos y los instrumentos metodológicos que durante cientos de años los economistas han ido decantando, desarrollando y perfeccionando sistemáticamente con el objeto de tomar decisiones racionales que permitan aprovechar óptimamente nuestros limitados recursos y realizar en la mayor medida de lo posible nuestros diversos fines⁶⁷. Mediante estas herramientas avanzadas, el AED puede racionalizar dicha ponderación, estructurar el discurso jurídico, elevar el rigor del análisis de costes y beneficios que hay que efectuar a la hora de aplicar los principios generales del Derecho.

Obviamente, las posibilidades de servirse del AED para resolver problemas *de lege lata* serán tanto más amplias cuanto mayor sea el margen que el ordenamiento jurídico vigente deje, premeditadamente o no, a los aplicadores del Derecho para efectuar semejantes ponderaciones en los casos concretos sometidos a su consideración. Serán especialmente amplias, por ejemplo, allí donde exista una profunda laguna normativa o donde la densidad de las reglas que regulan la materia en cuestión sea muy baja.

VI. ALGUNAS CRÍTICAS DIRIGIDAS AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. *Las personas no siempre actúan racionalmente*

Durante las últimas décadas han aparecido incontables estudios empíricos, realizados inicialmente por psicólogos y luego también por

⁶⁵ *Vid.*, a modo de ejemplo, ALEXY (1994, págs. 143 y ss.).

⁶⁶ Como ha notado Bernhard SCHLINK (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, pág. 155.

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, Ekkehard HOFMANN (2007), *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

economistas, que demuestran que las personas, en determinadas condiciones, actúan sistemáticamente de una manera distinta de la predicha por el tradicional modelo teórico de la elección racional.

En efecto, la gente posee una racionalidad limitada (*bounded rationality*). Incurre una y otra vez en abundantes errores e inconsistencias al valorar la información disponible: a la hora de formular juicios sobre los costes y beneficios que entrañan sus alternativas de actuación, así como sobre la probabilidad de que tales resultados se produzcan⁶⁸.

Las personas, en segundo lugar, suelen mostrar también una fuerza de voluntad limitada (*bounded willpower*). Toman decisiones temporalmente inconsistentes. Sus preferencias son cambiantes, inestables. La valoración que los individuos hacen en el presente de los resultados futuros de sus decisiones difieren de la valoración que esos mismos sujetos efectuarán en el futuro de tales resultados. Ello provoca que, muchas veces, el «yo» futuro, cuando se hace presente, se arrepienta de lo que hizo el «yo» pasado⁶⁹.

La gente, finalmente, no siempre busca actuar en el sentido que más conviene a su propio interés (*bounded self-interest*). En ocasiones, los individuos incurren conscientemente en costes personales al tomar decisiones que consideran justas o merecidas, y que ora benefician a otras personas (piénsese, por ejemplo, en el respeto de una norma cuya infracción se sabe es indetectable), ora las perjudican (piénsese en el individuo que deja de consumir un producto para boicotear a la empresa que lo fabrica)⁷⁰.

Todo lo cual plantea un serio problema, pues significa que el modelo teórico en el que se ha basado la abrumadora mayoría de los estudios de AED no describe ni predice bien cómo se comporta realmente la gente y, por lo tanto, cuáles pueden ser sus reacciones frente a las normas jurídicas.

Pero ello no resta utilidad o validez al AED. Más bien al contrario. Lo que significa es que *si las referidas anomalías son predecibles y pue-*

⁶⁸ Vid. Daniel KAHNEMAN, Paul SLOVIC y Amos TVERSKY (1998), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, eds. Cambridge University Press, Cambridge; Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY (2000), *Choices values and frames*, eds. Cambridge University Press, Cambridge; Thomas GILOVICH, Dale GRIFFIN y Daniel KAHNEMAN (2002), *Heuristics and biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, eds. Cambridge University Press, Cambridge. Vid. una presentación muy accesible de esta literatura en Daniel KAHNEMAN (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York (hay traducción al castellano: *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Barcelona, 2012).

⁶⁹ Vid. David LAIBSON (1997), «Golden Eggs and Hyperbolic Discounting», *Quarterly Journal of Economics*, 112: 2, págs. 443-478.

⁷⁰ Vid. Colin CAMERER y Richard H. THALER (1997), «Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners», *Journal of Economic Perspectives*, 9, págs. 209-219; David J. COOPER y John H. KAGEL (2013), «Other-Regarding Preferences: A Selective Survey of Experimental Results», en J. H. KAGEL y A. E. ROTH (eds.), *Handbook of Experimental Economics*, vol. 2, Princeton University Press, Princeton, págs. 615-691.

den tener un impacto significativo sobre la conducta humana, como así ocurre efectivamente en muchas ocasiones, hay que ajustar los modelos teóricos del AED para reflejar dichas anomalías, a fin de describir y predecir mejor que antes cómo reacciona la gente frente a las normas jurídicas —o viceversa, qué factores sociales explican su contenido— y, por lo tanto, cómo tienen que ser diseñadas éstas si se pretende mover a los individuos a comportarse de una determinada manera.

De hecho, el AED no ha naufragado tras la tormenta desatada por los referidos estudios. Lo que ha ocurrido es que ha surgido una nueva rama del mismo, el *behavioral law and economics*, que trata igualmente de analizar económicamente el Derecho, utilizando sustancialmente las mismas herramientas antes descritas a fin de comprender, explicar y predecir la influencia de las reglas jurídicas sobre la conducta humana, y de precisar cómo hay que configurar éstas para que la gente actúe en un determinado sentido. La única diferencia significativa es que esta nueva corriente parte de premisas relativas a cómo se comportan los individuos que, además de ser más realistas, permiten hacer predicciones más exactas y prescripciones más acertadas que las del modelo tradicional, al menos en determinadas circunstancias⁷¹. Es más, dicha corriente, al reemplazar presupuestos relativamente simples pero poco realistas por otros más ajustados a la realidad pero también más complejos, exige una utilización más intensiva de los métodos empíricos y una mayor sofisticación matemática a fin de modelar teóricamente la conducta humana. El *behavioral law and economics*, en fin, no ha venido a sustituir al AED, sino a robustecerlo y mejorarlo (a costa, eso sí, de complicarlo).

2. La cuestión de los fines

Se ha dicho que el Derecho no es susceptible de ser analizado económicamente, porque las personas y el ordenamiento jurídico persiguen fines no exclusivamente económicos, que no son tenidos en cuenta —en absoluto o no como es debido— por la ciencia lúgubre. En esta línea, ciertos juristas contraponen a veces los «intereses económicos» con intereses de otro tipo, y llegan a sostener incluso que algunos de éstos deben prevalecer sobre aquéllos. Recordemos la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se afir-

⁷¹ Vid., por todos, Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN y Richard THALER (1998), «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, 50, págs. 1471-1550; KOROBIKIN y ULEN (2000); Jeffrey J. RACHLINSKI (ed.) (2009), *Behavioral Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham; Eyal ZAMIR y Doron TEICHMAN (eds.) (2014), *Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, New York.

ma la existencia de un «principio general... según el cual debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas»⁷².

Sin embargo, la economía es enteramente neutral respecto de los fines⁷³. No hay fines económicos, ni tampoco extraeconómicos. Afirmar lo contrario encierra un malentendido. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisiones deberían adoptar; cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que éstos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir.

3. *La eficiencia no lo es todo*

Al AED se le ha criticado su postulado de que la eficiencia debe ser el único objetivo de las normas jurídicas, pues —advierten los críticos— entre la eficiencia y la justicia (distributiva) hay un conflicto⁷⁴. Sin embargo, aquí se está criticando una determinada versión del AED que no es obligado compartir. Richard POSNER sostuvo inicialmente, desde luego, que lo que el sistema jurídico debe perseguir no es la maximización de la utilidad, entendida como sinónimo aproximado de felicidad, sino la maximización de la riqueza, entendida aproximadamente como lo que estarían dispuestos a pagar los hombres por los bienes existentes⁷⁵. Interesa resaltar que, de acuerdo con este criterio, lo importante es aumentar la riqueza global, poner cada recurso en manos de la persona que está dispuesta a pagar más por él, siendo indiferente el hecho de que los recursos queden más o menos repartidos; un sistema que produce diez billones de dólares de riqueza concentrada en unas pocas personas es preferible a otro que sólo genera nueve equidistribuidos entre toda la población. Este criterio coincide esencial-

⁷² Vid., entre otras, las SSTJUE de 17 de julio de 1997 (*Affish*, C-183/95, § 43) y 19 de abril de 2012 (*Artegodan*, C-221/10 P, § 99).

⁷³ Vid. ROBBINS (1935, págs. 24 y ss.).

⁷⁴ Vid. Juan Carlos BAYÓN (1994), «Eficacia e inalienabilidad», *Doxa*, 15-16, págs. 971-991; Albert CALSAMIGLIA (1987), «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, págs. 267 y ss.; ídem (1989), «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa*, 218-219, págs. 113 y ss.; Carmen HERRERO (1993), «Racionalidad individual-irracionalidad social: el conflicto justicia-eficiencia», *Doxa*, 13, págs. 49 y ss.; Liborio HIERRO (1994), «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)», *Doxa*, 15-16, págs. 945 y ss.; ídem (1998), «Justicia, igualdad y eficiencia», *Isonomía*, 8, págs. 129 y ss.

⁷⁵ Vid. Richard A. POSNER (1979), «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *Journal of Legal Studies*, 8, págs. 119 y ss.; ídem (1980), «Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication», *Hofstra Law Review*, 8, págs. 487-507.

mente con el de la eficiencia en sentido KALDOR-HICKS⁷⁶: un resultado es más eficiente que otro si quienes ganan con él *pueden compensar* a los que pierden de modo que nadie salga perjudicado, si bien *no es necesario que los compensen efectivamente*.

Ésta es, sin embargo, una posición que ya ni siquiera el propio POSNER sostiene⁷⁷. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores, de cómo esté repartida la misma⁷⁸. La distribución de la riqueza importa, cuando menos, por las siguientes razones. De un lado, por la utilidad marginal decreciente de la renta, que hace que cada unidad adicional de renta reporte mayor bienestar a los pobres que a los ricos, por lo que transferirla desde estos segundos a los primeros incrementa, *ceteris paribus*, el bienestar agregado del conjunto de los individuos que integran la sociedad. De otro lado, por la circunstancia de que el bienestar de algunas personas puede depender directamente de cómo está distribuida la riqueza, por ejemplo porque éstas sufren al saber que hay gente pobre⁷⁹.

Ahora bien, muchas veces resulta razonable obviar —y, *de facto*, se obvian— las cuestiones distributivas al analizar económicamente problemas jurídicos concretos⁸⁰. En primer lugar, porque, como ya hemos visto, frecuentemente se formulan modelos simplificados de la realidad, que pretenden estudiar únicamente aspectos parciales de la misma, con el fin de comprenderla mejor. Así, por ejemplo, es legítimo construir un modelo dirigido específicamente a analizar el impacto que puede tener una determinada regulación —v.gr., tributaria— sobre la conducta de la gente, sin tener en cuenta sus efectos distributivos. Y, viceversa, uno puede centrarse en estudiar estos efectos, sin considerar, para no complicar en exceso el análisis, su eventual influencia disuasoria o favorecedora de ciertas conductas.

⁷⁶ Llamado así por haber sido sugerido por Nicholas KALDOR (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49: 195, págs. 549-552, y John HICKS (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49: 196, págs. 696-712. Cuando los economistas hablan de «eficiencia» suelen hacerlo en este sentido. Debe notarse, no obstante, que el término es equívoco. De acuerdo con el criterio de PARETO, un resultado es eficiente cuando nadie puede mejorar su situación sin que empeore la de al menos otra persona.

⁷⁷ En (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, pág. 375, Richard POSNER reconoce que «wealth maximization is inherently incomplete as a guide to social action because it has nothing to say about the distribution of rights».

⁷⁸ *Vid.*, por todos, Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, págs. 1 y ss.

⁷⁹ KAPLOW y SHAVELL (2002, págs. 28 y ss.).

⁸⁰ *Vid.* Robert COOTER y Thomas ULEN (2011), *Law and Economics*, Addison-Wesley, Boston, pág. 8.

En segundo lugar, a veces los efectos distributivos de las normas jurídicas son prácticamente irrelevantes, por lo que no vale la pena considerarlos. Es el caso, por ejemplo, de muchas de las reglas que integran el Derecho societario, o de las que regulan operaciones comerciales realizadas entre ciertos empresarios.

Finalmente, por lo general, hay varias maneras de conseguir una cierta distribución de la riqueza, y la más eficiente no tiene por qué ser que todas y cada una de las normas jurídicas se diseñen con ese objetivo. Al contrario, la mejor a estos efectos suele ser emplear únicamente los sistemas tributario y de protección social⁸¹. Así, por ejemplo, las normas que regulan el justiprecio no atienden a razones distributivas. La cuantía del justiprecio no se hace depender de la riqueza del expropiado o del beneficiario. La mejor manera de corregir las desigualdades eventualmente existentes entre propietarios no es pagar un justiprecio mayor a los más pobres. Estas desigualdades se corrigen más adecuadamente haciendo pagar más impuestos a los propietarios más ricos o prestando más ayuda social a quienes más la necesitan.

Los sistemas tributario y de protección social presentan varias ventajas al respecto. La primera es que como tienen un alcance general y toman en cuenta específicamente la riqueza de todos los ciudadanos, pueden corregir más amplia y precisamente las desigualdades existentes entre ellos. Otras normas, en cambio —v.gr., las que regulan el justiprecio—, sólo se aplican a unos pocos individuos, por lo que sólo pueden efectuar una redistribución de alcance limitado. O no tienen en cuenta la riqueza real de cada uno de sus destinatarios, sino la del afectado «típico» —piénsese en una norma que otorga a los arrendatarios cierto beneficio frente a los arrendadores, por ser aquéllos típicamente, aunque no siempre, más pobres que éstos—, lo que puede provocar que en ocasiones transfieran renta desde los más pobres a los más ricos. Una segunda ventaja es que dichos sistemas distorsionan en menor grado los incentivos que los individuos tienen para llevar a cabo conductas socialmente valiosas, tales como trabajar, arrendar viviendas de su propiedad, invertir en producir, conservar y mejorar cosas, etc. Cuanto más especial e intensa es una medida redistributiva, cuanto menor es el número de personas que han de soportar su coste o que se benefician de la misma, más se distorsionan los incentivos que la gente tiene para comportarse apropiadamente. En tercer lugar, los efectos redistributivos de algunas normas son difíciles de predecir y, a veces, quedan enervados por el mercado. Imaginemos, por ejemplo, que se establece para los fabricantes de un producto un régimen de responsa-

⁸¹ KAPLOW y SHAVELL (2002, págs. 32 y ss.).

bilidad objetiva por los daños que los consumidores hayan sufrido al utilizarlo. Puede ocurrir que los fabricantes repercutan íntegramente sobre el precio del producto el sobrecoste que les supone este régimen, de manera que no se transfiera renta desde los fabricantes hacia los consumidores, como era la intención del legislador, sino desde unos consumidores —los que no sufren daños— a otros —los que sí resultan dañados—⁸².

4. *Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico*

Se ha dicho que el análisis económico constituye una metodología apropiada para el estudio de ciertas ramas del ordenamiento jurídico pero no para el de otras. Gaspar ARIÑO, por ejemplo, ha postulado su utilización respecto del conjunto normativo que regula la intervención de los poderes públicos en las actividades de producción de bienes y servicios —lo que aquí se conoce como Derecho administrativo económico—, al tiempo que considera que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica, tales como el Derecho de familia y los derechos fundamentales⁸³.

En esta opinión subyace la vieja tesis, muy desacreditada desde hace décadas, de que la economía se ocupa sólo de algunas materias o esferas de la actividad humana: de los negocios, la agricultura, el comercio, la industria, los tributos, la producción, distribución y consumo de la riqueza, etc.⁸⁴.

Hoy, por el contrario, se considera mayoritariamente que la economía no limita su campo de atención a determinadas parcelas de la conducta del hombre. Si, como hemos visto, se estima que la economía estudia la asignación de recursos escasos, cualesquiera decisiones humanas son susceptibles de ser analizadas por esta ciencia, en la medida en que en prácticamente todas ellas se presenta normalmente el problema de que los medios disponibles para atender ciertos fines son

⁸² Vid. Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1994), «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 23, págs. 667-681; ídem (2000), «Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 29, págs. 821-835. En contra, Chris William SANCHIRICO (2001), «Deconstructing the New Efficiency Rationale», *Cornell Law Review*, 86, págs. 1003-1089; ídem (2000), «Taxes Versus Legal Rules as Instruments For Equity: A More Equitable Approach», *Journal of Legal Studies*, 29, págs. 797-820.

⁸³ Gaspar ARIÑO (2004), *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, Granada, pág. 30.

⁸⁴ Vid. BACKHOUSE y MEDEMA (2009).

escasos. De hecho, durante los últimos cincuenta años, la economía ha expandido notablemente su radio de actuación. Numerosos investigadores han ido analizando desde una perspectiva económica incontables actividades y problemas que hasta hace bien poco se veían completamente ajenos a esta ciencia⁸⁵. ¿Quién hubiera dicho hace un siglo que la misma podía ofrecer explicaciones interesantes relativas, por ejemplo, a las prácticas de los piratas⁸⁶, la adicción al tabaco⁸⁷ y la religión⁸⁸?

Así las cosas, se comprende fácilmente que también cualesquiera ámbitos jurídicos pueden ser estudiados desde una perspectiva económica y con las herramientas de esta ciencia, pues en todos ellos los hombres aspiran a ver satisfechas diversas necesidades y sólo disponen a estos efectos de recursos limitados que pueden ser utilizados de distintas maneras. Es más, uno de los sellos distintivos del «nuevo» AED que surge en la segunda mitad del siglo XX es precisamente la aplicación de la economía no sólo a las normas que regulan mercados explícitos —esto ya se había hecho en décadas anteriores—, sino a todos y cada uno de los sectores del sistema jurídico, a las normas que regulan los daños, los contratos, la propiedad, los delitos y las penas, los procesos, las relaciones familiares, la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, etc.⁸⁹. Es cierto que la atención de los modernos cultivadores del AED se ha centrado predominantemente en algunos de esos ámbitos —sobre todo en el Derecho patrimonial privado, el Derecho penal y el Derecho procesal—, pero también podemos encontrar cada vez más publicaciones relativas a otras muchas materias, tales como el Derecho internacional público⁹⁰, el Derecho constitucional⁹¹, el Derecho de la Unión Europea⁹², la expropiación forzosa⁹³, la res-

⁸⁵ Vid., por todos, Gary S. BECKER (1993), «The Economic Way of Looking at Life», *Journal of Political Economy*, 101: 3, págs. 383-409.

⁸⁶ Vid. el delicioso libro de Peter T. LEESON (2009), *The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates*, Princeton University Press, Princeton.

⁸⁷ Vid. Gary S. BECKER y Kevin M. MURPHY (1988), «A Theory of Rational Addiction», *Journal of Political Economy*, 96: 4, págs. 675-700; Gary S. BECKER, Michael GROSSMAN y Kevin M. MURPHY (1994), «An Empirical Analysis of Cigarette Addiction», *American Economic Review*, 84: 3, págs. 396-418.

⁸⁸ Vid., entre otros, Laurence R. IANNACCONE (1998), «Introduction to the Economics of Religion», *Journal of Economic Literature*, 36, págs. 1465-1496.

⁸⁹ POSNER (1992, § 2.1, pág. 21).

⁹⁰ Vid., por ejemplo, Eric POSNER y Alan SYKES (2013), *Economic Foundations of International Law*, Harvard University Press, Cambridge.

⁹¹ Vid., por ejemplo, Robert COOTER (2002), *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton; Stefan VOIGT (ed.) (2012), *Design of Constitutions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

⁹² Vid., por ejemplo, Thomas EGER y Hans BERND SCHÄFER (eds.) (2012), *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

⁹³ Vid., por ejemplo, Thomas J. MICELI (2011), *The Economics of Eminent Domain*, Cambridge University Press, Cambridge.

ponsabilidad patrimonial del Estado⁹⁴, el procedimiento administrativo⁹⁵, el control judicial de la discrecionalidad administrativa⁹⁶, etc.

Obviamente, el AED no ha sido recibido con el mismo calor en todas las disciplinas jurídicas (como tampoco lo ha sido en todos los países). La relevancia teórica y práctica que ha alcanzado en el Derecho de la competencia o de la responsabilidad civil es muy superior a la lograda en el Derecho de familia. Tal vez ello se deba, en parte, a que el modelo de la elección racional, que es el inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los cultivadores del AED, explica la conducta humana mejor en algunos ámbitos que en otros. Es razonable pensar que las personas no actuamos siempre de la misma manera en cualesquiera circunstancias. El funcionamiento de las empresas privadas, por ejemplo, suele distar mucho respecto del de las públicas. Y puede ocurrir que un modelo permita describir y predecir aproximadamente cómo se comportan los individuos en determinadas condiciones, pero no en otras. Esto, sin embargo, no implica que el análisis económico carezca de validez o utilidad para el estudio de ciertas ramas del Derecho. Lo que significa es que hay que elaborar modelos teóricos que permitan dar cumplida cuenta de las eventuales diferencias observadas en la conducta humana en diferentes contextos, y que expliquen y predigan, con una exactitud razonable, dicha conducta en cada uno de éstos.

5. *El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado*

Al AED se le ha reprochado un sesgo ideológico conservador, manifestado en su exaltación del mercado como mecanismo de resolución de problemas sociales, en su defensa del criterio de maximización de la riqueza, en su despreocupación por la distribución de la misma⁹⁷.

Curiosamente, también ha recibido duras críticas por parte de autores que sostienen concepciones del Derecho —v.gr., la del iusnaturalismo católico— que podríamos calificar como conservadoras. Se le

⁹⁴ Vid., por ejemplo, Giuseppe DARI-MATTIACCI, Nuno GAROUPA y Fernando GÓMEZ POMAR (2010), «State Liability», *European Review of Private Law*, 18, págs. 773-811.

⁹⁵ Vid., por ejemplo, Matthew C. STEPHENSON (2006a), «A Costly Signaling Theory of “Hard Look” Judicial Review», *Administrative Law Review*, 58: 4, págs. 753-813; ídem (2006b), «The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations», *Harvard Law Review*, 119, págs. 1035-1070.

⁹⁶ Vid., por ejemplo, Nuno GAROUPA y Jud MATHEWS (2014), «Strategic Delegation, Discretion, and Deference: Explaining the Comparative Law of Administrative Review», *American Journal of Comparative Law*, 62: 1, págs. 1-33.

⁹⁷ Vid., a título de ejemplo, Morton J. HORWITZ (1980), «Law and Economics: Science or Politics?», *Hofstra Law Review*, 8, págs. 905-912.

ha objetado así su neutralidad respecto de los fines y valores que debe perseguir el Derecho. El AED prescribe que hay que maximizar la satisfacción de las preferencias de los individuos, cualesquiera que éstas sean. El AED no establece jerarquías apriorísticas entre fines. No considera que unos sean intrínsecamente mejores que otros⁹⁸.

Es cierto que la ideología de algunos destacados cultivadores del AED —especialmente la de los miembros o simpatizantes de la llamada Escuela de Chicago— puede calificarse *grosso modo* como neoliberal. Y que en su rápida expansión en el seno de las Universidades estadounidenses de élite jugó un papel crucial el mecenazgo de una fundación de ideología netamente conservadora⁹⁹. Pero, a pesar de lo que todavía parecen creer algunos, el AED no se reduce ni a POSNER ni a la Escuela de Chicago de los años setenta y ochenta del siglo pasado¹⁰⁰. El AED es actualmente una disciplina en la que conviven individuos y comunidades situados en muy diversos y distanciados puntos del espectro ideológico¹⁰¹. También hay, en este sentido, un AED «progresista»¹⁰².

No creemos, en fin, que se pueda afirmar que la económica es una perspectiva intrínsecamente sesgada hacia determinadas posiciones políticas o ideológicas. Hay economistas de izquierdas y de derechas, conservadores y progresistas, nacionalistas y no nacionalistas, etc. Pero la economía, en cuanto tal, es ideológicamente neutra¹⁰³.

⁹⁸ Vid. Mark A. SARGENT (2005), «Utility, the Good and Civic Happiness: A Catholic Critique of Law and Economics», *Journal of Catholic Legal Studies*, 44, págs. 35-55.

⁹⁹ Vid. TELES (2008, págs. 90 y ss. y 181 y ss.).

¹⁰⁰ Como advierte Íñigo ORTIZ DE URBINA (2006), «El análisis económico del Derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?», en Christian COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, pág. 322, una de las varias infracciones de las normas elementales del debate académico que suelen cometerse al criticar el AED es la de juzgar «a todo el AED por las aportaciones que unos pocos autores [el sospechoso habitual es Richard Posner] realizaron hace ya algunos años, sin tan siquiera pararse a considerar la evolución de su pensamiento».

¹⁰¹ Vid. TELES (2008, págs. 200 y ss. y 218), quien no es ni un adepto del AED ni sospechoso de ser conservador.

¹⁰² Vid., por ejemplo, Susan ROSE-ACKERMAN (1988), «Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law», *Yale Law Journal*, 98, págs. 341-368; Reza DIBAJ (2003), «Beyond Facile Assumptions and Radical Assertions: A case for “Critical Legal Economics”», *Utah Law Review*, 4, págs. 1155-1199.

¹⁰³ Como señalan Emilio CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, J. Ignacio POMARES HERNÁNDEZ y Elena RAMA MATÍAS (2001), «Análisis económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente», *Derecho y Conocimiento*, 1, pág. 332, «en lo que los economistas parecen haber alcanzado un cierto acuerdo es en la forma de hacer, no en el terreno de las ideas... Una integral no es un arma ideológica, tan sólo un instrumento que puede ser utilizado para modelizar cualquier tipo de comportamiento».