

El análisis económico del derecho en la encrucijada

El análisis económico del Derecho se ha desarrollado enormemente en los últimos veinte años y se ha convertido en una especialidad muy influyente en el análisis de cuestiones jurídicas. Es un instrumento muy útil para los economistas en el diseño de reformas y de programas de desarrollo económico, en los que las instituciones, el derecho y la administración de justicia desempeñan un papel mucho más importante que en el pasado. Al ser una disciplina viva, confluyen en ella diversas concepciones y métodos, como el análisis económico del derecho conductista, la economía institucional, estudios empíricos de análisis económico del derecho, etc., que ofrecen un marco tan interesante como complejo de esta disciplina.

Zuzenbidearen azterketa ekonomikoa izugarri garatu da azken hogei urteetan, eta eragin handiko espezialitate bihurtu da gai juridikoen azterketan. Ekonomistentzat oso tresna erabilgarria da garapen ekonomikoko programa eta erreformak diseinatzeko, erakundeek, zuzenbideak eta justizia-administrazioak iraganean baino askoz zeregin garrantzitsuagoa dutela bertan. Gai bizia denez, hainbat ikuskiera eta metodo batzen dira bertan, esaterako zuzenbide konduktistaren azterketa ekonomikoa, ekonomia instituzionala, zuzenbidearen azterketa ekonomikoari buruzko azterlan enpírikoak, etab. Horiek guztiak gai horri buruzko eremu interesarri bezain konplexua eskaintzen dute.

Law and Economics (L&E) has grown considerably over the last twenty years and has become one of the most influential approaches in the analysis of legal issues; L&E has also become a very useful tool for economists in designing reforms and economic development programs, in which the role of institutions, law and administration of justice have come to play a greater role than in the past. As a live discipline, various approaches and methods converged in it: behavioral law and economics, institutional economics, experimental law and economics ... featuring a very interesting and complex framework of this discipline.

Índice

1. Introducción
 2. Situación actual de análisis económico del derecho
 3. Enfoques del análisis económico del derecho
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Palabras clave: análisis económico del derecho, economía institucional, corriente conductista y empírica.

Keywords: law and economics, institutional economics, behavioral and experimental theories.

N.º de clasificación JEL: A12, K00, B52.

1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido veinte años desde que la revista Información Comercial Española publicó un número monográfico con el título general *Economía del derecho*. Uno de los autores de este artículo —el de más edad como es fácilmente imaginable, es Francisco Cabrillo— publicó en dicho número un trabajo titulado «Una nueva frontera, el análisis económico del derecho» (Cabrillo, 1990) en el que se presentaba un panorama global de una disciplina que por entonces, era muy poco conocida en España. Aunque lo sustancial de aquellas reflexiones sigue siendo válido, en nuestra opinión, el análisis económico del derecho (AED) ha tenido un desarrollo tan grande —tanto del punto de vista cuantitativo como del cualitativo— que puede resultar interesante volver a hacer un análisis general de su evolución y de los problemas que hoy plantea. Este es el objetivo principal de este artículo, que —como aquel de hace veinte años— incluye los planteamientos críticos a la que ha sido la corriente dominante del AED en las últimas décadas. Es interesante señalar que, algunas de las polémicas que entonces plantearon, siguen vivas en términos muy similares a los de entonces. En otros casos se ha producido un cambio de enfoque en debates no tan diferentes de lo que, a primera vista, podría parecer. Si en la década de los ochenta se discutió sobre la pretensión del AED al estilo *Posner* (*Posner, 1978 y 1993*) de

convertir la maximización de la riqueza en el objetivo fundamental de la política legislativa y de la jurisprudencia, dejando de lado problemas de equidad y de distribución de la renta, hoy esas mismas cuestiones han surgido en el marco de nuevos enfoques como el del análisis económico del derecho conductista¹.

Pero el cambio más importante ha sido, sin duda, el cuantitativo. Como vemos en una sección posterior, el AED ha experimentado un gran crecimiento en los últimos veinte años y se ha convertido, por una parte, en el enfoque que más influencia ha tenido en los Estados Unidos, en el análisis de cuestiones jurídicas; y, por otra, en un instrumento muy útil para los economistas en el diseño de reformas y de programas de desarrollo económico, en los que el papel de las instituciones, el derecho y la administración de justicia han pasado a desempeñar un papel mucho más importante que en el pasado.

La reflexión de los economistas sobre el mundo del derecho no es algo nuevo. En los orígenes de la economía política, el análisis de las normas e instituciones que regulaban el funcionamiento de los mercados ocupaban un lugar fundamental en las preocupaciones de quienes se dedican a su estudio. La obra de Adam Smith es un caso ejemplar en esta manera de abordar los problemas económicos, pero otros muchos autores también podrían ser mencionados como es el caso de J.S. Mill o unos años más tarde Marshall. Sin embargo, la creciente tecnificación y formalización del análisis haría que el estudio de este tipo de problemas fuera paulatinamente abandonado por las corrientes dominantes de la ciencia económica. Excepción importante fueron, sin duda, los historicistas y los institucionalistas norteamericanos, pero lo cierto es que fracasaron en sus intentos de dar una nueva orientación a la Economía.

Por el contrario cuando aparece el análisis económico del derecho por los años sesenta, una de sus principales características es la definición clara del método. No se trataba de intentar buscar nuevas respuestas a los problemas, tradicionalmente planteados por la teoría económica, como la asignación de recursos o las formas de mercado, sino de explicar cuestiones que durante muchos años habían quedado al

¹ En toda disciplina joven que se ha creado y desarrollado en un ámbito cultural y lingüístico diferente, resulta, a menudo, difícil encontrar palabras o expresiones en el idioma propio para designar determinados conceptos modelos o métodos de análisis. Este es el caso, sin duda, de la materia objeto de este artículo. En algunos casos, existen ya fórmulas de aceptación bastante general. Es el caso del concepto «Law and Economics» que se traduce como «Análisis Económico del Derecho» y no como «Derecho y Economía». Pero en otros casos, la traducción es más difícil y quien escribe en lengua española se ve obligado a crear nuevos términos. En nuestro caso utilizaremos las siguientes traducciones:

- *Behavioral Law and Economic* se traduce como: Análisis económico del derecho conductista; pero también podría ser traducido como: Análisis Económico del derecho del comportamiento, por estar ya bastante aceptada la traducción de Behavioral Economics como *Economía del comportamiento*, aunque podrían plantearse objeciones a esta expresión.
- *Empirical Legal Studies*: Estudios jurídicos empíricos.
- *Empirical Law and Economics*: Estudios empíricos de análisis económico del derecho.
- *Endowment Effect*: Efecto posesión.

margen del análisis económico como la eficiencia de las instituciones y de las normas jurídicas.

Son hoy de general aceptación los términos «viejo» y «nuevo» AED para designar los dos períodos más relevantes en el desarrollo moderno de esta disciplina. Con la expresión viejo AED se hace referencia a los trabajos que, con anterioridad a 1960, se realizaron —principalmente en la Universidad de Chicago— para estudiar, desde el punto de vista de la teoría económica, un número limitado de problemas jurídicos, con especial relevancia para el funcionamiento de los mercados. Se trata de campos como el derecho de sociedades, el derecho de defensa de la competencia y diversas cuestiones referidas a la regulación de la actividad económica.

Se suele considerar 1960 como el punto de partida del nuevo AED porque en dicho año se publicó el artículo de Ronald Coase, «El problema de coste social» en el que no sólo se sentaban las bases de la teoría económica de los derechos de propiedad, sino que también se abrían nuevas vías para aplicar el análisis económico a un conjunto de cuestiones jurídicas mucho más amplio. Un año después, en 1961, apareció el artículo de Guido Calabresi «Algunas ideas sobre la distribución de riesgos y el derecho de daños» que fue el inicio de uno de los campos en los que mayor número de trabajos se han publicado en el ámbito del AED: accidentes y responsabilidad civil. Y siete años más tarde, en 1968, Gary Becker publicó su trabajo *Delito y Castigo: un enfoque económico*, en el que aplicaba la teoría de la elección racional al estudio del comportamiento de los delincuentes.

En poco tiempo, por tanto, el campo de AED se había ampliado de forma notable y se habían estableciendo los fundamentos para el desarrollo de esta disciplina a lo largo de los siguientes decenios.

2. SITUACIÓN ACTUAL DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El AED goza en la actualidad de gran predicamento en Estados Unidos tanto en la academia, como en la profesión legal, y alcanza a las opiniones judiciales que utilizan las teorías del análisis económico del derecho con regularidad. En este sentido, es importante destacar que las escuelas de derecho más importantes de EE.UU. y los departamentos de Economía de las universidades de mayor prestigio ofrecen cursos de análisis económico del derecho así como la posibilidad de formarse en este campo dentro de los propios departamentos.

A día de hoy, es difícil establecer un *ranking* sobre las escuelas de derecho más prestigiosas en AED en Estados Unidos, precisamente por su proliferación en las mejores facultades de Derecho. No en vano, Anthony Kronman, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y muy crítico con esta doctrina ha señalado que «el movimiento intelectual que más influencia ha tenido en el mundo

académico de la ciencia jurídica en la última parte del siglo xx es el Análisis Económico del Derecho». En este sentido, conviene señalar que en 2005 cuando se hizo la lista de los juristas más importantes de América, divididos entre académicos, jueces y expertos, de los ocho académicos más relevantes, tres de ellos (Richard Epstein, Lawrence Lessig y Cass R. Sunstein) han escrito importantes artículos del AED. De los ocho jueces, dos (F. Easterbrook y R. Posner) son figuras prominentes en el ámbito de AED y otros dos (Alex Kozinski and Antonin Scalia) tienen un buen conocimiento de esta disciplina y utilizan sus métodos.

Por citar alguna de las escuelas relevantes que cuentan con el profesorado más prestigioso en AED, señalaremos la de la Universidad de Chicago, que tiene entre sus profesores a jueces de la talla de Richard A. Posner y a economistas como Ronald Coase y Gary Becker (ambos premios Nobel de Economía, en 1991 y 1992 respectivamente); la Universidad George Mason que incluyó durante mucho tiempo entre su profesorado al laureado Nobel Vernon Smith y cuenta con economistas como Gordon Tullock; o la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard que cuenta con figuras tan relevantes en este campo como Steve Shavell o Louis Kaplow. También en las universidades de la costa oeste, destaca Cass Sunstein en la Universidad de Standford en la que también enseña Mitchell Polinsky, o Berkeley que cuenta con figuras como Robert Cooter.

En este proceso de consolidación, se ha producido una progresiva preeminencia estadounidense en la disciplina frente a otros continentes, especialmente en Europa que dista mucho de haber terminado, y todo parece indicar que esta distancia no va a dejar de aumentar en los próximos años. En Europa, el AED se empezó a expandir de manera progresiva, inicialmente a través de escuelas alemanas, pero a día de hoy no puede considerarse una corriente doctrinal muy relevante en el ámbito del derecho y tampoco ocupa un lugar preeminente en los departamentos de Economía de sus universidades. Es cierto que cuenta con algunas revistas relevantes en la materia como, la *International Review of Law and Economic*, el *European Journal of Law and Economics* o la *Review of Law and Economics*. Pero a diferencia de las principales revistas norteamericanas, éstas no cuentan con el apoyo de las universidades europeas. No se trata de una mera percepción dentro del ámbito académico sino que la evidencia empírica avala estas afirmaciones.

En este sentido, un estudio llevado a cabo por Garoupa y Ulen (2008) sirve para resaltar que existe una probabilidad muy alta de que los artículos de algunas de las revistas más relevantes en Estados Unidos (como *The Harvard Law Review* o *Yale Law Review*) tengan un contenido de AED, pero no ocurre lo mismo en las revistas interdisciplinarias de Reino Unido (*Oxford Journal Legal Studies*, por ejemplo).

Del mismo modo, un estudio de Gazal-Ayal, O. (2007) sobre la preeminencia del AED en Estados Unidos y en Israel pone de relieve, primero, que hay una probabilidad siete veces mayor de que los economistas se dediquen a esta disciplina que de

que lo hagan los juristas, y sobre todo, y lo que es más relevante, que la proporción de juristas americanos, canadienses e israelíes que se dedican al AED es mucho mayor que la de los juristas europeos².

Es también ilustrativo señalar que, a pesar de que en la actualidad existen programas sobre AED —entre los que destaca el EMLE (*European Master Program in Law and Economics*) en el que participan las universidades líderes en esta disciplina y que lleva en funcionamiento desde 1990, o el Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho organizado por la Fundación Ortega y Gasset en España desde hace más de 10 años— lo cierto es que en Europa (a excepción de Holanda) existen muy pocas cátedras de AED. En este mismo sentido, sólo la Bar-Ilan, Universidad de Israel, cuenta con una colección de *working papers* sobre AED, mientras que en Estados Unidos las treinta mejores escuelas de derecho cuentan con su propia colección de *working papers* en esta disciplina.

No está claro cuáles son las causas que explican el diferente éxito en el desarrollo y utilización del AED en Estados Unidos y Europa; y lo más probable es que no exista una única explicación de este fenómeno, sino que varias de las razones expuestas por diferentes autores sirvan para comprender el diferencial existente. Una de las explicaciones más comunes es de carácter político, en el sentido de que Estados Unidos ha sido más receptivo hacia el libre mercado que Europa; y en tanto que el AED es percibido como la versión legal del mercado libre o de la economía de la Escuela de Chicago, tendría sentido que esta disciplina hubiera tenido un mayor acogimiento en el nuevo continente. Sin embargo, tal y como señalan Garoupa y Ulen, este razonamiento olvida el hecho de que la mayoría de las escuelas de derecho estadounidenses distan mucho de tener una ideología política conservadora sino que más bien están orientadas ideológicamente hacia la izquierda. De hecho, esta misma afirmación se puede hacer de la gran mayoría de las escuelas de derecho europeas. También suele aducirse que la recepción del AED ha sido mayor en los países de *common law* que en los de tradición continental, lo que serviría de fundamento para comprender el diferencial entre continentes. La propia conformación del *common law* demandaría la creación de una teoría unificadora que serviría para cubrir «el sitio»

² Ver cuadro donde se analiza el número de publicaciones, en términos reales y ponderado por población, relacionadas con el AED entre 2003-2005 diferenciando por formación y por lugar geográfico de procedencia.

	Población	Número de autores participantes			Por cada 10.000 habitantes		
		Derecho	Economía	Otros	Derecho	Economía	Otros
EE.UU.	299.093.237	94	270	18	3,14	9,03	0,60
Canadá	32.251.238	5	21	1	1,86	6,51	0,31
Israel	7.109.929	22	13	0	30,94	18,28	0
Europa*	400.369.441	32	204	9	0,80	5,10	0,22
Otros		8	63	0			

* Incluye los países de la UE hasta el 2004 más Suiza y Noruega.

que en el sistema continental ocupan los códigos y la doctrina jurídica, al mismo tiempo que se señala que en esos países (Alemania, Francia, Italia y España) los legisladores suelen estar más interesados en cuestiones distributivas que no de eficiencia, y por tanto, tendría en ellos una peor acogida la concepción y métodos del AED. Ahora bien, esta explicación plantea algunos problemas como por qué no ha triunfado el análisis económico del derecho en Reino Unido o la India (cuna del *common law* y el país más grande de esta tradición respectivamente) y, sin embargo, ha tenido un desarrollo exponencial en Israel. Del mismo modo, no parece que tenga mucho fundamento pensar que los legisladores tienen menos interés que los jueces a la hora de razonar en términos de eficiencia cuando los primeros analizan en términos de coste-beneficio las actuaciones de su mandato con el fin de ser reelegidos.

En el caso específico de los Estados Unidos no debe olvidarse, además, la importancia que en este país tuvo el movimiento del realismo legal, sobretodo en la década de 1920. La esencia de esta escuela era la creencia en la conveniencia de estudiar el derecho en relación con la realidad social sobre la que actúa. Al margen de las múltiples orientaciones particulares, lo cierto es que desde el realismo legal se abre el camino a la entrada de las ciencias sociales en el análisis jurídico. Y ninguna de ellas está más capacitada y desarrollada que la economía para desarrollar un papel preponderante.

Qué duda cabe que junto a las razones ideológicas o de fondo, una de las explicaciones más verosímiles de este importante diferencial es la diferente concepción de la educación superior, y por ende, de las universidades, y muy especialmente de las facultades de Derecho, en Norteamérica y en Europa. La competencia es uno de los ejes fundamentales de las universidades americanas lo que las incentiva a buscar innovaciones que les permitan ser mejores y diferenciarse de las demás universidades tanto americanas como del resto del mundo. Todo ello con el fin de atraer a los mejores profesores, al mismo tiempo que conseguir, de este modo, a los mejores alumnos. El tener a los mejores, implica más recursos para investigar, mayores salarios, mejores conferencias, más becas etc. En definitiva, una universidad de prestigio tiene efectos beneficiosos para todos: para la organización, el profesorado, el *staff*, y cómo no, para los estudiantes. Claramente, la innovación legal es una de las formas de competir que tienen las escuelas de derecho, la clave está en determinar por qué el AED ha sido considerada una innovación tan importante como para haber sido aceptada por las escuelas de derecho americanas más prestigiosas.

En este sentido, no debemos olvidar, que los primeros años de investigación de la vida universitaria de los profesores norteamericanos de derecho son cruciales para su carrera y ello pasa necesariamente por conseguir un elevado número de publicaciones en estos primeros estadios. Está claro que la presión por publicar en revistas de prestigio es mucho mayor en EE.UU. que en Europa como medio para progresar en el mundo profesional. Junto a ello, se debe considerar que la mayoría de los editores de las revistas jurídicas norteamericanas son estudiantes de último curso de

derecho, y por tanto, más receptivos a las innovaciones, mientras que las revistas jurídicas europeas están en manos de profesores de derecho ya establecidos o abogados en ejercicio. Teniendo claro estos antecedentes, es lógico pensar que el campo del AED sea considerado por los profesores americanos como una buena oportunidad para poder escribir artículos originales e innovadores susceptibles de ser publicados en revistas jurídicas que ocupan buenas posiciones en los *ranking* internacionales. Un elevado número de publicaciones en este tipo de revistas es garantía de una cátedra en las mejores facultades de derecho norteamericanas con los beneficios que ello implica: un buen salario, un importante número de ayudantes, recursos para investigar, etc. Este mismo patrón no es reproducible en la mayor parte de Europa donde la obtención de la cátedra tiene relación con el número de publicaciones, pero éstas tienen un carácter más claramente nacional, además no existen revistas especializadas en AED. Por otra parte, los planes de estudio de las facultades de derecho son muy rígidos y las asignaturas de AED —cuando se contemplan— lo hacen de forma marginal y normalmente con carácter optativo. Como ya se ha señalado, en Europa el número de cátedras específicas de AED es muy reducido.

Como hemos visto, es razonable pensar que cuanto más competitiva sea la educación superior, mayores serán los incentivos para innovar, incluyendo la innovación en investigación. Por ello, es probable que una vez completado el proceso de Bolonia en las universidades europeas se introduzca una mayor competencia que puede derivar en una mayor aceptación del AED en las mismas, así como una mayor competencia por la búsqueda de fuentes de financiación, de atracción de profesorado, etc. De la misma manera, a medida que la competencia también se extienda a unos servicios jurídicos cada vez más globales es probable que tenga un efecto positivo sobre el AED así como sobre otras doctrinas legales innovadoras.

3. ENFOQUES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

3.1. La economía institucional

Un hecho importante para la consolidación y la transformación del AED en una disciplina académica estándar fue la publicación, en 1973, del libro de Richard Posner *Economic Analysis of Law*³. En pocas ocasiones, en efecto, la aparición de un manual ha tenido una influencia tan clara en el desarrollo de una materia. Las razones son varias. En primer lugar, el libro ha ofrecido, desde su primera edición, un tratamiento completo del AED: desde el estudio de las cuestiones básicas del *common law* (propiedad, contratos, responsabilidad civil, familia y derecho penal) hasta la regulación de la organización y las actividades de las empresas, el derecho procesal y la

³ El Libro de R. Posner, *Economic Analysis of Law* está en su séptima edición, Aspen 2007 ISBN 978-0-7355-6354-4.

administración de justicia, los impuestos o algunos de los problemas más relevantes del derecho constitucional. Pero hay algo más. La obra ofrece una visión coherente del mundo jurídico, que constituye, seguramente, la mejor presentación de lo que ha venido a denominarse «AED de Chicago».

El principio fundamental de este enfoque es la fijación de objetivos de eficiencia a la actividad legislativa y judicial; y la idea de que la propia estructura de funcionamiento del *common law*, mediante la adaptación jurisprudencial de las normas legales lleva a la depuración de éstas y permite la consolidación de aquellos principios que contribuyen a incrementar la riqueza del conjunto de la sociedad.

Pronto se observó, sin embargo, que podrían existir algunos problemas de coherencia entre el enfoque global de Posner y algunos de los trabajos básicos que habían constituido, desde el principio, el fundamento del nuevo AED de Chicago. El caso que mayores repercusiones tendría sería el desacuerdo entre algunas de las conclusiones del modelo de Posner con la visión del sistema económico que —a partir de los dos trabajos básicos de R. Coase de 1937 y 1960— explicaba la función económica de los sistemas jurídicos a partir de la existencia de los costes de transacción de las operaciones de mercado.

Éste ha sido el punto de partida de una corriente alternativa conocida como Nueva Economía Institucional, en la que estaría integrado el denominado AED de los costes de transacción, cuya figura más representativa sería Oliver Williamson. Las diferencias entre ambos enfoques son diversas, pero no son siempre fáciles de definir. Por una parte, es clara la mayor amplitud temática de la Nueva Economía Institucional, que se pone de manifiesto si se comparan, por ejemplo, los contenidos de los congresos del ISNIE y de las dos principales asociaciones dedicadas específicamente al AED, ALEA y EALE. Pero la diferencia más importante se encuentra, seguramente, en la visión crítica que Williamson y sus discípulos tienen de la microeconomía neoclásica, que constituye el fundamento teórico del enfoque de Posner y de la corriente dominante del AED⁴.

El origen de la discrepancia puede verse en un comentario del propio Coase en el capítulo inicial del prólogo a la recopilación de sus principales trabajos, que fue publicada en 1988 con el título *The Firm, the Market and the Law*. Al revisar el contenido de su obra y su influencia en la evolución de la teoría económica, Coase afirma «No parece que merezca la pena dedicar mucho tiempo a estudiar las características de un mundo tal (un mundo con costes de transacción cero). Lo que mi argumentación sugiere es la necesidad de introducir explícitamente costes de transacción positivos en el análisis económico para estudiar el mundo real. Pero éste no ha sido el efecto de mi artículo...; si no estoy equivocado, el análisis económico con-

⁴ Véase el debate, que en las páginas del *Journal of Institutional and Theoretical Economics* mantuvieron Posner, Coase y Williamson.

temporáneo es incapaz de dar soluciones a muchos de los problemas para los que dice haber encontrado respuestas» (pág.15).

Para la escuela de Williamson, el enfoque ortodoxo del AED no habría buscado cambiar la microeconomía neoclásica en este sentido; y, además, se habría resistido a incorporar a sus análisis nuevos instrumentos como la teoría de la incertidumbre, la economía de la información y la racionalidad limitada. La respuesta de Posner, fue que desde luego, no se podía negar que el modelo neoclásico de maximización de la utilidad planteaba problemas; que es evidente que pueden existir costes de información superiores a cero y que a menudo existe incertidumbre en la toma de decisiones. Admite que son cuestiones que, desde la microeconomía neoclásica se han tomado en cuenta y que aceptan que los modelos microeconómicos pueden ser más complejos de lo que a primera vista puede parecer, pero ello no implica abandonar sin más sus postulados básicos.

3.2. Análisis económico del derecho conductista

Uno de estos instrumentos del nuevo análisis institucional —la racionalidad limitada— se convertiría más tarde en uno de los fundamentos de una de las escuelas más importantes y discutidas en la actualidad en el marco del AED: el análisis económico del derecho conductista (*behavioral law and economics*).

El concepto de racionalidad limitada (*bounded rationality*) fue acuñado, por Herbert Simon en la década de 1950 (Simon, 1955) y pone el énfasis en las limitaciones cognitivas del ser humano, que le llevan a cometer errores tanto en lo que se refiere a la interpretación de un determinado hecho como en la toma de decisiones. La existencia de frecuentes equivocaciones a la hora de calcular la probabilidad de que se produzca un determinado suceso por las condiciones particulares del sujeto afectado o por la dificultad de obtener la información adecuada, son ejemplos de las dudas que plantea a los «conductistas» la teoría tradicional de maximización de la utilidad esperada. Y la extensión de teorías psicológicas del comportamiento económico, como los modelos desarrollados por Kahneman (premio Nobel de Economía en 2002) y Tversky (1979), han reforzado esta visión del comportamiento económico.

Como en el caso del enfoque de los costes de transacción, las críticas van dirigidas a algunos de los fundamentos teóricos del AED dominante y a su aplicación a problemas específicos del mundo jurídico. El primer punto en el que se suele atacar al AED es su postulado sobre la búsqueda del propio interés por parte de los agentes económicos. No se trata sólo de tratar de explicar comportamientos altruistas que, de hecho, han sido incorporados sin mayores problemas por la teoría ortodoxa de la maximización de utilidad. Se considera que de la misma manera que se parte de que la racionalidad de las personas es limitada, también lo es la búsqueda del propio interés. Esto hace que la gente se guíe en muchos casos más por criterios de equidad y de la búsqueda de una solución que consideren «justa» de los problemas económico-

cos. Y esto les lleva a actuar, en muchos casos de forma contraria a su propio interés, tanto por no aprovecharse de circunstancias favorables que llevarían a resultados que podrían considerar no equitativos, como por estar dispuestos a ver empeorada su posición si, con ello, consiguen evitar que un tercero —que ha actuado, por ejemplo, de forma poco ética— consiga beneficios que consideran «injustos».

El modelo se completa con un postulado menos conocido pero igualmente relevante a la hora de explicar comportamientos humanos: el principio de «voluntad limitada». Con él se trata de explicar por qué la gente actúa de forma que le puede resultar perjudicial a largo plazo, con pleno conocimiento de los costes que soportará en el futuro. Es el caso, por ejemplo, de quienes fuman, toman drogas o practican sexo sin adoptar un mínimo de precauciones. El principio es importante porque, como veremos a continuación, justifica en términos de eficiencia una mayor intervención del Estado «paternalista». Si no tengo voluntad para no consumir algo que me hace daño, ¿no aumentará mi utilidad si el gobierno me prohíbe hacerlo o eleva los costes de forma tal que mi nivel de demanda se reduzca de una forma significativa?

Son muchos los conceptos técnicos utilizados por el AED conductista. Pero hay dos que tienen especial interés por su trascendencia en temas jurídicos: «el efecto posesión» (*endowment effect*) y el «efecto de los costes hundidos». El «efecto posesión» es una hipótesis que afirma que la gente valora un determinado bien en mayor grado cuando es de su propiedad que cuando pertenece a otra persona. Formulado por primera vez por Richard Thaler (1980) la hipótesis trata de explicar determinados comportamientos —analizados en numerosos estudios experimentales— de acuerdo con los cuales una persona no valora lo mismo, por ejemplo, una taza de café cuando debe decidir si la pide en un bar que cuando alguien le ofrece dinero por ella tras haberle sido servida por el camarero. Y una persona que nunca pagaría, por ejemplo, 300 euros por una entrada de un partido de fútbol, puede no estar dispuesta a deshacerse de la entrada que compró por 100 si alguien le pidiera que se la revendiera por 300. No es difícil ver que este tipo de comportamientos plantea problemas a uno de los principios básicos del AED, el teorema de Coase, que afirma que, si no hay costes de transacción y dejamos a un lado los efectos distributivos, la asignación inicial de los derechos de propiedad es irrelevante en el proceso para alcanzar el óptimo, al que se llegaría mediante transacciones de mercado.

Otra cuestión a la que se ha prestado mucha atención en el AED conductista es el efecto de los costes hundidos. En principio, lo que los economistas consideran decisivo a la hora de adoptar o no una determinada decisión es su coste de oportunidad. Y éste no se ve afectado por el hecho de que el sujeto haya incurrido en costes previos no recuperables. Pero no es este siempre el comportamiento de la gente. Supongamos que alguien ha suscrito un contrato de compraventa a plazos para adquirir un bien que, por la razón que sea, ahora se valora sólo —en términos de utilidad— en un 50 % de su precio. El hecho de que haya pagado ya, por ejemplo, un plazo por valor del 20 % no debería influir en su decisión de romper un contrato cuyo cumpli-

miento sería perjudicial para él. Es muy probable que el hecho de haber pagado ya una parte del precio condicione su decisión de cumplir el contrato.

Todo esto puede ser cierto. Pero ¿en qué grado tales argumentos constituyen críticas fundamentales al enfoque dominante del AED? No cabe duda de que hemos expuesto cuestiones que, en muchos casos, reflejan la forma en la que la gente se comporta. Pero hay que decir que no suponen una novedad ni han sido desconocidas por la teoría económica y el AED. Por ejemplo, los resultados del principio de voluntad limitada han sido analizados desde la microeconomía neoclásica por Gary Becker, que ha explicado el comportamiento de fumadores o adictos a las drogas en términos de modelos de adicción racional.

Pero veamos uno de los temas básicos del AED en el que muchos de los puntos señalados por el análisis económico conductista aparecen reflejados: la teoría económica de la litigación y de resolución de conflictos por vía judicial. Supongamos un pleito civil cualquiera, una reclamación por daños, por ejemplo. Una de las razones por las que el acuerdo previo al juicio puede ser imposible es el optimismo excesivo de una o de ambas partes. De hecho, lo más habitual es que la suma de las probabilidades subjetivas que el demandante y el demandado tienen de ganar el pleito sea superior a uno. También es muy probable que las partes no coincidan en la valoración del daño; y no sólo por razones estratégicas. Es muy posible que quien ha visto cómo su propiedad ha sido dañada valore realmente el prejuicio en una cantidad muy superior a la que le parecería adecuada si el daño lo hubiera sufrido otra persona. Si el caso tiene lugar en Estados Unidos es posible que sea un jurado quien determine, en primera instancia, la cuantía de la indemnización. Y este jurado seguramente no se basará tanto en criterios de eficiencia, como en criterios de «justicia»; fijando una indemnización más relacionada con el patrimonio o la dimensión de la empresa demandada que con la cuantía real del daño causado. (Y la experiencia muestra que los jueces profesionales pueden actuar de manera semejante, aunque, sus decisiones sean, por lo general, más frías y objetivas que las de los jurados). Supongamos ahora que una de las partes no está de acuerdo con la sentencia y se plantea recurrirla. En teoría lo que debe valorar, a la hora de tomar una decisión a este respecto, es el coste de la apelación, por una parte, y la diferencia esperada entre la nueva cuantía que fije el tribunal de apelación y la establecida por el tribunal de primera instancia. Lo que hasta la fecha haya invertido en el juicio debería ser, en realidad, irrelevante. Pero todo indica que, con gran frecuencia, no lo es; y el litigante calcula cuánto ha gastado ya en el pleito y estima el coste de la apelación como un porcentaje del gasto total del pleito.

Tal vez algunos teóricos del AED hagan como Monsieur Jourdain y «hablen en prosa sin saberlo»; es decir, en el fondo sean conductistas sin haberse dado cuenta. Pero una revisión de la amplia literatura existente sobre litigación permite comprobar cómo casi todas estas cuestiones ya habían sido incorporadas a la teoría económica de la litigación con anterioridad (Cabrillo y Fitzpatrick, 2007) y que la figura del *homo economicus* que se pinta desde la visión conductista como el centro de AED

convencional puede estar bastante alejado de lo que se ha hecho en esta disciplina desde hace muchos años.

La crítica a algunos de los fundamentos básicos del análisis del derecho ha abierto el camino al rechazo de algunas de sus conclusiones en el campo de la política legislativa y de la teoría de la regulación. Si se acepta que la gente no es racional en el grado en el que el análisis económico dominante acepta, cabe defender una mayor intervención del Estado en las decisiones particulares de cada persona; y esta intervención elevaría su nivel de bienestar.

La idea así planteada tiene, desde luego, poco de novedoso. Pero en el campo del análisis económico del derecho ha sido desarrollada en una teoría de nombre paradigmático: el paternalismo liberal. En un artículo pionero Sunstein y Thaler (2003) fundamentan su defensa de un mayor papel del Estado para elevar el bienestar de una determinada sociedad en las ideas de la economía conductista antes apuntadas. Lo más llamativo es que intentan mantener el principio básico de libertad de elección y hacerlo coherente con políticas públicas dirigidas a orientar a la gente para que elija de la manera que le resulte más conveniente. No es sorprendente, por tanto, que una de las cuestiones más debatidas en relación con este enfoque es si la expresión «paternalismo liberal» no constituye un perfecto oxímoron.

A partir del principio de racionalidad limitada, quienes defienden este enfoque creen que la gente puede no realizar las mejores elecciones posibles y su nivel de felicidad aumentaría si el Estado les orienta en este sentido. Normas o proyectos de normas que nos resultan familiares en España como hacer la vida más difícil a los fumadores o poner limitaciones a la venta de determinados productos (hamburguesas, por ejemplo) irían en esta línea.

Pero, como señalábamos antes, parece difícil que los postulados conductistas del AED justifiquen la aprobación y aplicación de determinadas normas jurídicas que limiten la libertad individual. Como ha señalado G. Becker (2009) el liberalismo no presupone que las personas elijan siempre lo que más les conviene, pero sí que saben lo que quieren, y mejor que los legisladores, los funcionarios o los profesores universitarios.

Parece, por tanto, que o somos liberales o somos paternalistas. Y tratar de encontrar un punto de encuentro entre estos dos enfoques resulta imposible, por mucho que utilicemos criterios como racionalidad limitada, equidad o mercancías, no sujetas a comercio.

3.3. Estudios empíricos de análisis económico del derecho

El estudio empírico del análisis económico del derecho es un conjunto de postulados y métodos relativamente reciente que analiza las normas, los procedimientos y las teorías legales haciendo uso de métodos de investigación empíricos. Es de-

cir, utiliza técnicas que son habituales para los economistas y también, aunque en menor medida para los sociólogos y los psicólogos, pero aplicadas a cuestiones legales como los daños punitivos, los jurados, temas de propiedad intelectual y un largo etcétera. La importancia de los estudios empíricos ha ido en aumento y prueba de ello es la creación del *Journal of Empirical Legal Studies* (2004), y la fundación de la *Empirical Legal Studies Association* que tiende a consolidarse a lo largo del tiempo con reuniones anuales con una participación cada vez más nutrida.

Es difícil determinar qué se entiende como trabajo empírico en AED. Obviamente, tiene que tener una presentación y un análisis de los datos; pero eso podría suponer incluir cualquier estudio de AED que intenta probar alguna hipótesis simplista en relación con las normas legales establecidas a partir del estudio de casos. De acuerdo con Landes (2003) para que sea considerado un estudio empírico en AED es preciso que contenga una tabulación y un análisis cuantitativo de los resultados que sirvan para contrastar una teoría. Y estos trabajos son hoy muy frecuentes en los diversos enfoques metodológicos del AED a los que se ha hecho referencia en páginas anteriores.

Aunque, tal y como se ha señalado en el párrafo anterior, a lo largo de los años ha venido creciendo el interés por el uso de técnicas empíricas para el estudio de la ley (entendido en sentido genérico) lo cierto es que se observa un uso mucho menor de los análisis empíricos para el estudio de cuestiones relacionadas con el AED que con la economía en general tal y como nos muestran los datos aportados por Landes (2003). De acuerdo con su estudio, los artículos empíricos son mucho más frecuentes en las revistas consideradas de Economía dentro del AED (*Journal of Law and Economics* —JLE—) que entre las revistas consideradas jurídicas dentro del AED (*Journal of Legal Studies* y *American Review of Law and Economics* —JLS—).

Durante el periodo analizado (1972-2002) en el JLE el 72 % de los artículos eran empíricos mientras que en ese mismo periodo sólo el 39 % de los artículos publicados en el JLS lo eran. La explicación más convincente para esta escasez relativa de artículos empíricos viene determinada fundamentalmente por el tipo de profesores que se dedican básicamente al AED y especialmente por el tipo de facultades —de Derecho— donde desarrollan su vida académica. Los profesores de AED, al estar en facultades de Derecho, tienen costes mucho mayores si producen artículos empíricos que teóricos de modo que es más rentable para ellos decantarse por artículos analítico-teóricos que no empíricos. Hay que tener en cuenta que muchos de ellos tienen formación jurídica aunque hayan adquirido a lo largo de los años por su cuenta nociones económicas, pero carecen de una formación avanzada que les permita el uso de herramientas empíricas más complejas como puede ser la econometría y la estadística. No obstante, cabe pensar que muchos de los profesores de AED tienen una doble formación o incluso son solamente economistas. El problema estriba en que, hasta en estos supuestos, los ayudantes con los que suele contar en una

facultad de derecho tienen generalmente una formación más jurídica que económica. Por otra parte, no se debe olvidar que en las facultades de Derecho tiene una importancia mucho mayor y se valoran más los trabajos teóricos que los empíricos; de ahí que sea más eficiente para los profesores de AED dedicarse a cuestiones teóricas y solo subsidiariamente trabajan con datos numéricos.

Ahora bien, dicho esto, la tendencia que se observa es la formación cada vez más frecuente de grupos interdisciplinares que permiten subsanar las deficiencias de ambas partes, juristas y empiricistas, pues igual que se señala que muchos juristas no son siempre buenos empiricistas, de igual modo se observa que muchos economistas empíricos no son capaces de desarrollar adecuadamente la teoría a pesar de realizar análisis empíricos de gran calidad. Es probable, por tanto, que coautorías de economistas y juristas junto con una mayor disponibilidad de series de datos —gracias al uso masivo de internet— dé lugar a un incremento del número de artículos empíricos en AED.

La senda marcada por los estudios empíricos sobre cuestiones jurídicas es sin duda positiva; pero se deben señalar los peligros potenciales que puede crear este perfeccionamiento técnico con estudios cada vez más sofisticados. Por un lado, existe la posibilidad de que ese mayor rigor aleje a los juristas de escasa formación económica al sentir que, en muchos casos, unos conocimientos básicos no son suficientes para entender los artículos de las revistas relevantes en la materia. Por otra parte, y lo que es más importante, una formalización excesiva puede distanciar el contenido de estos artículos de los problemas reales que realmente importan a los juristas y que los trabajos sean realizados por personas que carezcan de un conocimiento suficiente de las leyes e instituciones jurídicas estudiadas.

3.4. La economía experimental

La economía experimental, de forma genérica, es la aplicación de los métodos de laboratorio para estudiar temas económicos con el fin de validar una teoría o verificar mecanismos de mercado. A través de simulaciones que recrean los incentivos existentes en el mundo real, la economía experimental permite comprender por qué los mercados y otras instituciones funcionan como lo hacen. Los experimentos de laboratorio han sido una herramienta útil para la economía y, aunque se ha utilizado mayoritariamente como técnica de análisis de la economía, lo cierto es que cada vez es más amplio el campo en que se aplica. Los economistas cada vez usan más la economía experimental para probar sus teorías, investigar fenómenos complicados de difícil solución teórica, evaluar políticas públicas e incluso privadas. La gran virtud de los experimentos, tanto en ciencias sociales como naturales, es que permiten obtener constatación empírica bajo condiciones de *control* y *replicabilidad*. Control significa que las circunstancias bajo las que se obtiene la verificación empírica se conocen bien y pueden variarse deliberadamente; y el término replicabilidad se refiere

a la posibilidad de repetir un experimento exactamente bajo las mismas condiciones. Estos dos elementos, tradicionales en la investigación científica, hacen posible un avance ordenado y sistemático de la investigación. Hay que señalar que su sencillez ha facilitado que estos experimentos hayan sido replicados muchas veces y que se hayan también estudiado un gran número de variaciones de los mismos. De hecho, en los años setenta, los artículos de economía experimental eran algo meramente residual (dos o tres por año) mientras que hoy en día la cifra ha rebasado la frontera de los 100 por año.

Una de las críticas más habituales que se ha hecho a la economía experimental es el uso de estudiantes para sus experimentos como la recreación ficticia del entorno, por las limitaciones que ello puede suponer a la hora de extrapolar los resultados. Por ello, uno de los desarrollos más importantes de la investigación económica en los últimos años es el auge de los experimentos de campo (*field experiments*). En busca de mayor relevancia, algunos economistas experimentales han pasado a reclutar participantes en diferentes medios, en vez de trabajar con estudiantes universitarios; a utilizar bienes concretos en vez de ficticios; así como a emplear, en las instrucciones experimentales, entornos concretos en vez de terminología abstracta. Ahora bien, las principales limitaciones de esta línea de trabajo consisten precisamente en que ni el control ni la replicabilidad están al mismo nivel que en los experimentos de laboratorio de los primeros estudios de recreación ficticia con la colaboración de los estudiantes.

Hoffman y Spitzer (1982) a mediados de los años 80 fueron los primeros que introdujeron el concepto de «AED experimental» haciendo un exhaustivo recuento de los principales artículos de la literatura sobre economía experimental que tenían aplicación al derecho. Desde entonces este campo ha crecido de forma exponencial, hasta el punto de que un gran número de estudios de economía experimental son relevantes para el AED. La economía experimental tiene contacto con el AED en muchos puntos, y por ello, Mc Adams (2000) a finales de los años 90 hace una revisión de la literatura dividiéndola —con acierto— en seis bloques de gran interés para el derecho.

La primera de estas categorías es *la toma de decisiones individuales*⁵. En la mayoría de los experimentos en economía se analiza cómo los individuos toman decisiones, pero éstas suelen ser en situaciones de mercado o de negociación. La característica diferencial de este tipo de experimentos es que se centran en las decisiones de los individuos de forma aislada bajo condiciones de riesgo o incertidumbre. Estas situaciones son especialmente interesantes para el análisis jurídico. En este sentido hay una extensa literatura experimental sobre la diferencia entre la disponibilidad de pagar y la de aceptar, teniendo esta desviación mucha relevancia a la hora de elegir entre reglas de propiedad y de responsabilidad. También han sido muy relevantes

⁵ Para más información ver: Hoffman, E. y Spitzer, M. (1993).

los experimentos que ponen de manifiesto cómo diferencias en las preferencias por el riesgo afectan a las normas legales. Así, por ejemplo, Block y Gerety (1995) realizan experimentos que ponen de manifiesto que los estudiantes son más adversos al riesgo de ser aprehendido al cometer un delito que los reclusos, de modo que los primeros modifican su comportamiento por cambios en las penas (años de cárcel o sanción monetaria), mientras que los prisioneros son más sensibles a cambios en el grado de certeza de ser detenido.

Otro ámbito en el que la economía experimental ha sido de gran utilidad para el AED es el de los *problemas de acción colectiva (bienes públicos) y de coordinación*⁶. Los experimentos sobre bienes públicos ponen de manifiesto una mayor cooperación y menos conductas *free riding* que lo que la teoría de juegos predice. Los experimentos de coordinación estudian el aprendizaje adaptativo y la emergencia de equilibrios en juegos con múltiples equilibrios posibles. Estos resultados son significativos para el derecho porque la acción estatal suele justificarse por la necesidad de subsidiar bienes públicos o establecer equilibrios eficientes. O también para la justificación de las leyes antitrust donde es fundamental conocer las condiciones bajo las cuales las empresas se abstendrán de ser *free riders* y cooperarán en materia de precios o en otras cuestiones.

También destacan los experimentos sobre negociación⁷ que sirven para determinar con qué frecuencia los individuos llegan a un acuerdo y si esos acuerdos son eficientes. Este tipo de cuestiones son especialmente de interés para el teorema de Coase y para determinar si elegir reglas de responsabilidad o de propiedad, como antes hemos comentado. También este tipo de experimentos sobre negociación son iluminadores a la hora de predecir la probabilidad de acuerdos en casos de litigación así como a la hora de seleccionar reglas predeterminadas (*default rules*) de incumplimiento en los contratos.

Otra categoría interesante dentro de la economía experimental es la relacionada con las *subastas*⁸ ya que éstas permiten comprender la formación de los precios competitivos en cuestiones muy diferentes. Por ejemplo, las subastas ayudan a revelar la demanda real de bienes públicos, una cuestión esencial para una regulación impositiva eficiente, etc. Los experimentos de subastas son también relevantes para la regulación de contratos públicos donde el gobierno necesita conocer la estructura de las subastas que es más conveniente.

Otro importante ámbito de actuación son los experimentos relacionados con la organización industrial⁹, que revelan cómo diferentes instituciones o estructuras industriales son más proclives que otras a la cooperación o a la colusión, cuestiones muy relevantes para el diseño —de nuevo— de la política antitrust o de la regula-

⁶ Para más información ver: Davis, D. y Holt, C (1993); Ledyard, J (1995); Roth, A. (1995a).

⁷ Para más información ver: Davis, D. y Holt, C. (1993); Roth, A. (1995b).

⁸ Para más información ver: Davis, D. y Holt, C. (1993); Kagel, J. (1995).

⁹ Para más información ver: Davis, D. y Holt, C. (1993) Holt, C. (1995).

ción de protección del consumidor. Del mismo modo, estudios de economía experimental sirven para establecer el número de compradores y el nivel de cumplimiento de las garantías, necesarios para asegurar precios competitivos, elemento esencial (una vez más) en el diseño de las leyes sobre protección del consumidor, antitrust o en temas de contratos.

Por último, otro campo incipiente aún por consolidar son los experimentos relacionados con los mercados de activos¹⁰ que han permitido comprobar el modelo de expectativas racionales incluyendo los efectos de la información asimétrica, la suspensión del comercio, las limitaciones en los cambios de los precios, etc., y que colaboran en la conformación de la regulación sobre mercado de valores.

Se puede afirmar que la economía experimental es todavía un campo relativamente nuevo para la economía, y aún más para el AED, pero esta herramienta tiene un gran potencial al ser un instrumento que permite verificar postulados teóricos. En este sentido, es importante destacar que los experimentos sobre negociación cuestionan, de forma semejante a las dudas ya planteadas desde el AED conductista, algunas de las teorías más relevantes del AED, —como es el teorema de Coase o los acuerdos prejudiciales— al obtenerse resultados contrapuestos en experimentos similares, poniendo de relieve que todavía se debe profundizar sobre estos temas para obtener resultados concluyentes. En este mismo sentido, los resultados de estos experimentos han contribuido de forma importante a la exploración sistemática de la racionalidad limitada, tanto en situaciones de decisión individual como en situaciones de interacción estratégica. Más concretamente, este tipo de experimentos han permitido estudiar situaciones en las que la racionalidad de las personas no es igual a la propuesta por los modelos basados en el supuesto de racionalidad completa. Se evidencian así, la existencia de limitaciones de nuestro modelo teórico de racionalidad y la necesidad de construir modelos más realistas del comportamiento humano que nos permitan entender mejor la realidad económica y social. De esta forma la economía experimental puede considerarse un formidable instrumento para verificar y redefinir teorías y, en función de ello, modificar las normas pertinentes.

4. CONCLUSIONES

La solución del análisis económico del derecho a lo largo de los últimos cincuenta años muestra una ampliación sostenida de su campo de estudio. Cabe por ello preguntarse hasta qué punto puede continuar esta tendencia o si existen límites a la expansión de esta disciplina.

Si lo que básicamente caracteriza el AED es la aplicación de la teoría económica —con las particularidades en su definición que se han expuesto anteriormente— a

¹⁰ Para más información ver: Sunder S. (1995).

los asuntos jurídicos prácticos, cualquier cuestión jurídica podría ser analizada con este método. Y de hecho esto es lo está ocurriendo. Si, como ya se ha apuntado, el manual de Posner sigue ofreciendo una visión global del derecho desde el punto de vista del análisis económico, pueden, en el futuro añadirse las nuevas cuestiones que van surgiendo como consecuencia de la evolución de las economías occidentales, desde el derecho medio ambiental a la regulación de nuevas estructuras familiares y acuerdos matrimoniales, pasando por los problemas que la última crisis económica ha planteado a la regulación financiera o a la estructura del gobierno de las empresas. El listado podría ser interminable, pues cada día hay un mayor acuerdo en que el AED sirve para el estudio de cualquier problema relacionado con el derecho y con las normas, en el que cada vez resulta más difícil establecer límites. Sin lugar a dudas, su evolución a lo largo de los años ha puesto de manifiesto que se trata de un programa abierto, en el que continuamente se introducen cuestiones nuevas cada vez más novedosas acordes con las nuevas tecnologías. En este sentido, no debemos olvidar que las nuevas tecnologías permiten crear instituciones y formas contractuales hasta hace poco impensables, a cuyo estudio el análisis económico podría hacer aportaciones importantes.

La amplitud del objeto no implica, sin embargo, que en todos los campos el AED haya obtenido los mismos resultados. Como es lógico, este tipo de estudios han logrado mayor aceptación en aquellas cuestiones en las que se puede definir con mayor precisión los intereses económicos en juego. Mucho más discutida es su aplicación a temas en los que la decisión de los agentes implicados no se ve influida por objetivos estrictamente monetarios, como es el caso del derecho de familia o el derecho penal.

En relación con el primero conviene recordar que, cuando el Comité Nobel decidió otorgar el premio a Gary Becker, al comentar los méritos del galardonado, hizo constar expresamente que sus trabajos sobre la economía de la familia —que constituyen la base del análisis económico del derecho en este campo— estaban sujetos a discusión. Y, por poner un ejemplo, el trabajo más discutido seguramente en toda la historia de esta disciplina ha sido el artículo de Landes y Posner (1978) sobre la adopción que lleva el provocativo título: *La economía de la escasez de los bebés: una modesta proposición*.

En lo que al derecho penal hace referencia, se observa el rechazo de mucha gente a analizar el comportamiento del delincuente en términos de racionalidad. Y siguen siendo objeto de debate —al menos en los Estados Unidos— los efectos de la pena de muerte en la Comisión de determinados delitos.

Esta cuestión, y otras similares que podrían mencionarse, plantea de nuevo el problema de separar un análisis positivo de un determinado hecho, o una determinada norma, de las implicaciones que éste podría tener en una potencial reforma, que se puede buscar o rechazar con criterios que muy poco tienen que ver con la eficacia.

En el campo del AED los debates sobre la pena de muerte se han centrado en dilucidar si este castigo es eficiente, en el sentido de que disuade a criminales potenciales de cometer delitos que podrían ser castigados con la pena capital. La opinión mayoritaria —aunque no de aceptación generalizada— es que la pena de muerte es disuasoria y su abolición llevaría a un mayor número de asesinatos. Pero lo cierto es que la gran mayoría de sus partidarios y de sus adversarios no basan su aceptación o rechazo en el argumento de la disuasión. Por el contrario, los primeros suelen defenderla con criterios estrictamente retribucionistas: es justo que quien comete un asesinato con circunstancias agravantes que hacen aún más repulsivo su crimen sea ejecutado. Mientras los últimos señalan que una sociedad civilizada no debería quitar la vida a nadie por horrendo que haya sido el crimen cometido. Ahora bien, como el argumento del carácter disuasorio o no de la pena puede reforzar los argumentos propios, no es casualidad que quienes están a favor de su aplicación piensen, por lo general, que tienen un efecto disuasorio importante¹¹; mientras los adversarios valoran más aquellos trabajos empíricos que niegan tal efecto¹².

Este tipo de debates no debería preocupar demasiado, sin embargo, al análisis económico de las normas. Quienes nos dedicamos a esta disciplina somos perfectamente conscientes de que la eficiencia es, sólo uno de los criterios determinantes a la hora de redactar una ley o una sentencia en los tribunales de justicia. Pero insistimos en la importancia de este criterio porque lo que ha ocurrido durante mucho tiempo —y en buena medida sigue sucediendo hoy— es que, buscando objetivos de equidad o de una más igualitaria distribución de la renta, se aprueban normas muy inefficientes. Y éstas producen, a menudo, efectos no deseados, que acaban perjudicando incluso a aquellos grupos sociales a los que el legislador pretendía beneficiar.

¹¹ Ver: Dezhbakhsh, H. Rubin, p. y Shepherd J. (2003); Gittings, R y Mocan, H. (2003).

¹² Ver: Donohue, J. (2009); Donohue, J. y Wolfers J. (2005).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECKER, G. (1968): «Crime and Punishment: An Economic Approach». *The Journal of Political Economy*, 76, 169-217.
- (2009): «Libertarian Paternalism» en G. Becker y R. Posner *Uncommon Sense*, University of Chicago Press, 147-150.
- BLOCK, M. y GERETY, V. (1995): «Some Experimental Evidence on Differences between Student and Prisoner Reactions to Monetary Penalties and Risks» *Journal of Legal Studies*, 123-138.
- CABRILLO, F. (1990): «Una nueva frontera: el análisis económico del derecho». *Economía del Derecho Información Comercial Española* num. 687.
- CABRILLO, F. y FITZPATRICK, S. (2007): *Economics of Courts and Litigation*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA).
- CALABRESSI, G. (1961): «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts». *Yale Law Journal*, n.º 70, 499-553.
- COASE, R. (1960): «The Problem of Social Cost». *The Journal of Law and Economics*, 1-44
- (1988): *The Firm, the Market and the Law* Chicago: University of Chicago Press.
- (1993): «Coase on Posner on Coase» *Journal of Institutional and Theoretical Economics* núm. 149; 96-98.
- DAVIS, D. y HOLT, C (1993): *Experimental Economics*, Princeton, Princeton University Press.
- DEZHBAKHSH, H.; RUBIN, P. y SHEPHERD, J. (2003): «Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-moratorium Panel Data». *American Law and Economics Review*, V5, N2, (344-376).
- DONOHUE, J. (2009): «The impact of the death penalty on murder». *Criminology & Public Policy* Volumen 8, núm. 4, 795-801.
- DONOHUE, J. y WOLFERS, J. (2005): «Uses and Abuses of Statistical Evidence in the Death Penalty Debate». *Stanford Law Review*. 58, 787.
- GAROUPA, N. y ULEN, T. (2008): «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States» *Alabama Law Review*, vol. 59 (5), 1555-1633.
- GAZAL-AYAL, O. (2007) «Economic Analysis of Law and Economics». *Capital University Law Review*, Vol. 35, p. 3.
- GITTINS, R. y MOCAN, H. (2003): «Getting Off Death Row: Commuted Sentences and the Deterrent Effect of Capital Punishment» *Journal of Law and Economics*, Volume 46, Number 2
- HERBERT, S. (1955): «A Behavioral Model of Rationality Choice». *Quarterly Journal of Economics*, 69. MIT press.
- HOFFMAN, E. y SPITZER, M. (1983): «The Coase Theorem: Some Experimental Tests». *Journal of Law and Economics*, 73-98.
- (1993): «Willingness to Pay vs. Willingness to accept Legal and Economics Implications». *Washington University Law Quarterly*, 59-114.
- HOLT, C. (1995): «Industrial Organization: a Survey of Laboratory Research. *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- JOLLS, C. SUNSTEIN, C. y THALER, R. (1998): «A Behavioral Approach to Law and Economics». *Stanford Law Review*, 50 1471-1550.
- KAGEL, J. (1995): «Auctions: A survey of Experimental Economics en *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- KANHEMAN, D. y TVERSKY, A. (1979): «Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk». *Econometrica*, 47(2), 263-292.
- LANDES, W. (2003): «The Empirical Side of Law & Economics». *University Chicago Law Review*, 167- 180.
- LANDES, E. y POSNER, R. (1978): «The Economics of the Baby Shortage: A Modest Proposal». *Journal of Legal Studies*.
- LEDYARD, J. (1995): «Public Goods: A Survey of Experimental Economics». *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- MC ADAMS, R. (2000): «Experimental Law and Economics». *Encyclopedia of Law and Econo-*

- mics, volumen 1, editado por B. Bouckaert y G. De Geest. Edward Elgar.
- POSNER, R. (1993): «The New Institutional Economics Meets Law and Economics». *Journal of Institutional and Theoretical Economics* núm. 149; 73-87.
- (2007): *Economic Analysis of law*, Aspen.
- ROTH, A. (1995a): «Introduction to a Experimental Economics». *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- (1995b): «Bargaining Experiments». *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- SUNDER, S. (1995): «Experimental Assets Market: A Survey». *The Handbook of Experimental Economics* Princeton, Princeton University Press.
- SUNSTEIN, C. y THALER, R. (2003): «Libertarian paternalism is not an oxymoron». *The University of Chicago Law Review*, 70(4).
- THALER, R. (1980): «Toward a positive theory of consumer choice». *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 1, 39-60.
- WILLIAMSON, O. (1993): «*Transaction Costs meets Posnerian Law and Economics*». *Journal of Institutional and Theoretical Economics* núm. 149; 99-118.