

CAPÍTULO 1

Introducción

La aproximación económica al análisis del derecho aborda dos tipos fundamentales de cuestiones respecto de las normas jurídicas. El primer tipo es *descriptivo*, y hace referencia a los efectos de las normas jurídicas; por ejemplo: ¿Cómo influye nuestro sistema de responsabilidad por accidentes automovilísticos sobre la cantidad de tales accidentes, sobre la compensación de las víctimas de dichos accidentes y sobre los gastos procesales? El otro tipo de cuestiones es *normativo* y se refiere a la deseabilidad social de las normas legales; es decir, habría que preguntarse si nuestro sistema de responsabilidad por accidentes automovilísticos es bueno desde el punto de vista social en atención a sus distintas consecuencias.

Para responder a los dos tipos de preguntas subyacentes a la aproximación económica al análisis del derecho, se suelen formular modelos simplificados del comportamiento individual y del sistema legal. La ventaja del empleo de modelos es que permite responder sin ambigüedad a preguntas de índoles normativa y descriptiva que pueden resultar clarificadoras para comprender la verdadera influencia de las normas jurídicas sobre el comportamiento, y servir de ayuda a la hora de adoptar decisiones de política jurídica.

Análisis descriptivo. La incorporación de las cuestiones descriptivas en los modelos suele implicar la consideración de los agentes como seres “racionales”. Es decir, tienen en cuenta el futuro y se comportan tratando de hacer máxima su utilidad esperada. Una vez caracterizados los individuos como agentes racionales, podemos determinar la influencia ejercida por las normas legales sobre su comportamiento. Dicha influencia puede determinarse con precisión en el mundo de los modelos, porque se explicitan todos los supuestos relevantes acerca de los deseos de los individuos, sus conocimientos, capacidades y entorno. Por

ejemplo, se podrá determinar si una persona va a conducir o no con cuidado, para lo cual se habrá establecido cuán difícil le resulta a esa persona actuar con precaución, si esa persona estará o no en riesgo de sufrir daños en un accidente de tráfico, qué regla de responsabilidad es aplicable, qué circunstancias darán lugar a entablar un proceso judicial, si la persona dispone o no de seguro de accidentes y de seguro de responsabilidad, y así sucesivamente.

Análisis normativo. La evaluación de las políticas sociales, y por tanto de las normas jurídicas, ha de llevarse a cabo tomando como referencia una determinada medida de *bienestar social*.¹ Una norma jurídica será superior a otra segunda si como resultado de la primera norma se deriva un nivel más alto de bienestar social de acuerdo con la medición establecida.

Por tanto, debería ponerse de manifiesto que el análisis normativo es *condicional* por naturaleza: cuál sea la mejor norma legal depende del criterio de bienestar social que se tome en consideración. Si el objetivo social fuera simplemente minimizar la cantidad de accidentes de automóvil, la mejor norma bien podría ser aquella que implicase un castigo severo por causar un accidente, en tanto que si el objetivo social incluyera también los beneficios que la gente obtiene del hecho de conducir, probablemente la mejor norma no implicaría un castigo riguroso para el causante de un accidente.

Lo anterior nos plantea la pregunta de qué medidas del bienestar social operan en el análisis económico de las normas jurídicas. Sin embargo, antes de entrar a discutir esta cuestión, haremos un breve comentario acerca de la naturaleza de las medidas del bienestar social.

De acuerdo con el marco teórico de la economía del bienestar, el bienestar social se considera una función del bienestar individual, es decir, de la utilidad de cada individuo. La utilidad de un individuo, por su parte, puede depender de cualquier cosa que a dicho individuo le importe: no solamente de deseos materiales sino también, por ejemplo, de gustos estéticos, de sentimientos altruistas o del deseo de que se satisfaga su noción de justicia. Por lo tanto, el bienestar social puede depender de alguno de estos tres elementos, y dependerá de ellos en la medida en que lo hagan las utilidades individuales. De este modo, es erróneo creer que, desde una visión económica, el bienestar social solo refleja factores “económicos”, es decir, la cantidad de bienes y servicios producidos y disfrutados.

¹ La cuestión relativa al bienestar social y el análisis normativo se discute con mayor amplitud en los capítulos 26-28.

Es más, la medida del bienestar social puede incorporar la deseabilidad de igualar la utilidad entre individuos. Es decir, que la función que representa la medida del bienestar social sea tal que sea mayor si los individuos presentan utilidades similares que si sus niveles de utilidad son diversos (siendo idéntico el resultado de la suma). Las funciones de bienestar social que presentan la propiedad de que la igualdad de utilidades tiende a incrementar el bienestar social son objeto de estudio por los economistas en general, y señaladamente por los que se dedican al área de la fiscalidad de la renta.

En consecuencia, la concepción de bienestar social manejada en el ámbito de la economía del bienestar es bastante general y puede adaptarse adecuadamente al concepto de bien común compartido por la mayoría de los lectores de esta obra.

Sin embargo, los analistas económicos con carácter general restringen su atención a medidas bastante simples de bienestar social, y del mismo modo procederemos en esta obra. A este respecto, hay que tener en cuenta desde el principio los dos tipos de supuestos en los que nos basaremos. El primero es que la medida de bienestar social normalmente no guardará relación con la distribución de utilidades; es decir, el efecto de las normas legales en la distribución del bienestar no será relevante para su evaluación conforme a la medida de bienestar social utilizada. Se adopta este supuesto, no porque no consideremos un factor importante la distribución de utilidades, sino porque tener en cuenta el efecto de las normas jurídicas sobre aspectos distributivos complicaría nuestro análisis sin alterar nuestras conclusiones finales. ¿Por qué tomar en consideración factores distributivos no alteraría nuestras conclusiones? La respuesta es que la sociedad dispone de la fiscalidad sobre la renta y del sistema de transferencias que puede utilizar para redistribuir la renta. Por tanto, si incorporásemos a nuestro análisis la imposición sobre la renta y las transferencias, un cambio en ese sistema fiscal podría neutralizar los efectos indeseables desde el punto de vista de la distribución que haya ocasionado una norma jurídica. Si, por ejemplo, una norma favoreciera el desequilibrio beneficiando a los ricos y perjudicando a los pobres, los ricos podrían ser gravados con mayor carga impositiva que los pobres, de manera tal que la aplicación de la norma no tendría necesariamente efectos distributivos después de hacer el ajuste óptimo en el sistema fiscal. Por lo tanto, si partimos del supuesto de que el sistema fiscal se utilizará para producir cambios deseables en la distribución de la renta, el efecto distributivo de la elección de normas legales no debería ser relevante. Por supuesto, podría no adoptarse el supuesto de que el sistema fiscal vaya a utilizarse siempre para redistribuir adecuadamente la riqueza, en cuyo caso la decisión sobre las normas legales podría tomar en consideración sus efectos redistributivos.

El otro tipo de supuestos atañe a los conceptos de equidad y de moral. Consideremos, por ejemplo, la concepción clásica de justicia correctiva que requiere que quien ha actuado incorrectamente compense a su víctima por el daño causado. Está claro, en nuestra opinión, que la idea de justicia correctiva tiene una importancia sustancial para los individuos, especialmente en el contexto de los accidentes, y por ello debería pensarse incluirla entre las medidas de bienestar social. Sin embargo, normalmente excluiríamos del análisis tales nociones de equidad por conveniencia analítica. Otras veces, en cambio, mencionaremos, tras proceder al análisis de una norma legal, cómo una noción relevante de equidad podría afectar a nuestras conclusiones (en la Séptima Parte se abordará la cuestión general de la integración de la moral y de las distintas nociones de equidad al análisis normativo).

¿En qué se diferencia el análisis económico del derecho de otros enfoques de análisis del derecho? Cabría preguntarse si existe alguna diferencia cualitativa entre el análisis económico del derecho, tal como se define en estas páginas, y otros enfoques de evaluación del derecho. ¿No resulta de interés para cualquier analista del derecho determinar cómo las normas jurídicas afectan al comportamiento y, en consecuencia, evaluar dichas normas en relación con algún criterio de bienestar social? La respuesta debería ser afirmativa y, por tanto, desde esta perspectiva general no debería distinguirse el análisis económico del derecho de otros tipos de análisis.

Sin embargo, hay tres rasgos que caracterizan específicamente el análisis económico. Primero, el análisis económico es prolijo en el uso de modelos simplificadores y de la estadística, en la contrastación empírica de la teoría, mientras que los demás enfoques normalmente no emplean ninguno de estos instrumentos. Segundo, para la descripción del comportamiento, el análisis económico concede un peso mucho mayor que el resto de los enfoques a la consideración de los agentes como seres racionales que actúan teniendo en cuenta las consecuencias de sus decisiones. Y tercero, en cuanto a la evaluación normativa, el análisis económico hace explícita la medida de bienestar social considerada, mientras que los otros tipos de análisis a menudo dejan poco claro o sustancialmente implícito el criterio de bien común.

Historia del enfoque económico. Puede decirse que la perspectiva económica tuvo su origen principal en los escritos sobre el delito de Beccaria (1767) y, especialmente, de Bentham (1789). Bentham desarrolló muy detalladamente la idea de que las sanciones legales pueden desalentar la mala conducta y que esas sanciones deberían emplearse cuando resulten efectivamente disuasorias pero no cuando no consigan ese efecto (como en el caso de personas dementes). Curiosamente, sin embargo, después de Bentham, el enfoque económico

de estudio del derecho permaneció en gran medida aletargado hasta los años sesenta y setenta. Es ese periodo, Coase (1960) escribió un provocativo artículo acerca de los incentivos a la reducción de daños que generaba la asignación de derechos de propiedad. Becker (1968) redactó un influyente artículo sobre el delito, poniendo al día y extendiendo las anteriores contribuciones de Bentham; Calabresi (1970) publicó un extenso tratado sobre las reglas de responsabilidad y el problema de los accidentes; y Posner (1972a) escribió un manual omni-comprendido y varios artículos, y asimismo fundó el *Journal of Legal Studies*, donde pudieron publicarse con regularidad los estudios académicos de análisis económico del derecho. Desde entonces la disciplina del análisis económico del derecho ha crecido muy rápidamente.

Resumen y objetivo de este libro. Este libro se divide en varias partes, la primera de las cuales se refiere a las áreas fundamentales del Derecho privado—el derecho de propiedad, la responsabilidad por accidentes y el derecho de los contratos—, y al procedimiento civil. Estas áreas del derecho se califican de Derecho privado porque los particulares pueden instar su ejecución interponiendo una demanda ante los tribunales.

La siguiente parte del libro se dedica a abordar la cuestión relativa a cómo el sector público garantiza el cumplimiento de la ley, para lo cual el Estado se sirve de agentes tales como los cuerpos de policía y de seguridad o los inspectores de Hacienda, para detectar a quienes violan las leyes y sancionarlos. El delito y el Derecho penal son el objeto de estudio de esta parte del libro. A continuación, en la Tercera Parte se examinan brevemente las cuestiones generales relativas a la estructura global del sistema legal, tales como por qué el Derecho privado controla determinados comportamientos y, en cambio, el control de si otras determinadas conductas son o no ajustadas a derecho, y su ejecución, se lleva a cabo a través de autoridades y mecanismos públicos.

Por último, la parte final analiza la relación entre la economía del bienestar y la moral, las cuestiones relativas al derecho y la equidad en la distribución de la renta, y los debates más frecuentes respecto al enfoque económico del estudio del Derecho.

El objetivo de la presente obra es exponer los principales elementos del análisis económico de las áreas medulares del Derecho; para ello, aunque esencialmente se desarrollan planteamientos teóricos, también se citan algunos estudios estadísticos. El análisis se lleva a cabo con un lenguaje sencillo para que resulte accesible a un amplio número de lectores. Con este propósito, y a pesar de que algunas de las secciones del libro se construyen a partir de la modelización de las conductas y del sistema legal, el análisis no es técnico (toda la formalización matemática está contenida en notas a pie). De acuerdo con este planteamiento,

los lectores que provengan del mundo del derecho y que no dispongan de conocimientos de economía deberían entender fácilmente este libro. Al mismo tiempo, los economistas deberían encontrar intelectualmente atractivas en sí mismas las materias tratadas, y su carencia de formación jurídica no debería suponerles ninguna dificultad puesto que el Derecho que aquí se expone es de conocimiento prácticamente general.