

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

FELIPE CASTRO AZÓCAR

Doctorando en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Máster en Análisis Económico del Derecho (Universidad Complutense de Madrid, España)

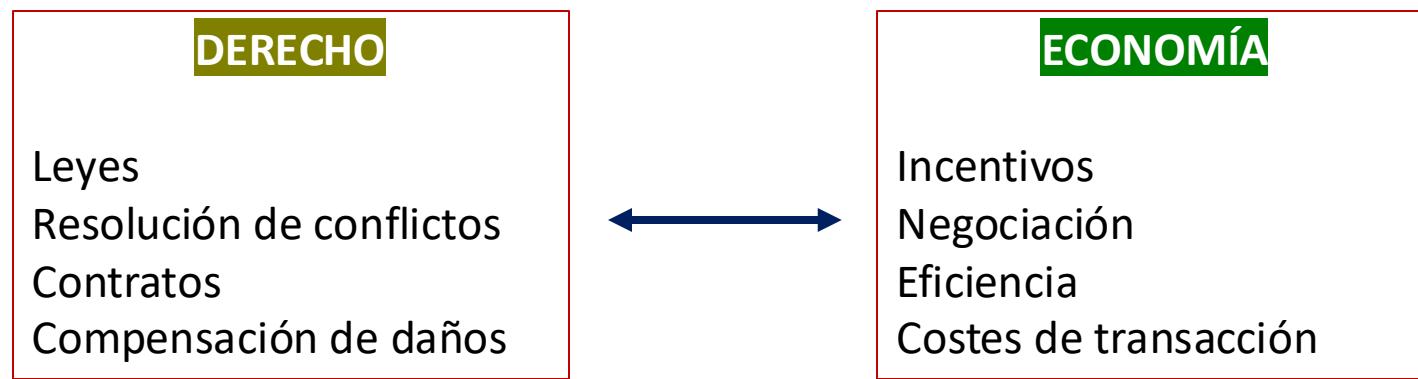
Licenciado en Derecho (Universidad Finis Terrae, Chile)

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

“Usted vive en un país donde **la pena más severa es la prisión perpetua**. Algunos proponen que, considerando que el robo armado es un crimen muy serio, quienes roben a mano armada deben ser sancionados con prisión perpetua. Un abogado constitucionalista pregunta si la sanción resulta consistente con la prohibición de aplicar castigos crueles e inhumanos. Un filósofo legal pregunta si se trata de una sanción justa. **Un economista señala que, si la pena para el robo armado y aquella para el robo armado con asesinato son las mismas, la sanción adicional para el asesinato no existe (y pregunta si realmente queremos que la mejor decisión para los ladrones que roban a mano armada sea asesinar a sus víctimas)**”.-

Friedman (2000).

Derecho y Economía: una relación evidente



- ¿Qué dice la norma?
- ¿Cómo se aplica una norma?
- ¿Qué efectos tiene la norma?
- ¿Cómo cambia una norma el comportamiento de las personas?

Aporte del Análisis Económico del Derecho

Para Chiassoni (2013), el aporte del Análisis Económico del Derecho es el de **imponer un preciso modelo doctrinal racionalista** para el estudio de los fenómenos jurídicos, sea desde los juristas o economistas.

Presupuestos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho “**consiste en estudiar las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía**” (Doménech, 2016). **Presupuestos:**

- El Derecho influye en la conducta humana;
- Esa influencia es explicable y predecible; y
- Todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez.

Conceptos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho incorpora muchos **tecnicismos de Economía**, siendo los más importantes:

- Concepto de **eficiencia**;
- Concepto de **externalidades**; y
- Concepto de **costes de transacción**.

Conceptos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho incorpora muchos **tecnicismos de Economía**, siendo los más importantes:

- Concepto de **eficiencia**

Eficiencia de Pareto: un escenario será eficiente si nadie puede mejorar su situación sin empeorar la del otro.

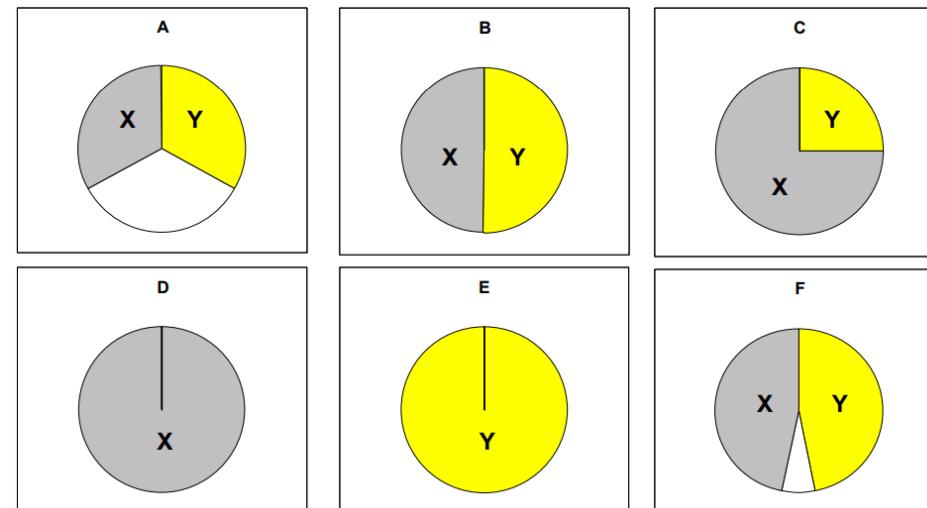
Eficiencia de Kaldor-Hicks: un escenario será eficiente si los “ganadores” podrían compensar a los “perdedores”, aunque no lo hagan efectivamente. Se usa para justificar decisiones con efectos redistributivos.

Conceptos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho incorpora muchos **tecnicismos de Economía**, siendo los más importantes:

- Concepto de **eficiencia**

Ejercicio: ¿Cuál de estas situaciones es eficiente en el sentido de Pareto?



Conceptos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho incorpora muchos **tecnicismos de Economía**, siendo los más importantes:

- Concepto de **externalidades**

Son los efectos colaterales de una acción económica que impactan a terceros no involucrados en la transacción, pudiendo ser positivos (ej. salud, educación) o negativos (ej. contaminación).

El Análisis Económico del Derecho busca internalizarlas mediante normas, impuestos o incentivos, con la finalidad de alinear intereses privados (beneficio privado) con el bienestar social.

Conceptos del Análisis Económico del Derecho

El Análisis Económico del Derecho incorpora muchos **tecnicismos de Economía**, siendo los más importantes:

- Concepto de **costes de transacción**

Son los costes asociados a negociar, redactar, monitorear y/o hacer cumplir una transacción o una norma jurídica. Se incluyen los costes de información, de tiempo, entre otros varios.

El Análisis Económico del Derecho analiza cómo las normas jurídicas pueden minimizar estos costes.

Enfoques del Análisis Económico del Derecho

Como metodología, el Análisis Económico del Derecho tiene diferentes **enfoques**:

- Análisis jurídico-económico **positivo y normativo**;
- Análisis jurídico-económico **teórico y práctico**; y
- Análisis jurídico-económico **fundamental y aplicado**.

Enfoques del Análisis Económico del Derecho

Como metodología, el Análisis Económico del Derecho tiene diferentes **enfoques**:

- Análisis jurídico-económico **positivo y normativo**

Positivo: ej. Analizar cómo responde el comportamiento de los consumidores a una ley que impone un impuesto al azúcar. Observa consecuencias reales, sin juzgarlas. (*“El impuesto redujo el consumo en un...”*).

Normativo: ej. Argumentar que debería establecerse ese impuesto porque maximiza el bienestar social al reducir enfermedades asociadas al azúcar (*“Se justifica imponer el impuesto porque...”*).

Enfoques del Análisis Económico del Derecho

Como metodología, el Análisis Económico del Derecho tiene diferentes **enfoques**:

- Análisis jurídico-económico **teórico y práctico**

Teórico: ej. Usar el modelo del *homoeconomicus* para predecir cómo debería actuar una persona frente a una sanción legal. (“*Si la multa supera el beneficio esperado del delito, el individuo no delinquirá*”).

Práctico: ej. Evaluar si la reforma a la Ley Concursal ha reducido efectivamente los tiempos de liquidación en los tribunales. (“*Desde la reforma, los procesos de quiebra duran...*”).

Enfoques del Análisis Económico del Derecho

Como metodología, el Análisis Económico del Derecho tiene diferentes **enfoques**:

- Análisis jurídico-económico **fundamental y aplicado**

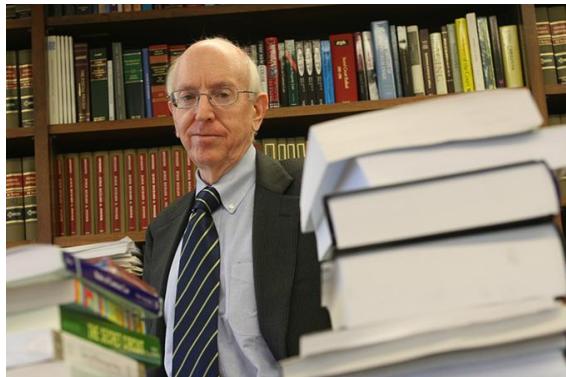
Fundamental: ej. Estudiar si el concepto de eficiencia de Pareto puede ser un principio orientador del Derecho. (“*¿Puede el Derecho aspirar a una distribución pareto-eficiente de recursos?*”).

Aplicado: ej. Aplicar análisis coste-beneficio para decidir si una norma ambiental debe ser implementada en una región minera. (“*El beneficio social de reducir la contaminación supera el coste para las empresas*”).

Tipologías del Análisis Económico del Derecho

Respecto al fin, el Análisis Económico del Derecho adopta dos grandes **tipologías** distintas:

- Análisis económico **de la eficiencia** (Posner); y
- Análisis económico **de la justicia** (Calabresi).



Richard A. Posner

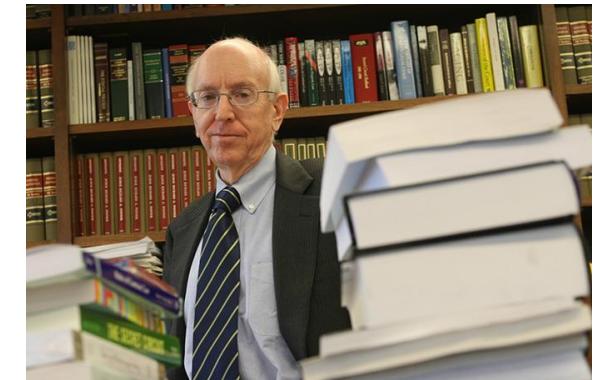


Guido Calabresi

Tipologías del Análisis Económico del Derecho

Respecto al fin, el Análisis Económico del Derecho adopta dos grandes **tipologías** distintas:

- Análisis económico **de la eficiencia** (Posner)
 - La eficiencia debe ser el fin prioritario en muchas áreas del Derecho
 - En ciertos sectores jurídicos, la eficiencia coincide con la justicia
 - Los *policymakers* deben considerar los métodos más eficientes aplicables



Richard A. Posner

Tipologías del Análisis Económico del Derecho

Respecto al fin, el Análisis Económico del Derecho adopta dos grandes **tipologías** distintas:

- Análisis económico **de la justicia** (Calabresi)
 - La justicia es el fin último que debe perseguir el Derecho
 - La justicia es un objeto distinto a la eficiencia
 - La eficiencia debe ser siempre tomada en cuenta, pero no como fin

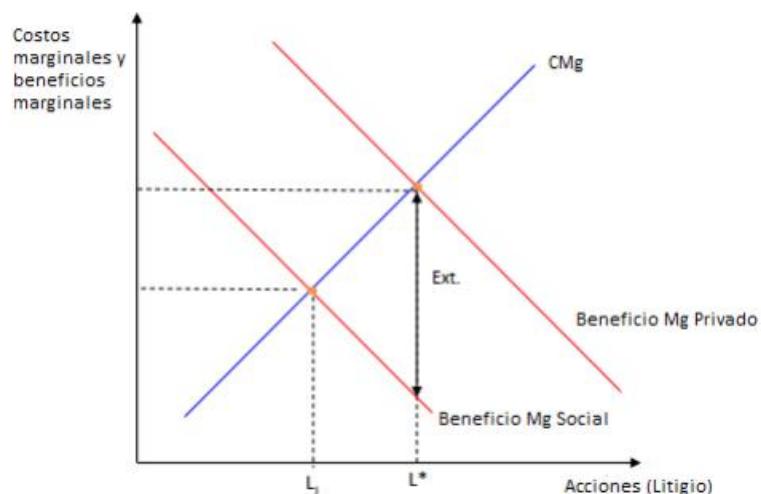


Guido Calabresi

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

¿Es lo mismo **saber de** Derecho y Economía que **saber hacer** Análisis Económico del Derecho?

TEÓRICO



Eventuales desventajas de establecer protección constitucional al Consumidor vía acción de protección (Castro Azócar, 2021)

EMPÍRICO

Table 1
Predictors of Constitutional Replacement

Variable	Model 1		Model 2		Model 3	
	Coef.	SE	Coef.	SE	Coef.	SE
Landlocked	-0.1287	0.1362	-0.0750	0.1318	-0.0871	0.1401
Tropical land area	0.6549***	0.2008	0.7614***	0.2409	0.8112***	0.2697
Distance to navigable coast or river (logarithm)	0.0439	0.0796	0.0331	0.0687	-0.0184	0.0646
Population density 1500 (logarithm)	0.0939	0.0780	0.1200*	0.0685	0.0571	0.0701
Variation in land quality	-0.7487	0.8392	-0.6956	0.7243	-0.5827	0.7506
Variation in elevation	0.3913***	0.1478	0.3826**	0.1644	0.3033*	0.1758
Genetic diversity	11.6924***	4.2431	8.9686**	4.1739	7.1202*	4.1906
State antiquity in 1500	-0.3542	0.2608	-0.5221**	0.2460	-0.6117**	0.2609
Colonial period	-0.1996***	0.0744	-0.1289**	0.0746	-0.1540*	0.0818
Common law	0.1418	0.2659	0.0887	0.2809	0.0403	0.2914
French civil code	0.3887*	0.2167	0.1144	0.1721	0.0938	0.1760
Interim constitution			1.1016***	0.2030	1.0686***	0.2194
Reinstated constitution			0.1135	0.2056	0.0059	0.1990
Inclusiveness			-0.3226	0.3270	-0.3233	0.3532
Democracy at promulgation			-0.1248	0.1831	-0.1948	0.2698
Occupation foreign			0.1245	0.172	0.0908	0.1884
Amendment rate			-0.6204	0.6537	-0.3575	0.6971
Amendment rate (squared)			0.3435	0.6694	0.1428	0.6850
Judicial review autocracy			-0.0872	0.1432	-0.0574	0.1462
Judicial review democracy			0.1567	0.2148	0.18571	0.2303
Scope			-1.7425**	0.7872	-1.4775*	0.7759
Detail			-0.8130	1.1667	-0.2452	1.2604
Single executive			0.0132	0.1348	-0.0064	0.1438
Executive term limits			-0.0963	0.1358	-0.1321	0.1311
Parliamentary power			0.0099	0.5376	0.2409	0.5431
Legacy of endurance			-2.8207***	0.9302	-2.9756***	0.9335
Global constitutional diffusion					-3.8877***	1.9038
Continental constitutional diffusion					2.0658***	0.6462
Gain of territory					0.0541	0.2189
Loss of territory					0.1529	0.2115
Defeat in war					0.2629	0.2844
Domestic conflicts					0.2986	0.1873
Economic crisis					0.1616	0.2737
Democratic transition					0.2830	0.2590
Authoritarian transition					0.3534	0.2152
Extraconstitutional leadership change					0.7021***	0.1905
Intraconstitutional leadership change					0.224	0.144
Democracy					0.1576	0.1606
GDP per capita (logarithm)					-0.2099**	0.1155
Age of the state					0.0003	0.0003
Constitutions in interwar period					0.5608***	0.1609
Constitutions after WWII					0.5100***	0.1865
Observations	9554		9554		9554	
Constitutional systems	651		651		651	
System failures	532		532		532	

Notes: * $p < 0.1$, ** $p < 0.05$, *** $p < 0.01$ mean statistical significance at 10, 5, and 1 percent, respectively. SE means standard errors. Dummies for regions are included in all models but not reported. Lagged variables are only included in model 3 but not reported. Results based on imputed data.

Determinantes del cambio constitucional (Kyriacou & López, 2015)

Críticas al Análisis Económico del Derecho

A pesar de su utilidad aparente, el Análisis Económico del Derecho ha recibido algunas **críticas**:

- **Reducciónismo** economicista;
- **Supuesto** del *homoeconomicus*;
- Desigualdad y **legitimación del status quo**; y
- **Dificultad de medición y predicción.**

Críticas al Análisis Económico del Derecho

A pesar de su utilidad aparente, el Análisis Económico del Derecho ha recibido algunas **críticas**:

- **Reducciónismo** economicista

Crítica: Reduce el Derecho a cálculos de eficiencia, ignorando valores como justicia, dignidad y equidad.

Respuesta: El Análisis Económico del Derecho no pretende reemplazar la moral jurídica, sino complementarla, aportando criterios racionales para evaluar la política jurídica. Autores como Calabresi han defendido un análisis económico con sensibilidad moral, y otros como Shavell reconocen valor a concepciones morales.

Críticas al Análisis Económico del Derecho

A pesar de su utilidad aparente, el Análisis Económico del Derecho ha recibido algunas **críticas**:

- **Supuesto del *homoeconomicus***

Crítica: Se asume que las personas actúan siempre de forma racional y en busca de una función que tienda a maximizar su utilidad individual, lo que no se ajusta a la realidad.

Respuesta: El Análisis Económico del Derecho contemporáneo incorpora a la Economía Conductual en sus modelos (v.g. Thaler, Sunstein, Basú), reconociendo sesgos, heurísticas y preferencias sociales.

Críticas al Análisis Económico del Derecho

A pesar de su utilidad aparente, el Análisis Económico del Derecho ha recibido algunas **críticas**:

- Desigualdad y **legitimación del status quo**

Crítica: Al centrarse en la eficiencia (y no en la equidad o la justicia), el Análisis Económico del Derecho puede justificar y relegitimar desigualdades sociales estructurales.

Respuesta: Se distingue entre eficiencia como criterio técnico y la justicia distributiva, que debe tratarse en otras etapas del análisis. Inclusive, para algunos, la eficiencia debe estar subordinada a fines justos.

Críticas al Análisis Económico del Derecho

A pesar de su utilidad aparente, el Análisis Económico del Derecho ha recibido algunas **críticas**:

- **Dificultad de medición y predicción**

Crítica: Es difícil medir costes, beneficios y comportamientos futuros con precisión.

Respuesta: Como toda ciencia social, el Análisis Económico del Derecho trabaja como modelos aproximativos, pero mejora la calidad del debate jurídica al introducir evaluación empírica y sistemática.

Ámbito de aplicación del Análisis Económico del Derecho

RAMA DEL DERECHO	EJEMPLO DE APLICACIÓN DESDE EL AED
Derecho Civil	Criterios de responsabilidad objetiva vs subjetiva; eficiencia en contratos y daños; daños punitivos; consumo.
Derecho de Familia	Incentivos en regímenes de alimentos: custodia compartida; divorcio; compensación económica; adopciones.
Derecho Mercantil	Gobierno Corporativo; fusiones; incentivos en la gestión societaria; contratos empresariales; insolvencia.
Derecho Laboral	Impacto de la regulación del salario mínimo; indemnizaciones por despido; negociación colectiva; equilibrio entre protección laboral y eficiencia del mercado del trabajo.
Derecho Penal	Teoría económica del delito; análisis de disuasión; proporcionalidad y reincidencia.
Derecho Constitucional	Evaluación económica de derechos fundamentales; atribuciones de los poderes públicos; límites presupuestarios
Derecho Administrativo	Coste-beneficio de las regulaciones; licitaciones públicas, contratos administrativos; diseño institucional eficiente
Derecho Ambiental	Internalización de externalidades; mercados de emisiones; equilibrio entre sostenibilidad y desarrollo económico
Derecho Procesal	Costes del litigio; reglas de apelación; carga de la prueba; incentivos para avenimiento y conciliación.

¡Me interesa el Análisis Económico del Derecho!

Si te interesa el Análisis Económico del Derecho y es primera vez que te introduces a él, aquí te dejo dos **lecturas recomendadas** para tener una primera aproximación:

- “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho” (2014), de Gabriel Doménech: [Paper](#).
- “Fundamentos del Análisis Económico del Derecho” (español, 2016), de Steven Shavell: [Amazon Books](#).

Hay muchas más, dependiendo de tu nivel de manejo de Análisis Económico del Derecho. **Si quieres otras sugerencias**, tal vez más avanzadas, puedes contactarme libremente: felipej.castro@estudiante.uam.es.

Muchas gracias.

