

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL
LUIS ARROYO JIMÉNEZ
(Coords.)

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOLUMEN I

Introducción. Fundamentos

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

CAPÍTULO 7

EL ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR DEL DERECHO PÚBLICO

Borja BARRAGUÉ CALVO
Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

SUMARIO: I. UTILIDAD DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO.—II. LA ESCASA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS: 1. Manifestaciones. 2. Causas: 2.1. Costes de coordinación. 2.2. La división gremial del sistema universitario español. 2.3. La excesiva fragmentación de las áreas de conocimiento jurídico. 2.4. La estructura de los estudios de Derecho. 2.5. Una ciencia jurídica provinciana. 2.6. Una ciencia jurídica «pura». 2.7. La orientación de la ciencia jurídica hacia la práctica profesional y los problemas *de lege lata*. 2.8. Un sistema universitario excesivamente homogéneo y poco competitivo.—III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. Concepto y presupuestos. 2. Tipos: 2.1. Análisis positivo y análisis normativo. 2.2. Análisis teórico y análisis práctico. 2.3. Análisis fundamental y análisis aplicado. 3. La función «puente» del análisis económico del Derecho. 4. Utilidad del análisis económico del Derecho. 5. Algunas críticas dirigidas al análisis económico del Derecho: 5.1. Las personas no siempre actúan racionalmente. 5.2. La cuestión de los fines. 5.3. La eficiencia no lo es todo. 5.4. Hay esferas de la actividad humana no susceptibles de análisis económico. 5.5. El análisis económico del Derecho está ideológicamente sesgado. 5.6. El análisis económico del Derecho no da cuenta de la práctica judicial.—IV. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO: 1. Concepto y objetivo del Análisis Conductual del Derecho. 2. La utilidad del Análisis Conductual del Derecho. 3. El Análisis Conductual del Derecho como enfoque experimental. 4. La aplicación del análisis conductual al Derecho: el caso de los *nudges*. 5. Algunas críticas dirigidas al Análisis Conductual del Derecho: 5.1. Los *nudges* no son suficientes. 5.2. Los *nudges* no nos «empujan», nos manipulan (y además carecen de una teoría que lo justifique).—V. LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE LAS CIENCIAS «DURAS» AL ANÁLISIS DEL DERECHO: 1. Matemáticas: 1.1. Utilidad de las matemáticas para el estudio del Derecho. 1.2. Aspectos problemáticos. 2. Métodos empíricos. El análisis empírico del Derecho: 2.1. Concepto, objetivo y tipos de análisis empírico. 2.2. Instrumentos del análisis empírico del Derecho. 2.3. Utilidad y límites del análisis empírico: 2.3.1. Método empírico y modas: el caso de los microcréditos. 2.3.2. Método empírico y efectos colaterales: el caso de la prostitución. 2.3.3. Límites de los métodos empíricos:

el caso de los orígenes jurídicos. 2.4. El Análisis Empírico del Derecho como corriente académica: 2.4.1. Orígenes remotos del Análisis Empírico del Derecho: el viejo y el nuevo realismo. 2.4.2. El Análisis Empírico moderno.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. UTILIDAD DE LA INTERDISCIPLINARIEDAD PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO

1. La especialización permite incrementar normalmente la eficiencia de las actividades de producción de bienes y servicios. También las de generación de conocimiento. Para resolver cabalmente un problema, los científicos necesitan adquirir antes ciertos conocimientos y habilidades metodológicas, que luego podrán ser reutilizados para resolver problemas similares. Cuanto mayor es la similitud de las cuestiones de las que aquellos se ocupan, más probable y fácil resulta que puedan aplicar ulteriormente dichos conocimientos y habilidades para dar respuesta a nuevas cuestiones. La especialización limita la variedad —esto es, incrementa la similitud— de los problemas que son objeto de estudio por cada científico o grupo de científicos. Al minorar las diferencias e incrementar las semejanzas de esos problemas, la especialización propicia que el tiempo y el esfuerzo requeridos para resolver un problema adicional tiendan a disminuir.

2. Debe notarse, sin embargo, que muchos problemas científicos «atravesan» varias disciplinas. Para analizarlos, se requiere utilizar técnicas, teorías e ideas desarrolladas frecuentemente por expertos formados en distintas comunidades académicas. Se necesita la interdisciplinarietà, la integración de ideas procedentes de diferentes disciplinas, máxime cuando estas han sido definidas no en atención a la naturaleza de las cuestiones de que se ocupan, sino muchas veces en función de criterios convencionales de índole burocrática¹.

3. El Derecho no es ajeno a esta necesidad. Para el análisis de numerosos problemas jurídicos se requiere la integración de ideas desarrolladas en diferentes áreas de conocimiento jurídico (constitucional, administrativo, procesal, mercantil, etc.). Además, muchas veces, también resulta necesario a estos efectos aprovechar los conocimientos y métodos decantados por científicos que no tienen la condición de juristas (economistas, matemáticos, psicólogos, sociólogos, etc.).

II. LA ESCASA INTERDISCIPLINARIEDAD DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS

1. Manifestaciones

4. A pesar de lo expuesto, la interdisciplinarietà de las actividades investigadoras y docentes desarrolladas en las facultades de Derecho —cuando menos, en las españolas— es relativamente **escasa**.

¹ K. R. POPPER (1962: 67).

5. En primer lugar, **el número y la diversidad de las disciplinas desde las que se abordan problemas jurídicos suelen ser muy limitados**. Tradicionalmente, los juristas españoles —al igual que los de otros países cercanos— han restringido sus ocasionales excursiones «extrajurídicas» a unas pocas humanidades: básicamente, a la filosofía política y a la historia. Las restantes ramas del saber han sido ignoradas casi por completo. Muy pocos juristas patrios han sido capaces de concebir seria y realmente la posibilidad de que los conocimientos y métodos decantados por la economía, la psicología, las matemáticas, la estadística y otras áreas usualmente muy alejadas del mundo del Derecho sean aplicados con provecho para analizar y resolver cuestiones jurídicas. De ahí que la mayoría de la doctrina española tenga una visión de la interdisciplinarietà en el Derecho muy estrecha, de alcance sumamente corto y limitado, cuando no escéptica, o incluso directamente hostil. Las investigaciones jurídicas interdisciplinares son, para un considerable número de autores, aquellas en las que colaboran profesores procedentes de diferentes áreas de conocimiento jurídico (civilistas y mercantilistas; administrativistas y constitucionalistas; penalistas y procesalistas, etc.), a pesar de que la formación y las herramientas metodológicas empleadas por todos ellos no difieran entre sí prácticamente en nada.

6. En segundo lugar, se aprecia una cierta **falta de comunicación y colaboración** entre miembros de distintas disciplinas. No solo entre juristas y no juristas, sino también entre quienes se dedican a diferentes áreas de conocimiento jurídico. Las **manifestaciones** de esta falta de diálogo y colaboración son muy variadas: a los congresos científicos organizados por los profesores de un área suelen asistir casi exclusivamente compañeros de área, aunque las cuestiones allí tratadas puedan tener gran interés para otros; los organizadores de reuniones científicas tienden a invitar como ponentes únicamente a los colegas del gremio; para desarrollar muchas investigaciones suele leerse, tenerse en cuenta y citarse casi exclusivamente o al menos preferentemente la bibliografía procedente de tales colegas, por más que con frecuencia se traten temas sobre los que otros muchos autores han escrito obras capitales, etcétera.

7. La falta de comunicación entre los miembros de las distintas áreas de conocimiento produce **efectos** deletéreos: dificulta la visión de lo que se está haciendo en áreas afines; minora la probabilidad de que sus miembros entablen un diálogo crítico y produzcan ideas heterodoxas, nuevas, originales, que supongan una ampliación real del saber; reduce el intercambio cruzado de conocimientos entre individuos situados en grupos diferentes pero que están analizando problemas similares; entorpece que cualquier investigador pueda aprovechar lo que debería ser un acervo común para hacer progresar la ciencia; obstaculiza que los avances producidos en unas áreas puedan permear también otras donde resultan igualmente válidos, pues las cuestiones suscitadas en ambas son sustancialmente idénticas; y, como advierten Salvador Coderch y Ruiz García, «dificulta en gran medida la formación de equipos interdisciplinares que puedan analizar conjuntamente todas las facetas» de los problemas considerados².

² P. SALVADOR CODERCH y J. A. RUIZ GARCÍA (2000: 126).

2. Causas

2.1. *Costes de coordinación*

8. Esta situación tiene su origen en causas diversas. En primer lugar, resulta difícil que alguien tenga la capacidad, el tiempo y los alicientes necesarios para dominar dos o más disciplinas científicas en la misma medida que un individuo especializado en solo una de ellas. La interdisciplinariedad requiere frecuentemente, por ello, la colaboración entre personas formadas en el seno de diferentes áreas de conocimiento. Pero esta colaboración topa con similares dificultades. Para poder cooperar entre sí, los implicados precisan invertir, muchas veces, considerables cantidades de tiempo y esfuerzo en adquirir las destrezas y los conocimientos especializados que les permitan siquiera comprender las ideas procedentes de otras disciplinas, lo cual puede implicar un **coste personal muy significativo**, pues aquella inversión no siempre resulta lo suficientemente rentable desde el punto de vista profesional, al menos a corto y medio plazo.

2.2. *La división gremial del sistema universitario español*

9. El hecho de que todos y cada uno de los profesores funcionarios universitarios españoles queden encuadrados en una de las áreas de conocimiento catalogadas por el gobierno³ constituye un relevante obstáculo para la interdisciplinariedad de su actividad académica. Por de pronto, dificulta el diálogo y la colaboración entre miembros de diversas áreas de conocimiento. No es difícil comprender el porqué. Los profesores universitarios españoles son plenamente conscientes de que les conviene ser bien valorados especialmente por sus compañeros de área —sobre todo, por los más poderosos e influyentes—, pues la posibilidad de avanzar en la carrera universitaria y obtener otros beneficios depende, principalmente, de las evaluaciones positivas de aquellos. Ignorar a los miembros de otros gremios o no tratarlos como ellos creen se merecen conlleva un riesgo mucho menor a estos efectos.

10. La referida **estructura gremial**, en combinación con la proverbial endogamia de la Universidad española⁴, determina también que la movilidad interdisciplinar de su profesorado sea prácticamente nula. El acceso a las plazas de una determinada área en un concreto centro universitario está férreamente controlado, de hecho, por los profesores que en ese centro ocupan plazas de la misma área y que casi siempre oponen una resistencia feroz a que estas vayan a parar a candidatos foráneos, procedentes de áreas o centros distintos. Ello reduce la diversidad existente en cada área y, en consecuencia, la probabilidad de que sus miembros entablen un diálogo crítico y produzcan ideas heterodoxas, originales.

³ Véase el art. 71 de la Ley Orgánica de Universidades y el Real Decreto 415/2015, de 29 de mayo.

⁴ Véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2020).

2.3. *La excesiva fragmentación de las áreas de conocimiento jurídico*

11. El Real Decreto 415/2015 contempla **14 áreas de conocimiento jurídico, que son seguramente demasiadas**, máxime si las comparamos con las existentes en otros países de nuestro entorno (en Alemania, por ejemplo, hay básicamente tres: Derecho privado, Derecho público y Derecho penal), o en otras disciplinas que tienen un peso equiparable a las jurídicas en el sistema universitario español (como las económicas y empresariales, donde solo hay ocho). Nótese que cuanto más dividido burocráticamente se halla un campo del saber, menor es la masa crítica de profesores que desempeñan sus funciones en él y menores tienden a ser las posibilidades de intercambio de ideas entre todos ellos.

2.4. *La estructura de los estudios de Derecho*

12. En algunos países (*v. gr.* en los Estados Unidos de América), los estudios jurídicos son de posgrado. Para acceder a las Escuelas de Derecho es preciso haber cursado antes otros estudios universitarios, lo que propicia que su alumnado posea una formación muy heterogénea y favorece, obviamente, la interdisciplinariedad de la actividad investigadora y docente.

13. En España, en cambio, no se requiere semejante formación universitaria previa para cursar el **grado** de Derecho. Lo cual determina que el nivel de interdisciplinariedad de nuestras facultades de Derecho sea mucho menor. La creciente implantación de los «dobles grados» en el panorama universitario español podría haber supuesto un avance importante en este punto, pero seguramente no lo ha sido en la medida en que hubiera sido deseable. La causa es que las enseñanzas respectivas tienden a ser concebidas como unidades estancas e impermeables entre sí, que no se integran, sino que simplemente se superponen sin apenas comunicación.

2.5. *Una ciencia jurídica provinciana*

14. La ciencia jurídica —en general; no solo la hecha en España— ha sido dominada desde hace siglos por una suerte de aldeanismo, por una concepción del Derecho y de la ciencia que se ocupa de estudiarlo como productos de **naturaleza fundamentalmente estatal**, que difieren esencialmente por razón de la historia, la lengua y la cultura propias de la comunidad política a que se refieren⁵. A diferencia de otras ramas del saber que no se consideran distintas en función del país, cultura o idioma en el que son cultivadas, hay prácticamente tantas ciencias jurídicas como ordenamientos jurídicos. Se perciben como diferentes no solo las realidades que tratan de analizar, sino también: las estructuras lingüísticas, conceptuales y teóricas utilizadas a estos efectos; las perspectivas desde las que se abordan muchos problemas; la metodología empleada; el público al que los investigadores

⁵ Véase N. GAROUPA (2011).

tratan de dar a conocer los resultados de su trabajo; los medios empleados para ello, etcétera.

15. Está concepción propicia que las diferentes comunidades nacionales tiendan a ignorarse mutuamente. El desconocimiento no es absoluto, pues hay algunos intercambios de información, préstamos, influencias, etc. Pero se trata casi siempre de fenómenos puntuales, de modesto alcance y «unidireccionales»⁶. El resultado es que los gremios de profesores de Derecho —tanto los españoles como los de otros muchos países— se encuentran notablemente más aislados que sus colegas de otras ciencias, que por lo general están integrados, en mayor o menor medida, en comunidades mucho más amplias de ámbito supraestatal.

2.6. *Una ciencia jurídica «pura»*

16. La ciencia jurídica que se ha venido cultivando desde hace más de un siglo en la Europa continental y, por tanto, en España es en buena parte una ciencia ensimismada, **autorreferencial**, que en aras de una pretendida pureza metodológica trata de despojarse de todos los aspectos e ingredientes, como los empíricos y los axiológicos, que no se consideran estrictamente jurídicos. Hans Kelsen es seguramente el máximo exponente de esta posición metodológica. El jurista austríaco postula una ciencia jurídica «pura», liberada de todos los elementos éticos, psicológicos, sociológicos y políticos que le son extraños, que no pertenecen al objeto precisamente determinado como jurídico. Una ciencia que ha de dedicarse solo a dar respuesta a la pregunta de qué es el Derecho y cómo es, pero no a las cuestiones de por qué es como es, cómo convendría que fuese, o cuáles son sus efectos sobre la conducta y el bienestar de las personas⁷.

17. En esta línea, durante el siglo xx la gran mayoría de los estudiosos del Derecho administrativo español abraza el llamado «**método jurídico**» y deja de ocuparse del heterogéneo conglomerado de conocimientos de diversa índole que en siglos anteriores integraban las ciencias camerales y que ahora quedan relegados al esotérico mundo de la Ciencia de la Administración⁸. La interdisciplinariedad —más o menos lograda— que en siglos anteriores caracterizaba a los estudios de Derecho en general y de Derecho administrativo en particular pasa a verse negativamente, a ser considerada como una impureza científica que hay que eliminar. Este **aislamiento del conocimiento jurídico respecto de otros saberes** —muy especialmente, de las ciencias sociales y del comportamiento— ha estrechado notablemente las miras de nuestros juristas y les ha impedido aprovechar los espectaculares avances metodológicos y sustantivos habidos en otras disciplinas durante las últimas décadas⁹.

⁶ Véase F. VELASCO CABALLERO (2015).

⁷ H. KELSEN (1960: 1).

⁸ Véanse J. GONZÁLEZ PÉREZ (1957); F. GARRIDO FALLA (1961).

⁹ Algunos autores, no obstante, han señalado la necesidad de una renovación metodológica del Derecho administrativo que permita «absorber las aportaciones de otras ciencias» [J. PONCE SOLÉ (2014)]. Véase, en esta línea, A. CERRILLO MARTÍNEZ (2015).

2.7. *La orientación de la ciencia jurídica hacia la práctica profesional y los problemas de lege lata*

18. Tanto la enseñanza como la investigación desarrolladas en las facultades de Derecho españolas se han orientado tradicionalmente hacia la resolución de problemas *de lege lata*, no *de lege ferenda*. Seguramente ha influido en esta orientación el hecho de que la gran mayoría de los catedráticos de Derecho —las personas que han tenido el poder orientar dichas actividades en un sentido u otro— haya simultaneado tradicionalmente el desempeño de sus cátedras con el ejercicio de la abogacía o, en menor medida, de otras profesiones jurídicas.

19. Ello ha generado seguramente un **efecto negativo sobre la interdisciplinariedad**. De un lado, porque estos profesores-abogados han dispuesto de mucho menos tiempo que los académicos de otros países para explorar diferentes disciplinas científicas. De otro lado, porque dicha simultaneidad ha constituido un potente acicate para dirigir su actividad investigadora —y la de sus discípulos— a la resolución de los problemas que se les presentan típicamente a los abogados, cuestiones *de lege lata*, pues así maximizaban la rentabilidad de sus esfuerzos, al obtener un doble dividendo por ellos. Y nótese que, por lo general, los beneficios que para el ejercicio de la abogacía pueden derivarse del trabajo jurídico interdisciplinar no compensan, seguramente, los costes que este conlleva para el típico jurista patrio.

2.8. *Un sistema universitario excesivamente homogéneo y poco competitivo*

20. Las universidades públicas españolas y su personal tienen **escasos alicientes económicos para competir entre sí**. De un lado, porque existe una correlación muy débil entre el grado en que dichas universidades cumplen sus fines institucionales y los recursos que pueden obtener y destinar a estos efectos. De otro, porque la remuneración del profesorado depende en muy pequeña medida de lo bien o mal que desempeñen sus funciones.

21. En realidad, y pese a la solemne proclamación del art. 27.10 CE, nuestras universidades disponen de un **escaso margen de autonomía** para competir por los mejores alumnos y profesores, por ofrecer las mejores enseñanzas y producir la más excelente investigación, por obtener los fondos necesarios para cumplir dichos objetivos, etc. La uniformizante y densa normativa que se les impone apenas les deja espacio para tomar decisiones clave a este respecto, como las de cuánto cobrar y cómo seleccionar a sus estudiantes, cuánto pagar y cómo reclutar a sus profesores, qué enseñanzas impartir, cómo organizarse, etc. El sistema universitario español constituye un entorno burocratizado e inerte, donde resulta enormemente difícil cambiar la estructura y el contenido de la actividad investigadora y docente.

22. Por otro lado, los profesores pertenecientes a cada área de conocimiento constituyen grupos relativamente **homogéneos**, poco diversos, como consecuencia de numerosas circunstancias: su endogamia; el hecho de que sus méritos y capacidad, a efectos de acceso a los cuerpos docentes y de promoción profesional, sean

evaluados de manera centralizada por miembros sénior de cada una de las áreas, lo que produce un efecto inhibitor de la heterodoxia; la excesiva jerarquización de las correspondientes comunidades académicas, a cuyos escalones superiores se llega muy tardíamente; la debilidad de los incentivos económicos o profesionales asociados a los aspectos cualitativos y heterodoxos de su rendimiento, etcétera.

23. Ambos factores tienden a **reducir la diversidad y el intercambio de ideas entre distintas disciplinas científicas**. Las universidades carecen de especiales incentivos y de la flexibilidad necesaria para superar inercias de todo tipo, distinguirse e innovar apostando decididamente por actividades y grupos que integren de manera real y efectiva diversas áreas de conocimiento. Los profesores o aspirantes a serlo, ya muy parecidos entre sí, tampoco tienen demasiados alicientes para incurrir en los considerables costes personales que implica explorar otras disciplinas científicas y desviarse así de las pautas reinantes en la comunidad a la que cada uno de ellos pertenece.

III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

24. El denominado análisis económico del Derecho (*Law and Economics*; en adelante, AED) constituye, seguramente, **la corriente doctrinal que mejor y con más éxito ha sabido integrar distintas disciplinas científicas con el objeto de estudiar el Derecho**.

25. Se ha dicho, en este sentido, que el AED es el movimiento intelectual más exitoso surgido en el mundo jurídico académico durante las últimas décadas¹⁰. En términos generales, esta afirmación vale desde luego para los Estados Unidos de América, donde esta corriente metodológica se originó en los años sesenta del siglo XX¹¹ y donde en relativamente poco tiempo ha alcanzado una posición hegemónica o cuando menos prominente, especialmente en las universidades de élite. En algunas parcelas del ordenamiento jurídico, como es el caso del Derecho de la competencia, el éxito del AED ha sido ciertamente clamoroso. Sin embargo, en otras, como los Derechos de familia, constitucional o administrativo, ha resultado ser más bien escaso¹².

26. En el resto del mundo, la influencia del AED ha sido, por lo general, mucho más modesta, aunque tampoco ha dejado de aumentar, lenta pero continuamente¹³. El Derecho público español, empero, se ha mantenido hasta la fecha prácticamente

¹⁰ S. TELLES (2008: 216).

¹¹ Sobre el nacimiento, la evolución y las distintas corrientes del AED, véase, por todos, N. MERCURO y S. MEDEMA (2006).

¹² Según S. W. WALLER (2009), el «virus» del AED ha afectado en menor medida a aquellos países y disciplinas donde la producción jurídica estaba más descentralizada y donde preexistía un sólido cuerpo doctrinal opuesto, que pudo actuar a modo de «anticuerpo» frente a la introducción de una nueva ideología jurídica.

¹³ Sobre el fenómeno y las causas por las que el AED ha tenido mucho más éxito en algunos países que en otros, véanse O. GAZAL-AYAL (2007); N. GAROUPA y T. ULEN (2008); K. GRECHENIG y M. GELTER (2008); N. GAROUPA (2011); B. DEPOORTER y J. DEMOT (2011); J. M. RAMSEYER (2011).

impermeable frente a esta metodología, aunque se aprecia un incipiente interés por la misma.

1. Concepto y presupuestos

27. El AED estudia la realidad jurídica sirviéndose para ello de los conocimientos y métodos proporcionados por la economía. Esta, de acuerdo con una añeja definición que todavía goza de gran aceptación, es la **ciencia que estudia la gestión de la escasez**, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos¹⁴. Repárese en que, de acuerdo con esta definición, la economía no se ocuparía de determinadas clases de actividades (la agricultura, la industria, la banca, el comercio, el turismo, etc.), sino de un aspecto de la conducta humana, el que deriva de la influencia que sobre ella ejerce la escasez. En la medida en que tal aspecto esté presente, **cualquier conducta humana** puede ser objeto de esta ciencia¹⁵. En esta concepción está ya el germen del «imperialismo económico» que han llevado al extremo autores como Gary Becker, al extender dicho análisis a ámbitos en los que hasta hace poco resultaba inimaginable su aplicación, tales como las relaciones familiares, la discriminación racial, la adicción a las drogas o el Derecho penal.

28. El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos. Tal planteamiento tiene sentido, si aceptamos las siguientes premisas. La primera es que el **Derecho influye sobre la conducta humana**. Al prever una consecuencia positiva (v. gr., el otorgamiento de un premio) o negativa (v. gr., la imposición de una sanción) para quienes actúen de una determinada manera, las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos a los efectos de que sus destinatarios realicen o dejen de realizar tales actividades. Estos, en términos agregados, reaccionan de manera distinta según sea el contenido y la naturaleza de las normas (leyes, reglamentos, doctrinas jurisprudenciales, etc.) que regulan su comportamiento. Ello no significa que cualquier cambio normativo vaya a modificar necesariamente la conducta de todos los afectados. Los grupos humanos no son perfectamente homogéneos. Algunos individuos seguirán actuando más o menos igual que antes, pero otros cambiarán sus pautas de comportamiento, disminuyendo o incrementando el volumen de realización de la actividad regulada, aumentando o reduciendo el nivel de cuidado con la que la llevan a cabo, etcétera.

29. La segunda premisa es que **esa influencia es en alguna medida explicable y predecible**, con arreglo a un determinado modelo teórico. El inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los economistas ha sido el de la elección racional. Se presupone que los individuos toman decisiones perfectamente racionales, libres de errores lógicos, coherentes con sus preferencias, que son estables y consistentes. A la

En castellano, véanse algunas observaciones sobre el tema en F. CABRILLO RODRÍGUEZ y R. ALBERT LÓPEZ-IBOR (2011: 205 y ss.).

¹⁴ Véase L. ROBBINS (1935: 16). Sobre esta y otras concepciones de la economía, véase R. E. BACKHOUSE y S. G. MEDEMA (2009).

¹⁵ L. ROBBINS (1935: 16 y 17).

vista de los costes y beneficios que para ellos se derivarían de cada uno de sus cursos de actuación, escogen aquel que maximiza su utilidad esperada¹⁶.

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

31. La tercera premisa es que **todas las decisiones jurídicamente relevantes se adoptan en condiciones de escasez**. Los intereses que el Derecho puede contribuir a satisfacer constituyen inexorablemente bienes escasos. No es posible que las decisiones jurídicas que los afectan maximicen de manera simultánea la satisfacción de todos y cada una de ellos. Pensemos, por ejemplo, en una ley. La Constitución española fija diversos fines que el legislador debe perseguir (la libertad e igualdad efectivas de todos los ciudadanos, su participación en la gestión de los asuntos públicos, la protección de la salud y del medio ambiente, etc.). El legislador tiene la posibilidad de dictar normas que muevan a ciertas personas a comportarse de una manera u otra, satisfaciendo así en mayor o menor medida cada uno de los referidos fines. Pero sus posibilidades de influir así en los individuos y lograr sus objetivos son inexorablemente limitadas, escasas. Resulta sencillamente imposible configurar nuestra legislación de tal modo que todos estos objetivos sean cumplidos simultáneamente en grado absoluto. Si se quiere alcanzar un cierto nivel de protección del medio ambiente o de la salud, por ejemplo, no habrá más remedio que limitar la libertad de ciertas personas.

32. Así las cosas, la teoría económica puede emplearse para comprender, explicar y predecir cómo reaccionarán los individuos frente a cada una de las regulaciones alternativas que el legislador (u otros sujetos que adoptan decisiones jurídicamente relevantes) puede establecer, cuáles son los costes y beneficios sociales de cada una de ellas, y cuál es la que maximiza la realización global de los principios constitucionales afectados.

2. Tipos

2.1. *Análisis positivo y análisis normativo*

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

¹⁶ Sobre las premisas de este modelo, en sus diferentes versiones, véase R. B. KOROBKIN y T. S. ULEN (2000: 1060 y ss.).

2.2. *Análisis teórico y análisis práctico*

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

35. De hecho, así se utiliza. En el procedimiento de elaboración de ciertas normas jurídicas, por ejemplo, es incluso obligado efectuar un análisis de los costes y beneficios que estas pueden acarrear¹⁷. Y, a diferencia de lo que ocurre en España, donde no es frecuente, en otros países sí es normal que los jueces consideren y esgriman, para motivar sus decisiones, argumentos procedentes del AED¹⁸. Luego volveremos sobre este punto.

2.3. *Análisis fundamental y análisis aplicado*

36. Es posible analizar económicamente el Derecho, en el plano puramente teórico, de varias maneras, adoptando diferentes registros, en función de diversas circunstancias, tales como el propósito del análisis, el público al que uno pretende dirigirse y las herramientas empleadas a estos efectos. Cabría distinguir así dos grandes géneros: el análisis fundamental y el análisis aplicado¹⁹.

37. El **análisis fundamental** está dirigido principalmente a una amplísima comunidad internacional, integrada mayoritariamente por académicos con estudios avanzados en economía. Los trabajos en curso de realización suelen exponerse en multitudinarios congresos internacionales, previa selección a través de un procedimiento abierto y competitivo²⁰. Una vez finalizados, los trabajos se publican en revistas de impacto internacional, si consiguen superar largos y costosos procedimientos de evaluación externa por pares. La lengua de publicación es, por descontado, exclusivamente el inglés. Los artículos tratan normalmente problemas no específicos de un determinado ordenamiento jurídico, sino generales, abstractos. Hay, ciertamente, trabajos de tipo empírico, inevitablemente referidos a uno o varios sistemas normativos concretos, pero estas referencias se hacen a título ilustrativo. La intención es casi siempre analizar cuestiones de relevancia global, que puedan interesar en cualquier parte del mundo. Los contenidos son cada vez más técnicos y sofisticados. El número de artículos nuevos que se expresan exclusivamente en un lenguaje

¹⁷ Véanse, por ejemplo, el art. 129 LPAC y el art. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

¹⁸ Sirvan los ejemplos de Richard Posner y Frank Easterbrook, ambos profesores universitarios pioneros del AED y luego jueces extraordinariamente citados e influyentes, a pesar de no ejercer sus funciones en el Tribunal Supremo. Véase M. GULATI y V. SÁNCHEZ (2002).

¹⁹ En sentido similar, véase C. M. BILLIET (2011: 1485 y ss.).

²⁰ Véase G. DOMÉNECH PASCUAL y M. PUCHADES NAVARRO (2012).

puramente natural, que no contienen modelos matemáticos ni estudios empíricos cuantitativos, ha ido paulatinamente menguando, hasta llegar a niveles ínfimos²¹. En estas revistas no hay ni rastro de crónicas legislativas, comentarios jurisprudenciales y formatos similares.

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

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

3. La función «puente» del análisis económico del Derecho

40. El AED puede servir y, he hecho, ha servido como **vía de comunicación entre la ciencia del Derecho y otras disciplinas**, como las matemáticas, la estadística, la psicología, la biología evolutiva, etc. Durante las últimas décadas, la economía ha integrado de manera muy significativa teorías y herramientas metodológicas procedentes de esas disciplinas. Lo cual ha propiciado que todas ellas hayan sido naturalmente aplicadas cuando el Derecho ha comenzado a ser objeto de análisis por los economistas o desde una perspectiva económica.

41. Es claro que se pueden utilizar esas y otras herramientas científicas para estudiar el Derecho sin hacerlo desde un punto de vista económico. También algunos sociólogos y politólogos, por ejemplo, se han servido de métodos empíricos y, en menor medida, de modelos matemáticos para analizar diversos aspectos de la realidad jurídica. Pero la realidad es que, en este punto, las aportaciones de los cultivadores del AED han sido mucho más relevantes, tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

²¹ Véase T. GINSBURG y T. J. MILES (2011: 1813 y ss.).

4. Utilidad del análisis económico del Derecho

42. El AED trata de estudiar cómo interacciona el sistema jurídico con la realidad, esto es, cuál es o puede ser el impacto del Derecho sobre dicha realidad y, viceversa, cómo influye esta sobre aquel.

43. El AED puede cumplir, por tanto, una **función predictiva**. Gracias a la utilización de modelos matemáticos y rigurosos métodos empíricos, el AED se ha revelado enormemente exitoso a la hora de **determinar y predecir cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de las normas jurídicas**, esto es, cómo reaccionan o reaccionarán probablemente los individuos frente a dichas normas, y qué consecuencias ha tenido o podrá tener esa reacción para el bienestar social. Cabría analizar, por ejemplo, el impacto que diferentes reglas de imposición de costas pueden tener sobre la conducta procesal y extraprocesal de los justiciables²². La información resultante puede ser útil para todos los actores que de una manera u otra han de trabajar con el Derecho: legisladores, funcionarios, autoridades, jueces, abogados, profesores, etc. Todos ellos, para desarrollar correctamente sus tareas, necesitan información acerca de las consecuencias esperables de las normas que han de establecer, interpretar, aplicar o estudiar.

44. El AED también puede cumplir una **función explicativa**. Mediante esas mismas herramientas, se puede determinar **cómo influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas**. La teoría económica se ha utilizado para explicar, por ejemplo, por qué determinadas regulaciones legislativas favorecen los intereses de ciertos grupos de presión²³, o cómo varía el sentido de las decisiones judiciales en función de circunstancias tales como la ideología de sus autores, su raza, sexo, etc.²⁴. A Richard Posner debemos una de las hipótesis predictivo-explicativas más ambiciosas e importantes —si no la que más— formuladas en el seno de este paradigma teórico. Este autor fue el primero en sostener que el *common law* tiende hacia la eficiencia; en las reglas decantadas y desarrolladas por los jueces subyace una cierta racionalidad económica; las mismas constituyen un sistema coherente de incentivos que inducen en sus destinatarios comportamientos que maximizan la riqueza²⁵.

45. Finalmente, el AED puede cumplir también una **función normativa**, al señalar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los Tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias. Existe una abundante literatura, por ejemplo, acerca de si y en qué condiciones es preferible establecer una regla de responsabilidad por culpa o una de responsabilidad objetiva, en atención a cómo puede influir en la

²² Véanse, por ejemplo, S. SHAVELL (1982); A. W. KATZ y C. W. SANCHIRICO (2010).

²³ Véase G. J. STIGLER (1971).

²⁴ N. GAROUPA, M. GILI y F. GÓMEZ-POMAR (2012).

²⁵ Véase R. A. POSNER (1992: 523-524).

conducta de los afectados y qué costes y beneficios sociales conlleva cada una de ellas²⁶.

46. El AED puede jugar, a estos efectos, un importante papel crítico, *de lege ferenda*, pues permite evaluar distintas alternativas planteadas en el marco de la política normativa, de la discrecionalidad administrativa, del arbitrio judicial o de la capacidad de autorregulación de sujetos privados, en función de los costes y beneficios que cabe esperar de cada una de ellas, e indicar cuál es la que mejor balance presenta²⁷.

47. En contra de lo que a veces se piensa, el AED puede y eventualmente debe ser empleado para resolver problemas *de lege lata*, para aplicar e interpretar el ordenamiento jurídico vigente y precisar cuál es la solución que el mismo prescribe para un caso concreto, siendo esta función, además, singularmente relevante en el ámbito del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular. En primer lugar, porque hay disposiciones normativas que ordenan explícitamente que se adopte una decisión jurídica con base en un análisis económico, más o menos sofisticado, de las consecuencias que la misma puede tener²⁸. En segundo lugar, porque, aunque no exista semejante previsión expresa, aplicar el ordenamiento jurídico vigente implica siempre ponderar los principios que le sirven de fundamento. Y esa **ponderación** se lleva a cabo mediante un análisis de los costes y beneficios, de las consecuencias negativas y positivas, que para la realización de tales principios puede suponer cada una de las interpretaciones o soluciones consideradas²⁹.

48. En efecto, si concebimos los **principios jurídicos como mandatos de optimización**, que ordenan la realización de un valor en la mayor medida de lo posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes³⁰, el alcance que en cada caso tengan los mismos habrá de ser precisado mediante la máxima de la proporcionalidad, que requiere efectuar una ponderación³¹. Una decisión desproporcionada es, por definición, una decisión no óptima, y viceversa. De acuerdo con la formulación canónica de esta máxima, solo cabe restringir o limitar el alcance *prima facie* de un principio jurídico cuando ello resulte: **útil** para satisfacer un fin legítimo; **necesario**, de modo que de entre todas las alternativas útiles para lograr ese objetivo se escoja

²⁶ Véase, por todos, H. B. SCHÄFER y F. MÜLLER-LANGER (2009).

²⁷ Como advierte P. MERCADO PACHECO (2013: 94), «la aportación del AED [es] de crucial importancia en lo que hace referencia a las cuestiones de política legislativa y en la creación y evaluación normativas».

²⁸ Véase, por ejemplo, el art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (relativo al análisis de impacto normativo en el procedimiento de elaboración de normas jurídicas); la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; los arts. 129 y 130 LRJCA (adopción de medidas cautelares); el art. 3.12 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (definición de «mejores técnicas disponibles»); Anexo II del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre (métodos de cálculo de las medidas de reparación y compensación de daños ambientales).

²⁹ Véanse, por todos, J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000); *id.* (2016); L. ARROYO JIMÉNEZ (2009); L. ORTEGA y S. DE LA SIERRA (coords.) (2009).

³⁰ Véanse, por todos, R. ALEXI (1994: 75-76); G. P. LOPERA MESA (2004).

³¹ ALEXI (1994: 100).

la menos restrictiva, y **ponderado** —o no excesivo— por superar los beneficios de la restricción a sus costes³². Y es claro que una limitación inútil, que menoscaba un principio jurídico sin reportar beneficio legítimo alguno, no resulta óptima, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses en juego: omitir la limitación considerada. Una restricción innecesaria tampoco es óptima, pues entonces hay otras alternativas que permiten alcanzar el mismo objetivo con un coste menor. Y va de suyo que una restricción excesiva, cuyas desventajas superan a sus ventajas, tampoco alcanza el óptimo, pues siempre resulta más beneficioso abstenerse de llevarla a cabo.

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

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

51. Y, si esto es así, cabe pensar que algo provechoso podremos aprender los juristas de los economistas. No se trata solo ni principalmente de emplear términos y conceptos económicos —coste, beneficio, precio, maximización, optimización, preferencia, curva de indiferencia, utilidad marginal decreciente, tasa marginal de sustitución, óptimo de Pareto, etc.—³³ para plantear y resolver los problemas suscitados por la aplicación de los principios jurídicos —vale decir, de la máxima de la proporcionalidad y de la ponderación—, lo cual puede hacerse sin violencia alguna³⁴. Mediante las teorías y técnicas avanzadas desarrolladas durante siglos por los economistas, **el AED puede racionalizar dicha ponderación**, estructurar el discurso jurídico, elevar el rigor del análisis de costes y beneficios que hay que efectuar a la hora de aplicar los principios generales del Derecho³⁵.

³² Sobre el principio de proporcionalidad, véanse, por todos, D. SARMIENTO (2004); C. BERNAL PULIDO (2008).

³³ Véase, a modo de ejemplo, ALEXY (1994: 143 y ss.).

³⁴ Como ha notado B. SCHLINK (1976: 155).

³⁵ Véase, en este sentido, E. HOFMANN (2007).

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

5. Algunas críticas dirigidas al análisis económico del Derecho

5.1. *Las personas no siempre actúan racionalmente*

53. Durante las últimas décadas han aparecido incontables estudios empíricos, realizados inicialmente por psicólogos y luego también por economistas, que demuestran que las personas, en determinadas condiciones, actúan sistemáticamente de una manera distinta de la predicha por el tradicional modelo teórico de la elección racional.

54. En efecto, los seres humanos poseen una **racionalidad limitada**. Incurren una y otra vez en abundantes errores e inconsistencias al valorar la información disponible: a la hora de formular juicios sobre los costes y beneficios que entrañan sus alternativas de actuación, así como sobre la probabilidad de que tales resultados se produzcan³⁶.

55. Las personas, en segundo lugar, toman decisiones temporalmente inconsistentes. Sus **preferencias son cambiantes**, inestables. La valoración que los individuos hacen en el presente de los resultados futuros de sus decisiones difiere de la valoración que esos mismos sujetos efectuarán en el futuro de tales resultados³⁷.

56. Los seres humanos, finalmente, **no siempre buscan actuar en el sentido que más conviene a su propio interés**. En ocasiones, incurren conscientemente en costes personales al tomar decisiones que consideran justas o merecidas, y que ora benefician a otros individuos (piénsese, por ejemplo, en el respeto de una norma cuya infracción se sabe es indetectable), ora los perjudican (piénsese en la persona que deja de consumir un producto para boicotear a la empresa que lo fabrica)³⁸.

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

58. Pero ello no resta utilidad o validez al AED. Más bien al contrario. Lo que significa es que, **si las referidas anomalías son predecibles y pueden tener un**

³⁶ Véanse D. KAHNEMAN, P. SLOVIC y A. TVERSKY (eds.) (1998); D. KAHNEMAN y A. TVERSKY (eds.) (2000); T. GILOVICH, D. GRIFFIN y D. KAHNEMAN (eds.) (2002); S. DHAMI (2016). Véase una presentación muy accesible de esta literatura en D. KAHNEMAN (2011).

³⁷ Véase D. LAIBSON (1997).

³⁸ Véanse C. CAMERER y R. H. THALER (1997); D. KAHNEMAN, J. L. KNETSCH y R. THALER (1991); D. J. COOPER y J. H. KAGEL (2013).

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

59. De hecho, el AED no ha naufragado tras la revolución desencadenada por los referidos estudios. Lo que ha ocurrido es que ha surgido una nueva rama del mismo, el *behavioral law and economics*, que trata igualmente de analizar económicamente el Derecho, utilizando sustancialmente las mismas herramientas antes descritas a fin de comprender, explicar y predecir la influencia de las reglas jurídicas sobre la conducta humana, y de precisar cómo hay que configurar estas para que la gente actúe en un determinado sentido (*infra* §§ 86-134). La única diferencia significativa es que esta nueva corriente parte de premisas relativas a cómo se comportan los individuos que, además de ser más realistas, permiten hacer predicciones más exactas y prescripciones más acertadas que las del modelo tradicional, al menos en determinadas circunstancias³⁹. Es más, dicha corriente, al reemplazar presupuestos relativamente simples, pero poco realistas por otros más ajustados a la realidad, pero también más complejos, exige una utilización más intensiva de los métodos empíricos y una mayor sofisticación matemática a fin de modelar teóricamente la conducta humana. El *behavioral law and economics*, en fin, no ha venido a sustituir al AED, sino a robustecerlo y mejorarlo (a costa, eso sí, de complicarlo).

5.2. La cuestión de los fines

60. Se ha dicho que el Derecho no es susceptible de ser analizado económicamente, porque las personas y el ordenamiento jurídico persiguen fines no exclusivamente económicos, que no son tenidos en cuenta —en absoluto o no como es debido— por la economía. En esta línea, ciertos juristas contraponen a veces los intereses económicos con intereses de otro tipo, y llegan a sostener incluso que algunos de estos deben prevalecer sobre aquellos. Recordemos la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se afirma la existencia de un «principio general [...] según el cual debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas»⁴⁰.

61. Sin embargo, la economía es enteramente neutral respecto de los fines⁴¹. No hay fines económicos ni extraeconómicos. Afirmar lo contrario encierra un malentendido. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisio-

³⁹ Véanse, por todos, C. JOLLS, C. SUNSTEIN y R. THALER (1998); R. B. KOROBKIN y T. S. ULEN (2000); E. ZAMIR y D. TEICHMAN (eds.) (2014); *id.* (2018).

⁴⁰ Véanse, entre otras, las SSTJUE de 17 de julio de 1997 (*Affish*, C-183/95, § 43) y 19 de abril de 2012 (*Artogodan*, C221/10 P, § 99).

⁴¹ Véase L. ROBBINS (1935: 24 y ss.).

nes deberían adoptar, cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que estos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir.

5.3. *La eficiencia no lo es todo*

62. Al AED se le ha criticado su postulado de que la eficiencia debe ser el único objetivo de las normas jurídicas, pues —advierten los críticos— entre la eficiencia y la justicia (distributiva) hay un conflicto⁴². Sin embargo, aquí se está criticando una determinada versión del AED que no es obligado compartir. Richard Posner sostuvo inicialmente que lo que el sistema jurídico debe perseguir no es la maximización de la utilidad, entendida como sinónimo aproximado de felicidad, sino la maximización de la riqueza, entendida aproximadamente como lo que estarían dispuestos a pagar los hombres por los bienes existentes⁴³. Interesa resaltar que, de acuerdo con este criterio, lo importante es aumentar la riqueza global, poner cada recurso en manos de la persona que está dispuesta a pagar más por él, siendo indiferente el hecho de que los recursos queden más o menos repartidos; un sistema que produce diez billones de dólares de riqueza concentrada en unas pocas personas es preferible a otro que solo genera nueve equidistribuidos entre toda la población. Este criterio coincide esencialmente con el de la eficiencia, en sentido Kaldor-Hicks⁴⁴: un resultado es más eficiente que otro si quienes ganan con él pueden compensar a los que pierden, de modo que nadie salga perjudicado, si bien no es necesario que los compensen efectivamente.

63. Esta es, sin embargo, una posición que ya ni siquiera el propio Posner sostiene⁴⁵. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores, de cómo esté repartida aquella⁴⁶. **La distribución de la riqueza importa**, cuando menos, por dos razones. De un lado, por la utilidad marginal decreciente de la renta, que hace que cada unidad adicional de renta reporte mayor bienestar a los pobres que a los ricos, por lo que transferirla desde estos segundos a los primeros incrementa, *ceteris paribus*, el bienestar agregado del conjunto de los individuos que integran la sociedad. De otro lado, por la circunstancia de que el bienestar de algunas personas puede depender directamente de cómo está distribuida la riqueza, por ejemplo porque estas sufren al saber que hay gente pobre⁴⁷.

⁴² Véanse J. C. BAYÓN (1994); A. CALSAMIGLIA (1987); *id.* (1989); C. HERRERO (1993); L. HERRERO (1994), *id.* (1998).

⁴³ Véase R. A. POSNER (1979: 119 y ss.); *id.* (1980).

⁴⁴ Llamado así por haber sido sugerido por N. KALDOR (1939) y J. HICKS (1939). Cuando los economistas hablan de «eficiencia», suelen hacerlo en este sentido. Debe notarse, no obstante, que el término es equívoco. De acuerdo con el criterio de Pareto, un resultado es eficiente cuando nadie puede mejorar su situación sin que empeore la de al menos otra persona.

⁴⁵ R. A. POSNER (1990: 375) reconoce que «*wealth maximization is inherently incomplete as a guide to social action because it has nothing to say about the distribution of rights*».

⁴⁶ Véase, por todos, L. KAPLOW y S. SHAVELL (2002: 1 y ss.).

⁴⁷ L. KAPLOW y S. SHAVELL (2002: 28 y ss.).

64. Ahora bien, **muchas veces, resulta razonable obviar** —y, *de facto*, se obvian— **las cuestiones distributivas al analizar económicamente problemas jurídicos concretos**⁴⁸. En primer lugar, porque, como ya hemos visto, frecuentemente se formulan modelos simplificados de la realidad, que pretenden estudiar únicamente aspectos parciales de la misma, con el fin de comprenderla mejor. Así, por ejemplo, es legítimo construir un modelo dirigido específicamente a analizar el impacto que puede tener una determinada regulación —*v. gr.*, tributaria— sobre la conducta humana, sin tener en cuenta sus efectos distributivos. Y viceversa, uno puede centrarse en estudiar estos efectos sin considerar, para no complicar en exceso el análisis, su eventual influencia disuasoria o favorecedora de ciertas conductas.

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

66. Finalmente, por lo general, hay **varias maneras** de conseguir una cierta distribución de la riqueza, y la más eficiente no tiene por qué ser que todas y cada una de las normas jurídicas se diseñen con esa finalidad. Al contrario, la mejor a estos efectos suele ser emplear únicamente los sistemas tributario y de protección social⁴⁹. Así, por ejemplo, las normas que regulan el justiprecio de la expropiación no atienden a razones distributivas. Su cuantía no se hace depender de la riqueza del expropiado o del beneficiario. La mejor manera de corregir las desigualdades eventualmente existentes entre propietarios no es pagar un justiprecio mayor a los más pobres. Estas desigualdades se corrigen más adecuadamente haciendo pagar más impuestos a los propietarios más ricos o prestando más ayuda social a quienes más la necesitan.

67. Los **sistemas tributario y de protección social** presentan varias ventajas al respecto⁵⁰. La primera es que, como tienen un alcance general y toman en cuenta específicamente la riqueza de todos los ciudadanos, pueden corregir más amplia y precisamente las desigualdades existentes entre ellos. Otras normas, en cambio —*v. gr.*, las que regulan el justiprecio—, solo se aplican a unos pocos individuos, por lo que solo pueden efectuar una redistribución de alcance limitado. O no tienen en cuenta la riqueza real de cada uno de sus destinatarios, sino la del afectado «típico» —piénsese en una norma que otorga a los arrendatarios cierto beneficio frente a los arrendadores, por ser aquellos típicamente, aunque no siempre, más pobres que estos—, lo que puede provocar que en ocasiones transfieran renta desde los más pobres a los más ricos. Una segunda ventaja es que dichos sistemas distorsionan en menor grado los incentivos que los individuos tienen para llevar a cabo conductas socialmente valiosas, tales como trabajar, arrendar viviendas de su propiedad, invertir en producir, conservar y mejorar cosas, etc. Cuanto más especial e intensa es una medida redistributiva, cuanto menor es el número de personas que han de soportar su coste o que se benefician de la misma, más se distorsionan los incentivos que estas

⁴⁸ Véase R. COOTER y T. ULEN (2011: 8).

⁴⁹ L. KAPLOW y S. SHAVELL (2002: 32 y ss.).

⁵⁰ Véase L. KAPLOW y S. SHAVELL (1994); *id.* (2000). En contra, C. W. SANCHIRICO (2001); *id.* (2000).

tienen para comportarse apropiadamente. En tercer lugar, los efectos redistributivos de algunas normas son difíciles de predecir y, a veces, quedan enervados por el mercado. Imaginemos, por ejemplo, que se establece para los fabricantes de un producto un régimen de responsabilidad objetiva por los daños que los consumidores hayan sufrido al utilizarlo. Puede ocurrir que los fabricantes repercutan íntegramente sobre el precio del producto el sobrecoste que les supone este régimen, de manera que no se transfiera renta desde los fabricantes hacia los consumidores, como era la intención del legislador, sino desde unos consumidores —los que no sufren daños— a otros —los que sí resultan dañados—.

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

68. Se ha dicho que el análisis económico constituye una metodología apropiada para el estudio de ciertas ramas del ordenamiento jurídico, pero no para el de otras. Ariño, por ejemplo, ha postulado su utilización respecto del conjunto normativo que regula la intervención de los poderes públicos en las actividades de producción de bienes y servicios —el llamado Derecho administrativo económico—, al tiempo que considera que no puede aplicarse a los ámbitos jurídicos que carecen de una dimensión económica, tales como el Derecho de familia y los derechos fundamentales⁵¹.

69. En esta opinión subyace la vieja tesis, muy desacreditada desde hace décadas, de que la economía se ocupa solo de algunas materias o esferas de la actividad humana: de los negocios, la agricultura, el comercio, la industria, los tributos, la producción, distribución y consumo de la riqueza, etcétera⁵².

70. Hoy, sin embargo, se considera mayoritariamente que **la economía no limita su campo de atención a determinadas parcelas de la conducta del hombre**. Si, como hemos visto, se estima que la economía estudia la asignación de recursos escasos, cualesquiera decisiones humanas son susceptibles de ser analizadas por esta ciencia, en la medida en que en prácticamente todas ellas se presenta normalmente el problema de que los medios disponibles para atender ciertos fines son escasos. De hecho, durante los últimos cincuenta años, la economía ha expandido notablemente su radio de actuación efectiva. Numerosos investigadores han ido analizando desde una perspectiva económica incontables actividades y problemas que hasta hace bien poco se veían completamente ajenos a esta ciencia⁵³, como, por ejemplo, la piratería⁵⁴, la adicción al tabaco⁵⁵ y la religión⁵⁶.

71. Por la misma razón, también **cualesquiera ámbitos jurídicos pueden ser estudiados desde una perspectiva económica y con las herramientas de la eco-**

⁵¹ G. ARIÑO (2004: 30).

⁵² Véase R. E. BACKHOUSE y S. G. MEDEMA (2009).

⁵³ Véase, por todos, G. S. BECKER (1993).

⁵⁴ Véase P. T. LEESON (2009).

⁵⁵ Véanse G. S. BECKER y K. M. MURPHY (1988); G. S. BECKER, M. GROSSMAN y K. M. MURPHY (1994).

⁵⁶ Véase, entre otros, L. R. IANNACCONE (1998).

nomía, pues en todos ellos los hombres aspiran a ver satisfechas diversas necesidades y solo disponen a estos efectos de recursos limitados que pueden ser utilizados de distintas maneras. Es más, uno de los sellos distintivos del «nuevo» AED que surge en la segunda mitad del siglo xx es precisamente la aplicación de la economía no solo a las normas que regulan mercados explícitos —esto ya se había hecho en décadas anteriores—, sino a todos y cada uno de los sectores del sistema jurídico: a las normas que regulan los daños, los contratos, la propiedad, los delitos y las penas, los procesos, las relaciones familiares, la organización y el funcionamiento de los poderes públicos, etc.⁵⁷. Es cierto que la atención de los modernos cultivadores del AED se ha centrado predominantemente en algunos de esos ámbitos —sobre todo, en el Derecho patrimonial privado, el Derecho penal y el Derecho procesal—, pero también podemos encontrar cada vez más publicaciones relativas a otras muchas materias, entre las que está el Derecho público⁵⁸.

72. Obviamente, el AED no ha tenido el mismo éxito en todas las disciplinas jurídicas. Tal vez ello se deba, en parte, a que el modelo de la elección racional, que es el inicial y todavía mayoritariamente utilizado por los cultivadores del AED, explica la conducta humana mejor en algunos ámbitos que en otros. Cabe pensar que las personas no actuamos siempre de la misma manera en cualesquiera circunstancias. La conducta de las empresas privadas, por ejemplo, suele distar mucho respecto de la de las organizaciones públicas. Y puede ocurrir que un modelo permita describir y predecir aproximadamente cómo se comportan los individuos en determinadas condiciones, pero no en otras. Esto, sin embargo, no implica que el análisis económico carezca de validez o utilidad para el estudio de ciertas ramas del Derecho. Lo que significa es que hay que elaborar modelos teóricos que permitan dar cumplida cuenta de las eventuales diferencias observadas en la conducta humana en diferentes contextos, y que expliquen y predigan, con una exactitud razonable, dicha conducta en cada uno de estos.

73. La perspectiva económica no es menos válida ni útil para el análisis del Derecho público que para el estudio del Derecho privado. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la gran mayoría de los modelos teóricos clásicos del AED se ha construido asumiendo, implícita o explícitamente, que los destinatarios de las normas jurídicas analizadas eran sujetos privados, por lo que **muchos de esos modelos no resultan trasladables al ámbito público sin matices ni modulaciones**, en la medida en que las circunstancias que determinan la conducta de los individuos implicados son, frecuentemente, bien distintas en uno y otro campo⁵⁹.

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

74. Al AED se le ha reprochado un sesgo ideológico conservador, manifestado en su exaltación del mercado como mecanismo de resolución de conflictos jurídicos,

⁵⁷ R. A. POSNER (1992: 21).

⁵⁸ Véanse, por ejemplo, S. ROSE-ACKERMAN (ed.) (2007); D. A. FARBER y A. JOSEPH O'CONNELL (eds.) (2010); T. EGER y H. B. SCHÄFER (eds.) (2012).

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, J. DE MOT y M. FAURE (2016); G. DARI-MATTIACCI, N. GAROUPA y F. GÓMEZ-POMAR (2010).

en su defensa del criterio de maximización de la riqueza, en su despreocupación por la distribución de la misma, etcétera⁶⁰.

75. Curiosamente, también ha recibido duras críticas por parte de autores que sostienen concepciones del Derecho —v. gr. la del iusnaturalismo católico— que podríamos calificar como conservadoras. Se le ha objetado así su neutralidad respecto de los fines y valores que debe perseguir el Derecho. El AED prescribe que hay que maximizar la satisfacción de las preferencias de los individuos, cualesquiera que estas sean. El AED no establece jerarquías apriorísticas entre fines. No considera que unos sean intrínsecamente mejores que otros⁶¹.

76. Es cierto que la ideología de algunos destacados cultivadores del AED —especialmente, la de los miembros o simpatizantes de la llamada Escuela de Chicago— puede calificarse *grosso modo* como neoliberal. Y que en su rápida expansión en el seno de las universidades estadounidenses de élite jugó un papel crucial el mecenazgo de una fundación de ideología netamente conservadora⁶². Pero, a pesar de lo que todavía parecen creer algunos, el AED no se reduce ni a Posner ni a la Escuela de Chicago de los años setenta y ochenta del siglo pasado⁶³. El AED es actualmente una disciplina en la que conviven individuos y comunidades situados en muy diversos y distanciados puntos del espectro ideológico⁶⁴. También hay, en este sentido, un AED «progresista»⁶⁵.

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

5.6. *El análisis económico del Derecho no da cuenta de la práctica judicial*

78. Se ha dicho que el AED no da una explicación adecuada, inteligible, del sistema jurídico, porque «descansa sobre conceptos, lenguaje y razonamientos que son radicalmente diferentes de aquellos empleados por los actores legales mismos». Los «argumentos legales versan esencialmente sobre derechos individuales y responsabilidad individual antes que sobre eficiencia» y análisis de costes-beneficios. «Las teorías económicas no pueden ofrecer una imagen del Derecho [...] que sea reconocible por aquellos individuos». Para hacer inteligible una práctica autorreflexiva como el Derecho, hay que explicar cómo dicha práctica se entiende a sí misma, y por

⁶⁰ Véase, a título de ejemplo, M. J. HORWITZ (1980).

⁶¹ Véase M. A. SARGENT (2005).

⁶² Véase S. M. TELES (2008: 90 y ss. y 181 y ss.).

⁶³ Como advierte Í. ORTIZ DE URBINA (2006: 322), una de las varias infracciones de las normas elementales del debate académico que suelen cometerse al criticar el AED es la de juzgar «a todo el AED por las aportaciones que unos pocos autores [el sospechoso habitual es Richard Posner] realizaron hace ya algunos años, sin tan siquiera pararse a considerar la evolución de su pensamiento».

⁶⁴ Véase S. M. TELES (2008: 200 y ss. y 218).

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, S. ROSE-ACKERMAN (1988); R. DIBAJ (2003).

qué los operadores jurídicos utilizan un razonamiento singular que poco tiene que ver con el empleado por los juristas-economistas⁶⁶.

79. Sin embargo, el AED —por ejemplo, la hipótesis de la eficiencia afirmada por Posner— suele ofrecer explicaciones acerca de cómo es *realmente* el Derecho practicado que son más exactas, amplias, simples, fecundas, unificadoras y coherentes que las propuestas por otras teorías alternativas. Debe notarse que, muchas veces, los operadores jurídicos y, en particular, los jueces aplican el Derecho de acuerdo con ciertos postulados del AED, adoptando decisiones tendencialmente eficientes, que maximizan el bienestar social. Y el AED, a pesar de ser prácticamente desconocido por dichos operadores, se ajusta y permite predecir mejor el sentido de sus decisiones que los propios argumentos que estos esgrimen para justificarlas⁶⁷.

80. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas proporciona un buen ejemplo. Nuestros Tribunales suelen decir una cosa y hacer otra. Numerosísimas sentencias declaran que: i) dicha responsabilidad es objetiva; que ii) esta solo surge cuando se ha probado la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño, o que iii) la cuantía de la indemnización ha de coincidir con la magnitud del daño sufrido por la víctima. Pero, a la hora de la verdad, esas mismas sentencias adoptan normalmente soluciones más eficientes y recomendables según el AED, a saber: i) exigen la concurrencia de negligencia o anormalidad en el funcionamiento de tales servicios para condenar a la Administración a resarcir los daños; ii) declaran dicha responsabilidad en casos en los que no se ha podido acreditar fehacientemente la referida relación de causalidad, y iii) imponen, *praeter legem*, compensaciones de carácter punitivo, que exceden de la cuantía del daño ocasionado⁶⁸.

81. Este fenómeno tiene su explicación. Por un lado, cabe pensar que al menos tres tipos de **mecanismos selectivos y evolutivos** propician que las decisiones de los operadores jurídicos tiendan en líneas generales a ser eficientes, al menos hasta cierto punto.

82. En primer lugar, en un plano **individual-biológico**, es razonable pensar que la selección natural ha «inducido» en los seres humanos y, por tanto, también en los operadores jurídicos la querencia a tomar decisiones en cierta medida eficientes, racionales, que les permitan aprovechar sus limitados recursos para satisfacer en un elevado grado sus necesidades y, a la postre, poder sobrevivir. La hipótesis de que los juristas, como consecuencia de su singular «sofisticación» o de alguna otra circunstancia que no alcanza a adivinarse, son los únicos seres vivos inmunes a la eficiencia así entendida, en los que esta tendencia no se manifiesta, resulta de todo punto inverosímil⁶⁹.

⁶⁶ J. COLEMAN (2001); S. A. SMITH (2004: 132 y ss.); D. M. PAPAYANNIS (2009); E. J. WEINRIB (2012).

⁶⁷ Para más detalles, véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2019).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Véase *ibid.*

83. En segundo lugar, la **competencia entre organizaciones sociales** puede haber generado también un proceso selectivo. Los grupos humanos que se dan normas jurídicas eficientes tienen, *ceteris paribus*, mejores perspectivas de prosperar, expandirse, perdurar e imponerse a otros que los que se rigen por normas ineficientes. En esta línea, se ha notado cómo la «competencia entre sistemas legales nacionales» puede propiciar que las soluciones que los mismos dan a determinados problemas converjan hacia la eficiencia. Las personas muestran una cierta querencia a establecerse en aquellos países, a elegir aquellos sistemas legales, que mejor atienden sus intereses. Ello determina que los Estados, en la medida en que pretendan atraer a los mejores «clientes», traten de ofertar reglas jurídicas que satisfagan óptimamente las necesidades de estos, lo que favorece que las reglas jurídicas económicamente ineficientes tiendan a desaparecer⁷⁰.

84. En tercer lugar, la **litigación selectiva** puede haber tenido un efecto evolutivo semejante sobre las normas jurídicas. Se ha sostenido que lo que hace evolucionar el *common law* —el Derecho de origen judicial— hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual estos deciden en qué casos litigan. Es más, la litigación selectiva puede hacer que el *common law* evolucione hacia la eficiencia incluso cuando los jueces muestran un cierto sesgo en contra de ella. Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que estos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de estas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatir las. Las normas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo⁷¹.

85. Por otro lado, el hecho de que el contenido real de la praxis jurídica se ajuste, en gran medida, a lo indicado por el AED, a pesar de que los operadores jurídicos ignoren esta corriente doctrinal también tiene una explicación plausible. Con frecuencia, las leyes y las teorías «tradicionales» utilizan conceptos clave sumamente indeterminados —v. gr., la «diligencia de un buen padre de familia» o el «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar»—, que dejan a los aplicadores del Derecho un enorme margen de discrecionalidad, lo que propicia que estos puedan interpretarlos y aplicarlos conforme a las intuiciones y contenidos relativamente eficientes determinados por los mecanismos y procesos evolutivos antes expuestos⁷². Esto explicaría también por qué, muchas veces, los Tribunales de distintos países, pertenecientes incluso a culturas diversas, dan a problemas sociales sustancialmente idénticos soluciones jurídicas muy semejantes, a pesar de utilizar disposiciones normativas, conceptos, razonamientos e idiomas bien diferentes.

⁷⁰ A. OGUS (1999).

⁷¹ Véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2013).

⁷² J. S. KRAUS (2007).

IV. EL ANÁLISIS CONDUCTUAL DEL DERECHO

86. Antes de nada, es necesario aclarar de qué hablamos cuando hablamos de análisis conductual del Derecho (en adelante, ACD). Esta sección trata de las aplicaciones de la economía del comportamiento en el ámbito del Derecho⁷³. La idea básica es que la disciplina del AED debería modificarse para incorporar los conocimientos (más recientes) provenientes de la psicología cognitiva y la economía conductual. El **enfoque tradicional del AED** asume que la mayoría de los individuos la mayor parte del tiempo: i) se comporta de forma racional; ii) en la persecución de sus propios intereses, y iii) es capaz de adoptar los comportamientos y los cursos de acción necesarios para lograr esos objetivos. Por ello no es de extrañar que, tras discutir numerosos argumentos muy sofisticados, la mayoría de los artículos provenientes del AED alcancen la misma conclusión: dejen que sean los mercados quienes encuentren la solución. Pero antes de repasar cómo los hallazgos recientes de la economía conductual han modificado la disciplina del AED conviene aclarar, sucintamente, qué es la economía conductual y cómo se ha incorporado al análisis del Derecho.

1. Concepto y objetivo del Análisis Conductual del Derecho

87. El ACD consiste en desarrollar e incorporar a la investigación jurídica el conocimiento proveniente de las ciencias del comportamiento, en particular la psicología cognitiva y la economía del comportamiento. La ciencia del comportamiento investiga las causas por las que las personas nos comportamos con frecuencia de forma irracional, con costes para terceros y para nosotros mismos. En esa tarea, dicha ciencia ha ido enriqueciendo poco a poco los presupuestos psicológicos sobre los que se funda la teoría económica tradicional, que han dado lugar al modelo del ser humano calculador e hiperracional que calcula matemáticamente las (des)utilidades de todas sus acciones, con el conocimiento proveniente de la psicología y la economía. El ACD consiste, así, en enriquecer el Derecho con los hallazgos procedentes de la ciencia del comportamiento para entender y explicar mejor cómo nos comportamos los seres humanos.

88. Sirva un ejemplo. Según el teorema de Coase⁷⁴, que ha jugado un papel central en el AED tradicional, si se asignan derechos de propiedad transmisibles sobre un recurso escaso y los costes de transacción son suficientemente bajos, dicho recurso acabará distribuido de manera eficiente, con independencia de a quién se asignara inicialmente su propiedad. A estos efectos, por ejemplo, es irrelevante que un juez decida que A es el propietario legítimo del anillo de bodas de su tatarabuela y no B, que llevaba años reclamando su propiedad, siempre que los costes de transacción sean lo bastante bajos como para que las partes negocien entre sí y alcancen el resultado óptimo. Según Coase, la asignación final del anillo dependerá de cuánto lo valoren económica y sentimentalmente los individuos A y B.

⁷³ Los anglosajones se refieren a esta disciplina como *Behavioral Law and Economics*.

⁷⁴ R. COASE (1960).

83. En segundo lugar, la **competencia entre organizaciones sociales** puede haber generado también un proceso selectivo. Los grupos humanos que se dan normas jurídicas eficientes tienen, *ceteris paribus*, mejores perspectivas de prosperar, expandirse, perdurar e imponerse a otros que los que se rigen por normas ineficientes. En esta línea, se ha notado cómo la «competencia entre sistemas legales nacionales» puede propiciar que las soluciones que los mismos dan a determinados problemas converjan hacia la eficiencia. Las personas muestran una cierta querencia a establecerse en aquellos países, a elegir aquellos sistemas legales, que mejor atienden sus intereses. Ello determina que los Estados, en la medida en que pretendan atraer a los mejores «clientes», traten de ofertar reglas jurídicas que satisfagan óptimamente las necesidades de estos, lo que favorece que las reglas jurídicas económicamente ineficientes tiendan a desaparecer⁷⁰.

84. En tercer lugar, la **litigación selectiva** puede haber tenido un efecto evolutivo semejante sobre las normas jurídicas. Se ha sostenido que lo que hace evolucionar el *common law* —el Derecho de origen judicial— hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual estos deciden en qué casos litigan. Es más, la litigación selectiva puede hacer que el *common law* evolucione hacia la eficiencia incluso cuando los jueces muestran un cierto sesgo en contra de ella. Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que estos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de estas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatir las. Las normas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo⁷¹.

85. Por otro lado, el hecho de que el contenido real de la praxis jurídica se ajuste, en gran medida, a lo indicado por el AED, a pesar de que los operadores jurídicos ignoren esta corriente doctrinal también tiene una explicación plausible. Con frecuencia, las leyes y las teorías «tradicionales» utilizan conceptos clave sumamente indeterminados —*v. gr.*, la «diligencia de un buen padre de familia» o el «daño que no se tiene el deber jurídico de soportar»—, que dejan a los aplicadores del Derecho un enorme margen de discrecionalidad, lo que propicia que estos puedan interpretarlos y aplicarlos conforme a las intuiciones y contenidos relativamente eficientes determinados por los mecanismos y procesos evolutivos antes expuestos⁷². Esto explicaría también por qué, muchas veces, los Tribunales de distintos países, pertenecientes incluso a culturas diversas, dan a problemas sociales sustancialmente idénticos soluciones jurídicas muy semejantes, a pesar de utilizar disposiciones normativas, conceptos, razonamientos e idiomas bien diferentes.

⁷⁰ A. OGUS (1999).

⁷¹ Véase G. DOMÉNECH PASCUAL (2013).

⁷² J. S. KRAUS (2007).

89. La ciencia del comportamiento ha puesto de relieve que la solución propuesta por Coase está basada en **supuestos muy poco realistas**. No hace falta ser abogado para saber que tras una demanda —el teorema es importante para el estudio del Derecho porque en la realidad a menudo son los jueces quienes resuelven este tipo de pretensiones—, las partes no suelen quedar para tomar café y acordar el precio que ponen a sus preferencias⁷⁵. A diferencia del ser-humano-maximizador-de-utilidad que puebla el análisis económico tradicional, y que presupone la solución del teorema de Coase, los seres-humanos-con-pasiones que habitan fuera del mundo de los modelos neoclásicos de la economía se comportan a menudo de forma irracional⁷⁶.

90. El ACD consiste, precisamente, en enriquecer las asunciones psicológicas en las que se fundamenta el AED con los hallazgos más recientes y realistas provenientes de la psicología cognitiva y la economía del comportamiento, lo que permite formular mejores explicaciones y predicciones de la realidad social, que a su vez pueden ser utilizadas para diseñar políticas que «empujen» a los individuos a tomar mejores decisiones tanto desde un punto de vista personal como colectivo. Para ello, el ACD se vale fundamentalmente de estudios experimentales.

2. La utilidad del Análisis Conductual del Derecho

91. Como bien señalan Richard Thaler y Cass Sunstein, a diferencia del *homo economicus*, que responde únicamente a incentivos, el *homo sapiens* responde a incentivos, pero también a otros factores, no siempre racionales, que influyen sobre sus decisiones. Si uno consulta un libro de texto de Economía, aprenderá que el *homo economicus* tiene la potencia cognitiva de Albert Einstein, la memoria de un supercomputador como Deep Blue y la fuerza de voluntad de Mahatma Gandhi. La gente que habita el planeta Tierra, en cambio, no es así. La gente de carne y hueso tiene dificultades con las operaciones algebraicas complejas, se olvida del cumpleaños de su pareja y tiende a comer chucherías hipercalóricas si se las ofrecen⁷⁷.

92. El legislador debería adoptar medidas tendentes a maximizar el bienestar colectivo. Para acercarse a ese objetivo, es imprescindible que el legislador esté familiarizado con la evidencia empírica acerca de dos cuestiones: i) cómo se forman los juicios las personas reales que habitan la Tierra, y ii) cómo toman sus decisiones. Si la evidencia sugiere que los individuos se parecen al *homo economicus* que describe la teoría de la elección racional, la legislación debería ser una. Si se parece más al ser humano con pasiones, emociones y que comete errores que retrata la ciencia del comportamiento, debería ser otra (y distinta).

⁷⁵ En un trabajo con una muestra de 20 casos que acabaron en sentencia, Farnsworth señala que en ninguno las partes se propusieron pactar una solución distinta a la decidida por el juez [véanse W. FARNSWORTH (1999); *apud* R. THALER (2016: 376)].

⁷⁶ Tan a menudo que hay quien sostiene que nos comportamos de forma «predeciblemente irracional». Véase D. ARIELY (2008).

⁷⁷ R. THALER y C. SUNSTEIN (2008).

93. Daniel Kahneman y Amos Tversky sostienen que cuando los *sapiens* nos formamos un juicio, lo que hacemos es calcular probabilidades⁷⁸. Al hacer esto, lo habitual es realizar juicios de semejanza o, en la terminología de estos autores, de «representatividad»: cuanto más se parezca una persona a tu imagen mental de catedrático de Universidad, más probable es que pienses que es catedrático de Universidad. A este y otros atajos mentales que llevan a las personas a cometer errores los denominaron heurísticos.

94. La idea de Kahneman y Tversky es que la gente comete errores y se aparta de la pauta de comportamiento prevista por la teoría de la elección racional de forma sistemática y predecible, porque la mayoría del tiempo nuestro cerebro juzga y toma decisiones empleando atajos mentales. En la medida en que esos errores son sistemáticos y predecibles, el legislador haría bien en tenerlos en cuenta en su producción normativa. Ilustraremos este punto con dos ejemplos: la donación de órganos y la (tasa de fallecimientos por) obesidad.

95. Mucha gente muere todos los años en la lista de espera de trasplantes de órganos, pues la oferta de estos es inferior a su demanda⁷⁹. Esa lista de espera no corre a la misma velocidad en todos los países, sino que existe una varianza importante. España lidera desde hace veintisiete años el *ranking* de países con más donantes del mundo, con una tasa de 48,3 donantes por millón de habitantes.

96. La fuente primaria de órganos son los pacientes en muerte cerebral; es decir, aquellos que han sufrido un daño irreparable de sus funciones cerebrales y son mantenidos transitoriamente con vida gracias a los ventiladores. Existen dos grandes enfoques o modelos acerca del consentimiento necesario para extraer los órganos de esas personas. El primero es el **consentimiento expreso**, que rige, por ejemplo, en Estados Unidos. Esto significa que los individuos deben llevar a cabo algún trámite que demuestre su voluntad inequívoca de ser donante. Inevitablemente, esto conlleva aparejada la pérdida de órganos de personas que desearían haber sido donantes, pero nunca llevaron a cabo las acciones necesarias para serlo.

97. El otro gran modelo es del **consentimiento presunto**, que rige en España. Este enfoque asume que todas las personas están dispuestas a donar, pero en el caso de no ser así, por las razones que sean, simplemente han de realizar los trámites necesarios para que quede constancia de ese rechazo. Así, pues, el primero sería un modelo de *opt in*, donde la opción por defecto prevista por el legislador es la no donación de los pacientes en muerte cerebral, mientras que el segundo sería de *opt out*.

98. En un mundo poblado de agentes (cuasi) perfectamente racionales como los descritos en los libros de texto de economía y los artículos académicos del AED tradicional, si el registro de nuestra voluntad no fuera muy costoso —supongamos que pudiera perfeccionarse haciendo *click* en una *web*, por ejemplo—, la elección del legislador no tendría demasiada importancia. Sin embargo, en el mundo real, que **la opción por defecto** sea una u otra sí las tiene. Para una muestra de 22 países de todo el mundo, Abadie y Gay encuentran que pasar de un modelo de consenti-

⁷⁸ Véase D. KAHNEMAN y A. TVERSKY (1974).

⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA (2019).

miento expreso a uno de consentimiento presunto incrementa las donaciones del país hasta en un 16 por 100⁸⁰. Si nos centramos en Europa, Ugur observa que para el periodo 2000-2010, «[los países del modelo de] consentimiento presunto presentan tasas entre un 28 y un 32 por 100 mayores de donación cadavérica y entre un 27 y un 31 por 100 superiores de trasplante de riñón cuando se comparan con los países de consentimiento expreso, controlando por otros factores»⁸¹. El peso de la inercia —o **sesgo del *statu quo***—⁸² no tiene ningún rol en el mundo descrito por la teoría de la elección racional, pero sí en el explicado por la ciencia del comportamiento.

99. El segundo ejemplo no tiene que ver con el sesgo del *statu quo*, sino con lo que Tversky y Kahneman denominaron **sesgo de la «disponibilidad»**⁸³. ¿Cuál es la causa de muerte más probable? ¿Cuánto te preocupa morir en un accidente de coche? ¿Y de forma violenta? ¿Y de la covid-19? ¿Qué porcentaje de la población española crees que sufre obesidad o sobrepeso? Al responder todas estas preguntas, nuestro cerebro hace un juicio de peligrosidad, de forma que cuanto más sencillo sea «representarnos» ese peligro —*i. e.* traer a nuestra mente la figura de una persona entrando en nuestra casa a robarnos, un accidente de coche, yacer por una neumonía bilateral en la cama de un hospital— más probable es que le asignemos un factor elevado de letalidad. Es muy probable que la mayoría de las personas que viven en España dijeran que la principal causa de muerte en España son los accidentes de tráfico.

100. Pero no es así. Mientras que las muertes en carretera se han situado de manera estable en los últimos años en torno a las 1.000, las enfermedades cardiovasculares representan la muerte de alrededor de 55.000 españoles cada año. En global, los factores de riesgo más relevantes para nuestra salud son, por este orden, fumar, la hipertensión, el sobrepeso y el alcohol; y los factores que más perjudican nuestra salud, el alcohol, el tabaco y la obesidad infantil⁸⁴.

101. En España, como en la gran mayoría de democracias industriales en general e incluso en la mayoría de los países del mundo, se observa una tendencia hacia la disminución de las muertes violentas y un aumento (relativo) de las relacionadas con nuestra alimentación y hábitos de vida, que matan seis veces más que los accidentes y los asesinatos. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha alertado de que el mayor riesgo somos «nosotros mismos» y, en particular, la obesidad.

102. Millones de *homo sapiens* se alimentan de manera subóptima a sí mismos y alimentan horriblemente mal a sus hijos todos los días, poniendo en riesgo su salud. Teniendo esto en cuenta, el ministro de Sanidad de un país podría impulsar varias reformas⁸⁵: i) reformar la legislación con el objetivo de optimizar la salud, en el corto y largo plazos, de los consumidores; ii) reformar la legislación para maximizar

⁸⁰ A. ABADIE y S. GAY (2006).

⁸¹ Z. B. UGUR (2015).

⁸² Véase W. SAMUELSON y R. ZECKHAUSER (1988).

⁸³ A. TVERSKY y D. KAHNEMAN (1973).

⁸⁴ J. B. SORIANO *et al.* (2018: 171).

⁸⁵ Véase R. THALER y C. SUNSTEIN (2008: 2).

el número de opciones disponibles por el consumidor, o iii) reformar la legislación con el objetivo de maximizar los beneficios de las empresas.

103. Las diferentes opciones reflejan distintas preferencias políticas. La primera podría incluir, por ejemplo, la implantación de un impuesto a las bebidas azucaradas (*soda tax*), la implantación de un semáforo alimentario (*nutriscore*), la subvención de productos particularmente recomendables desde el punto de vista sanitario, etc. Es la opción más intervencionista y, en ese sentido, más paternalista. Pero la cuestión no es esa, sino si: i) ese paternalismo está justificado, y si ii) las alternativas son peores o mejores. Porque ninguna arquitectura de elección es completamente neutral desde un punto de vista axiológico y escoger una (más paternalista) u otra (más libertaria) va a tener consecuencias prácticas (véase *infra* §§ 123-128).

104. Estos dos ejemplos ponen de manifiesto la utilidad del ACD para diseñar políticas regulatorias a través del Derecho administrativo. Dicha utilidad es particularmente visible en aquellas áreas del Derecho administrativo en las que el comportamiento individual puede responder más claramente a los sesgos o heurísticos a los que se ha hecho referencia. Esta circunstancia ha de ser tenida debidamente en cuenta a la hora de elaborar y aplicar disposiciones normativas pertenecientes al Derecho administrativo, como, por ejemplo, en la redacción de normas de ordenación y limitación de actividades privadas —*v. gr.*, mediante el establecimiento de reglas por defecto—, en la configuración de los servicios públicos —mediante la organización de la prestación y el diseño de su financiación—, o en el diseño de medidas de fomento —por medio de incentivos, tanto positivos como negativos—.

105. En definitiva, el ACD cumple una doble función. Por una parte, describe de una manera más realista el comportamiento de los seres humanos, que tienden a comportarse de forma mucho más errática que lo que predice la teoría de la elección racional en la que se basa el AED tradicional. Por la otra parte, más prospectiva, señala que existen maneras de corregir ese comportamiento errático, mediante intervenciones que nos empujan a tomar decisiones que tienen menos consecuencias negativas, desde la doble perspectiva personal y colectiva. Pero ¿cómo ejerce esa doble función? ¿Qué metodología ha venido empleando?

3. El Análisis Conductual del Derecho como enfoque experimental

106. *Grosso modo*, mientras que el AED ha tendido a emplear datos observacionales, el ACD ha utilizado, sobre todo, métodos experimentales. Esto es poco sorprendente si tenemos en cuenta que, hasta hace apenas veinte años, la Economía era una ciencia social que basaba algunas de sus hipótesis centrales en presunciones de carácter eminentemente teórico que nunca habían sido testadas, ni en campo ni en laboratorio. El giro conductual imprimido por las ciencias del comportamiento ha venido a colmar esa laguna⁸⁶.

⁸⁶ La nota de prensa del Premio Nobel de Economía concedido en 2002 *ex aequo* a Danny Kahneman y Vernon Smith contiene un reconocimiento expreso al trabajo experimental desarrollado por

107. Retomemos el **teorema de Coase**. Como señalan Jolls, Sunstein y Thaler, buena parte del AED había asumido dicho teorema como una tautología⁸⁷. Uno de los principios fundamentales del AED tradicional es que «los recursos tienden a gravitar hacia sus usos más valiosos»⁸⁸. Cuando los costes de transacción son cero o próximos a cero, esto nos dirige directamente al resultado propuesto por Coase. **La comprobación empírica de la hipótesis de Coase, sin embargo, nunca había preocupado al AED, inicialmente poco proclive a la metodología experimental.**

108. Pero que el AED no se preocupara por verificar una de sus bases fundacionales no significa que no pudiera hacerse. Kahneman y Thaler lo hicieron en varios experimentos en los que se testaba la **importancia del «efecto dotación»** (*endowment effect*), descrito como la **tendencia a conservar lo que tenemos** —antes que a adquirirlo si no es nuestro—⁸⁹. Tverski y Kahneman pensaban que la racionalidad limitada de los humanos tendería a reducir el volumen de transacciones en un mercado —respecto del nivel predicho por el teorema de Coase—, porque las personas que tienen algo tienden a conservarlo, mientras que las que no lo tienen no se muestran tan interesadas en adquirirlo⁹⁰. En uno de los estudios más conocidos, los sujetos eran estudiantes de un curso de AED de la Universidad de Cornell. La mitad de ellos recibió una ficha —la idea de emplear el método de la ficha (*token*) viene de la asunción de que es muy improbable que alguien experimente un efecto dotación por ella—. A cada ficha se le asignaba un valor concreto, diferente para cada jugador, y al acabar el experimento cada sujeto podía canjearla por dinero real.

109. La circunstancia de que cada individuo valore de forma distinta las fichas genera curvas de oferta y demanda para estas. A partir de ahí se activa el mecanismo de mercado. Quienes no han recibido ninguna ficha pueden comprar y quienes las han recibido pueden vender. Quienes reciben una oferta por un valor superior al de la ficha deberían venderla —y así lo hicieron en esta fase del experimento—, de forma que al final del experimento las fichas deberían acabar en manos de quienes más las valorasen. Esto es lo que predecía Coase y esto es exactamente lo que ocurrió en el experimento de la Universidad de Cornell.

110. No obstante, el Teorema está concebido para predecir lo que ocurriría no solo con **productos** a los que hemos conferido exógenamente un valor, sino también con objetos como el anillo de nuestra tatarabuela o un tazón de desayuno. Por ello, en la segunda fase del experimento se entregó a la mitad de los estudiantes una taza con el logo de la Universidad de Cornell grabado en ella. El Teorema predice que aquellos que valoren más la taza —su valor, como el de las fichas, era diferente para cada estudiante— deberían ser sus propietarios finales. Sin embargo, el experimento mostró que, con las tazas, el volumen de transacciones en el mercado era muy inferior. Los estudiantes que recibieron una taza tendían a valorarlo aproximadamente el

ambos premiados y a su valor epistemológico en un ámbito del conocimiento, la economía, donde ese enfoque había estado ausente. Puede consultarse la nota en <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2002/press-release/> (fecha de último acceso: 27 de julio de 2020).

⁸⁷ Véase C. JOLLS, C. SUNSTEIN y R. THALER (1998).

⁸⁸ Véase R. POSNER (1986a: 11).

⁸⁹ Véase D. KAHNEMAN, J. KNETSCH y R. THALER (1990).

⁹⁰ Véase A. TVERSKY y D. KAHNEMAN (1991).

doble que los que no lo recibieron. La distribución final no fue para nada independiente de la inicial. Dicho de otra forma, el experimento mostró que la predicción de Coase funciona en la teoría, cuando manejamos objetos a los que les hemos asignado exógenamente un valor, pero no en la práctica, cuando hablamos de objetos reales que, por tanto, alguien alguna vez compró o heredó. ¿Por qué? Porque **la racionalidad limitada de los seres humanos nos lleva a: i) conservar las cosas que son nuestras (*endowment effect*); ii) valorar las pérdidas aproximadamente el doble que las ganancias (*loss aversion in prospect theory*)⁹¹, y iii) preferir el estado actual de las cosas (*statu quo bias*).**

111. En definitiva, «el análisis conductual y el económico del Derecho no difieren solo en sus asunciones acerca del comportamiento humano. Difieren también, de manera testable, en sus predicciones acerca de cómo el Derecho (así como otras fuerzas) puede afectar el comportamiento»⁹². Si la gente emplea de forma habitual heurísticos y estos les llevan a cometer errores —de forma predecible, además—, eso significa que al menos en teoría alguien podría «empujarles» un poquito en la buena dirección, es decir, ayudarles a corregir esos errores facilitando que su conducta se oriente a determinados fines. Ahora bien, esto implica someter a discusión una idea muy querida por los autores que han venido haciendo AED en la estela, por ejemplo, de Richard Posner: la de que el ordenamiento jurídico ha de respetar siempre la decisión informada de los ciudadanos. El AED tradicional permitiría justificar la intervención pública en general, y la intervención a través del Derecho administrativo en particular, allí donde se aprecian fallos del mercado como, por ejemplo, un bien público o una externalidad negativa. Pero el ACD va, como puede observarse, mucho más allá. ¿Es posible que algunos empleados públicos conozcan mejor que la mayoría de la gente cuáles son los errores que están cometiendo y las decisiones que mejor promueven sus intereses? Y si es así, ¿significa esto que el paternalismo, en alguna de sus versiones al menos, está *normativamente* justificado? En definitiva, ¿cómo emplear los hallazgos del análisis conductual para producir mejor Derecho, mejores ordenamientos jurídicos?

4. La aplicación del análisis conductual al Derecho: el caso de los *nudges*

112. Según Thaler y Sunstein, un *nudge* es «cualquier aspecto de la arquitectura de decisión que altera el comportamiento de la gente de forma predecible, sin prohibir ninguna opción ni alterar significativamente sus incentivos económicos»⁹³. Un *nudge*, para serlo, continúan Thaler y Sunstein, tiene que ser fácil de evitar y no puede consistir en un mandato. Por ejemplo: poner la comida más sana de la tienda en el lineal que queda a la altura de los ojos es un *nudge*. Prohibir la comida basura no lo es⁹⁴.

⁹¹ El artículo de D. KAHNEMAN y A. TVERSKY (1979) sería el trabajo que le acabaría valiendo el Nobel a Kahneman. El Nobel no se concede de forma póstuma, por lo que Tversky no fue incluido.

⁹² C. JOLLS, C. SUNSTEIN y R. THALER (1998: 1481).

⁹³ R. THALER y C. SUNSTEIN (2008: 6).

⁹⁴ *Ibid.*

113. En los países de nuestro entorno existen muchas intervenciones o medidas que cumplen con las características de esa definición: las opciones por defecto, como hemos visto en el caso de la donación de órganos; la forma en que se presenta la información —el lenguaje enmarca nuestro pensamiento: no tiene los mismos efectos cognitivos informar de que algo presenta una tasa de éxito del 90 por 100 a hacerlo de que tiene una tasa de fracaso del 10 por 100—⁹⁵; la modificación del entorno para hacer unas opciones más accesibles o atractivas que otras —la gente tiende a comprar los productos que se ubican cerca de la caja registradora, por ejemplo⁹⁶—, etc. **Más aún, existen unidades u oficinas gubernamentales dedicadas a su desarrollo e implementación en varios países**, como, por ejemplo, Reino Unido, Alemania, Dinamarca o Francia. Aunque el ámbito de la salud es donde más se ha empleado, se ha utilizado también con los objetivos de erradicar la pobreza⁹⁷, garantizar la sostenibilidad medioambiental⁹⁸, evitar las muertes en el invierno⁹⁹ o reforzar el cumplimiento tributario¹⁰⁰.

114. Ahora bien, no todas las intervenciones destinadas a influir y, eventualmente, modificar el comportamiento son *nudges*. Sabemos desde hace tiempo que se puede influir el comportamiento de las personas y, de hecho, es algo que se viene haciendo tanto desde el sector público como desde el privado¹⁰¹. **Lo que distingue a los *nudges* es que: i) se basan expresamente en el conocimiento proveniente de la psicología cognitiva y experimental acerca de nuestra racionalidad limitada, y ii) emplean expresamente las alteraciones en la arquitectura de elección para influir en nuestras elecciones.** Es decir, lo que distingue a los *nudges* de otras estrategias —las empleadas en la publicidad convencional, por ejemplo— es que **su justificación teórica proviene directamente de los hallazgos recientes en los campos de la psicología cognitiva y la economía del comportamiento.**

115. Así definidos, los *nudges* son intervenciones diseñadas por agentes públicos y/o privados que toman como punto de partida los atajos mentales documentados por la ciencia del comportamiento —heurísticas de la disponibilidad, del *statu quo*, de la aversión a las pérdidas, etc.— con el objetivo de favorecer la toma de decisiones que promueven el bienestar individual y colectivo. A pesar de lo que puede sugerir la escueta definición ofrecida por Thaler y Sunstein mencionada anteriormente, **no todos los *nudges* son iguales.** Desde la publicación del *best seller* de Kahneman *Thinking, Fast and Slow*, en el campo de las ciencias sociales conductuales es habitual distinguir dos tipos de operaciones cognitivas en el cerebro humano: las del Sistema 1, que son rápidas, automáticas e intuitivas, y las del Sistema 2, que

⁹⁵ I. LEVIN, S. SCHNEIDER y G. GAETH (1998).

⁹⁶ Véase F. KROESE, D. MARCHIORI y D. DE RIDDER (2016).

⁹⁷ Véase D. MANOLI y N. TURNER (2016).

⁹⁸ Véase GHESLA *et al.* (2020). Sobre el papel que pueden jugar los *nudges* en el Derecho ambiental véase R. RIVERO ORTEGA y M. CEREZO PRIETO (eds.) (2019).

⁹⁹ P. ALLMARK y A. TOD (2014).

¹⁰⁰ Véase por todos, el metaanálisis, A. ANTINYAN y Z. ASATRYAN (2019).

¹⁰¹ A esto se refieren Thaler y Sunstein cuando, tras observar que hay muchos arquitectos de opciones en la sociedad y poner varios ejemplos de personas que hacen *nudging* seguramente de manera inconsciente, concluyen con ironía: «*[i]f you are a salesperson, you are a choice architect (but you already knew that)*» (R. THALER y C. SUNSTEIN, 2008: 3).

son más lentas y reflexivas¹⁰². Cuando la gente suma mentalmente cinco más cinco está actuando el Sistema 1. Cuando la gente trata de sumar mentalmente el precio de la cena de quince comensales, está empleando el Sistema 2. La mayoría de las personas funciona la mayoría del tiempo con el piloto automático del Sistema 1.

116. Sobre la base de esta distinción, Sunstein distingue **dos tipos de nudges**¹⁰³. Los **nudges no-educativos o automáticos** del Sistema 1, y los **nudges educativos o reflexivos** del Sistema 2. Los automáticos se caracterizan por demandar una reacción pasiva del ciudadano y ser apenas perceptibles, mientras que los reflexivos exigen una reacción activa y suelen ser perceptibles. Ejemplos de *nudges* del primer tipo serían las opciones por defecto —la regulación sobre donación de órganos en España, por ejemplo—. Ejemplos de *nudges* educativos serían la comunicación de normas sociales y la provisión de *feedback*. En general, este segundo tipo de *nudge* busca que los individuos tomen mejores decisiones aumentando su nivel de agencia —incrementando su conocimiento y sus capacidades, o haciendo los hechos relevantes más visibles—. Por eso los *nudges* del Sistema 2 encajan bien, afirma Sunstein, en la tradición política liberal/libertaria que enfatiza la capacidad de autonomía y agencia¹⁰⁴.

117. Sean del tipo que sean, el diseño de muchos *nudges* explota atajos mentales y sesgos psicológicos que operan fuera del radar de nuestra consciencia. Por ejemplo, abundando en algo que acaba de decirse, existe evidencia de que los pacientes que son informados de que la tasa de mortalidad de una operación es del 10 por 100 son más renuentes a someterse a ella que quienes son informados de que la tasa de supervivencia es del 90 por 100¹⁰⁵. ¿Está manipulando un cirujano que informa de la tasa de éxito, o la instrucción aprobada al efecto por parte de la gerencia de un centro hospitalario público que le obliga a informar de esa circunstancia? ¿Está manipulando el gerente de un comedor escolar tipo *self-service* que decide colocar los platos más saludables a la vista y en una ubicación mucho menos accesible los que llevan mucha grasa y sal? ¿Y el redactor del pliego de condiciones del contrato por el que se externaliza el servicio de comedor que decide imponerle esa obligación?

118. Hasta fechas muy recientes, el debate sobre la **manipulación** rara vez había sido motivo de debate por sí mismo entre los iuspublicistas y, menos aún, entre los economistas. Sí lo había sido, en cambio, entre los bioeticistas, ya que la posibilidad de otorgar un consentimiento informado depende de la posibilidad de garantizar que

¹⁰² D. KAHNEMAN (2011). La terminología de Sistema 1 y Sistema 2 no es original de Kahneman, sino que la toma prestada de los psicólogos Keith Stanovich y Richard West.

¹⁰³ C. SUNSTEIN (2016).

¹⁰⁴ Esta corriente de pensamiento sostiene que la autonomía es un ingrediente esencial del bienestar individual y, aunque no supone ninguna garantía de éxito en la consecución de nuestros proyectos vitales, proporciona las condiciones estructurales necesarias que permiten que las personas se sientan responsables de cómo les va o les ha ido en la vida: «las opciones acerca de la clase de vida que es para las personas valioso vivir», como proyectos de vida, relaciones y compromisos sociales y personales, actividades que nos parecen valiosas, etc., determinan «cómo de buena o de plena es esa vida [para ellas]» [J. RAZ (1986: 289-290)].

¹⁰⁵ Véase D. REDELMEIER, P. ROZIN y D. KAHNEMAN (1993).

el consentimiento es válido y no ha habido manipulación. En ese ámbito, la idea de que la manipulación socava la validez del consentimiento está ampliamente extendida entre los expertos en bioética¹⁰⁶. Existe mucho menos consenso, en cambio, acerca de cuándo (la pretensión de) influir en el comportamiento de un individuo torna en manipulación¹⁰⁷. Ningún tema ilustra tan bien como los *nudges* esa falta de consenso.

119. Thaler, Sunstein y, en general, los defensores de los *nudges* han tendido a afirmar que todo aquel que se sitúa en una posición de «arquitecto de decisiones» —como las autoridades legislativas y administrativas a las que se ha hecho referencia en los ejemplos anteriores— ha de decidir en algún sentido¹⁰⁸. En algunos casos, afirman Thaler y Sunstein, no hay forma de escapar al *nudging*: el legislador que regula los trasplantes tiene que decidirse por una regla residual o por la otra; la Administración sanitaria ha de informar al paciente sobre la tasa de éxito/fracaso de la intervención; la Administración educativa y en último término el gerente del comedor escolar han de situar algunos platos en la parte más visible del estante. Estos ejemplos ilustran uno de los principales argumentos de los defensores de los *nudges*: las decisiones de las personas siempre van a estar influidas tanto por el diseño específico escogido por el «arquitecto» del ramo, sea el gestor de una cafetería, de un hospital o de un cine —porque lógicamente no da igual cómo de grande sea la bolsa más pequeña de palomitas o el vaso más pequeño de refresco: ni para nuestro bolsillo ni para nuestra dieta—, como por la forma en que nos formamos los juicios y decidimos —sesgos, atajos, etc.—. En estas circunstancias, es imposible evitar incurrir en alguna forma de paternalismo.

120. Sin embargo, no hay ninguna incoherencia en aceptar el argumento para los gestores de instituciones privadas —el dueño de una sala de cine—, pero **oponerse a que el gobierno se esfuerce por interferir en nuestras vidas**, supuestamente, «por nuestro bien». El empleo de *nudges* suscita una preocupación adicional, referida al uso y la extensión legítimos del **paternalismo**. Colin Camerer y sus coautores sostienen que **las regulaciones del Estado puede adoptar tres formas**¹⁰⁹: i) algunas tienen una intención expresamente redistributiva, como cuando gravamos la riqueza y los ingresos del quintil superior de la distribución para financiar una renta mínima de inserción; ii) otras regulaciones buscan desincentivar actividades o comportamientos que tienen externalidades negativas, como cuando gravamos con un impuesto el acceso al centro de una gran ciudad (*congestion tax*), y iii) otras veces, el Estado actúa de forma paternalista limitando el margen de actuación de los individuos por el bien de estos, como cuando prohíbe que las farmacias provean de heroína y cocaína a la población.

121. Los Estados llevan tiempo obligando a sus ciudadanos a ponerse el cinturón de seguridad o el casco, así como a abstenerse de bañarse en la playa con bandera

¹⁰⁶ Véase por todos R. FADEN, T. BEAUCHAMP y N. KING (1986).

¹⁰⁷ R. NOGGLE (2020).

¹⁰⁸ «*The first misconception*», dicen Thaler y Sunstein, «*is that it is possible to avoid influencing people's choices. In many situations, some organization or agent must make a choice that will affect the behavior of some other people*» (R. THALER y C. SUNSTEIN, 2008: 10; cursiva en el original).

¹⁰⁹ Véase C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O'DONOGHUE y M. RABIN (2003).

roja. Aunque no siempre —hay quien defiende la prohibición de la prostitución por razones morales, porque es incompatible con la dignidad de quien la ejerce—, **muchas veces el paternalismo se justifica por razones consecuencialistas**. Es decir, porque como resultado de la adopción de esa norma o política, la utilidad de las personas afectadas por ella aumenta.

122. En efecto, **la gente toma decisiones subóptimas todos los días porque somos seres-humanos-con-pasiones-y-que-cometen-errores** y no fríos-maximizadores-de-utilidad-cuasi-infalibles. Si los seres humanos tuviéramos la fuerza de voluntad de un monje Shaolin, el paternalismo sería redundante. El problema es que no somos así. Los humanos tenemos una racionalidad y una fuerza de voluntad limitadas, lo que nos conduce a cometer errores y tomar decisiones subóptimas tanto para nosotros como para el conjunto de la sociedad. Siendo esto así, los *nudges* son —al decir de sus defensores, al menos— una política cuyo objetivo es maximizar el bienestar que nuestras decisiones tienen para nosotros mismos y para terceros, mediante intervenciones en la arquitectura de elecciones que nos «empujan suavemente» en una dirección, pero sin prohibir cursos de acción (*i. e.* opciones) alternativos.

5. Algunas críticas dirigidas al Análisis Conductual del Derecho

5.1. *Los nudges no son suficientes*

123. Thaler y Sunstein¹¹⁰ consideran expresamente la siguiente crítica a su tesis: «Los entusiastas del paternalismo, envalentonados por la evidencia de los problemas de racionalidad limitada y autocontrol, podrían argumentar que, en muchos ámbitos, recurrir únicamente a [medidas justificadas por el] paternalismo libertario es muy limitativo»¹¹¹. Si la justificación de los *nudges* descansa sobre todo en la promoción del bienestar de las personas, ¿por qué darles la oportunidad de escoger, a sabiendas de que muchas veces van a hacerlo mal (consecuencias subóptimas) debido a problemas de autocontrol y racionalidad limitada? ¿Por qué darles la oportunidad de escoger no ahorrar lo suficiente para su jubilación? ¿Por qué darles la oportunidad de escoger perjudicar gravemente su salud fumando o bebiendo vodka?

124. Thaler y Sunstein ofrecen tres brevísimas respuestas a esta crítica. La primera consiste en insistir en que los gestores públicos son humanos, luego la crítica debería tener en cuenta que las personas que hacen *nudging* desde una Administración son como el resto de humanos: gente con racionalidad limitada y problemas de autocontrol.

125. La segunda es recordar que los *nudges* incorporan la posibilidad de rechazar el empujoncito, de salirse del esquema (*opt-out right*), lo que opera como

¹¹⁰ Véanse R. THALER y C. SUNSTEIN (2003); C. SUNSTEIN y R. THALER (2003). En este capítulo citaremos siempre, salvo que se indique lo contrario, este último artículo, que viene a ser una versión extensa del anterior.

¹¹¹ C. SUNSTEIN y R. THALER (2003: 1200).

una cláusula contra los gestores públicos que actúan de manera errática y garantiza el derecho a decidir —a fumar, a beber vodka—, incluso en contra de nuestra propia salud.

126. La tercera vía de respuesta consiste en afirmar la idea de que los *nudges*, en algunas circunstancias, pueden: i) imponer ciertos «costes» a las personas que deciden rechazar el empujón —i. e. ejercer el *opt-out*—, o ii) incluso bloquear algunas opciones. La cuestión será, por tanto, identificar en cada caso si concurren o no las circunstancias que nos habilitan para bloquear opciones. Como criterio general, Thaler y Sunstein defienden que cuando no existen externalidades negativas sobre terceros, la regla general debería ser en favor de la libertad de elección, de forma que el bloqueo de opciones debería aceptarse si y solo si es «demostrablemente incoherente con el bienestar individual»¹¹².

127. El problema del argumento de Thaler y Sunstein es que, en algunos ámbitos al menos, la evidencia parece sugerir que, en efecto, el paternalismo libertario es, por emplear su misma expresión, demasiado insuficiente. En un artículo donde recoge evidencia para el caso de España, Jaime Pinilla revisa la efectividad de diversas medidas adoptadas en el periodo 2000-2015 sobre dos comportamientos que tienen externalidades negativas sobre la salud: el tabaquismo y la conducción temeraria¹¹³. La evidencia analizada en el artículo muestra que fueron las medidas más coercitivas, aquellas que bloquean opciones, las más eficaces: «Para legislar frente al tabaquismo y por la seguridad vial», concluye Pinilla, «las políticas basadas en “empujones” no son suficientes». Al parecer, los anuncios en televisión de gente que se estrella con el coche, por muy explícitos que sean, no son suficientes. Las sanciones, penales o administrativas, son mucho más eficaces.

128. La afirmación de que el paternalismo libertario es insuficiente, por excesivamente magro admite además un argumento menos consecuencialista, más normativo. El paternalismo libertario es una propuesta que adquiere sentido en el contexto de una sociedad como la estadounidense, donde la desconfianza hacia el Estado está muy extendida. En esas circunstancias, optar por intervenciones que, como los *nudges*, respetan al máximo la libertad de elección de los individuos es posible que tenga sentido, por motivos fundamentalmente de viabilidad política. Es un equilibrio óptimo entre las alternativas de no hacer nada y proponer intervenciones «entusiásticamente paternalistas» para el electorado estadounidense, que seguramente las rechazaría. En los países europeos, sin embargo, esa desconfianza no alcanza un nivel tan elevado. Aquí, por ejemplo, prácticamente nadie considera que el Estado tenga legitimidad para decirnos que no podemos entrar en un bar con un rifle semiautomático cargado. Es por ello que, si los datos avallan la mayor eficacia de intervenciones más coercitivas, anunciar que el tabaco perjudica la salud, por mucho que sea «seriamente», no parece la política más eficiente, *all things considered*. Resulta preferible, por ejemplo, ampliar el número de espacios sin humo¹¹⁴.

¹¹² C. SUNSTEIN y R. THALER (2003: 1201).

¹¹³ J. PINILLA (2017).

¹¹⁴ Véase, en el mismo sentido, F. VELASCO (2018).

5.2. *Los nudges no nos «empujan», nos manipulan (y además carecen de una teoría que lo justifique)*

129. Hay quien ha objetado a los *nudges* que **pueden ser empleados para manipularnos**. De acuerdo con T. M. Wilkinson, que sigue esencialmente la visión de J. Raz sobre la cuestión, la manipulación es objetable porque viola el principio de autonomía personal¹¹⁵. Pero ¿cuándo podemos decir que estamos ante un acto de manipulación? Wilkinson entiende que han de darse cuatro elementos¹¹⁶:

i) Primero, la manipulación supone la **perversión** de una decisión. Esto no excluye la posibilidad de que una decisión esté (meramente) influida, porque lo contrario nos llevaría a conclusiones absurdas como que si alguien me avisa de que no comience a escalar porque me he colocado mal el arnés estoy siendo manipulado. Algunas influencias en una decisión son compatibles con la autonomía individual, pero otras no. Métodos o formas típicas de pervertir una decisión serían el empleo de la mentira, el engaño, la coerción y la presión.

ii) La manipulación requiere, además, la **presencia de un agente intencional**. El ejemplo paradigmático sería el de la persona que toma una decisión (v. gr., pagar una cantidad de dinero) porque otra le ha mentado (le ha hecho creer que va a entregarle un bien, pero no tiene ninguna intención de hacerlo).

iii) Lo objetable de la manipulación es que, de alguna manera, **viola la regla kantiana de tomar a las personas como fines y no como medios**; es tratar a las personas como incapaces de tomar (buenas) decisiones por sí mismas.

iv) Por último, para poder hablar de manipulación es necesario que la persona a la que se ha dirigido el *nudge* **tome su decisión como consecuencia de ello**. Los científicos sociales apelamos con frecuencia al *adagio* de que correlación no es causación. El hecho de que una persona se levante del sofá y vaya a la farmacia a comprarse el medicamento que acaba de ver anunciado en televisión no significa que lo haya hecho por eso. Después de todo, mucha gente decide comprarse un producto que ha visto anunciado pero habiendo descontado el efecto del anuncio o incluso a pesar del anuncio.

130. A la vista de todo ello, un *nudge* es manipulador —y objetable, en la medida en que viola nuestra autonomía individual— cuando se emplea para alterar intencional y exitosamente nuestra decisión empleando métodos que la pervierten¹¹⁷. *A contrario*, esto significa que no todos los *nudges* son manipuladores, porque no siempre hay un agente que quiera manipular, ni siempre es posible establecer una relación de causa-efecto, ni siempre se emplean métodos manipuladores en lugar de persuasivos, ni siempre se hace en contra de la voluntad de la persona —teóricamente al menos, existe la posibilidad de que alguien consienta en ser manipulado—. Pero algunos *nudges*, bajo determinadas circunstancias, sí pueden ser objetables, porque actúan socavando nuestra autonomía.

¹¹⁵ T. M. WILKINSON (2013).

¹¹⁶ T. M. WILKINSON (2013: 345-347).

¹¹⁷ T. M. WILKINSON (2013: 347).

131. Para defender sus tesis frente a esta crítica, Thaler y Sunstein invocan el principio de publicidad de la teoría de la justicia de Rawls¹¹⁸. Al imponer la necesidad de que los agentes sean capaces de defender en público sus argumentos, el principio de publicidad evitaría —según Thaler y Sunstein— que los gobiernos adopten políticas o estrategias que serían incapaces de defender ante su electorado.

132. Esta respuesta frente a la crítica de la manipulación presenta cuando menos dos problemas. El primero es que el argumento de la publicidad no es suficiente para descartar el empleo de *nudges* que manipulan. Thaler y Sunstein ilustran dicho argumento con el ejemplo de la hija adolescente de este último que acude al festival de música Lollapalooza. Ante la ola de calor que sufría California aquel año, el festival decidió incluir, junto al calendario de actuaciones, un aviso en las pantallas que decía «Beban más», acompañado de otro que decía: «El calor te hace sudar: así que estás perdiendo agua». El cartel era público y estaba en grandes letras. A Sunstein le pareció «excelente». Pero a continuación se pregunta: ¿hubiera sido legítimo hacer lo mismo pero incluyendo publicidad subliminal en las pantallas gigantes que retransmiten en directo los conciertos, con mensajes del tipo «bebe más agua»? ¿«No tienes sed»? Thaler y Sunstein parecen pensar que no, porque de haberse filtrado esa información, los organizadores del festival no hubieran sido capaces de defender una política de ese tipo.

133. Sin embargo, no hay nada de evidente en esa respuesta. Siguiendo con el ejemplo de Estados Unidos, el país está sufriendo ahora mismo una pandemia paralela a la de la covid-19: la del fentanilo, un opiáceo entre 50 y 100 veces más potente que la heroína¹¹⁹. Supongamos que West Virginia, uno de los estados que registra una tasa mayor de muertes por abuso de estas sustancias, decide incluir publicidad subliminal o algún otro tipo de *nudge* que podamos decir sin demasiadas dudas que manipula a los habitantes de West Virginia, y esa circunstancia se revela algún tiempo después por un periódico. Supongamos además que unos días después de la publicación, el responsable de Sanidad ofrece una rueda de prensa en la que reconoce los hechos, pero apela a «razones de salud pública, que todo el mundo es capaz de entender, en una situación de auténtica emergencia». Y añade: «Lo hemos hecho y no solo lo reconocemos, sino que estamos orgullosos de haberlo hecho, porque el objetivo es salvar el mayor número de vidas posible, que es exactamente lo que prometí al jurar el cargo que ostento». ¿Estamos seguros de que la restricción de la publicidad impuesta por el argumento *à la* Rawls funciona?

134. El segundo problema es que es una respuesta incoherente con la tipología ofrecida por el propio Sunstein¹²⁰. Los *nudges*, al menos los automáticos o no-educativos, no buscan advertirnos de nuestros errores y enseñarnos a decidir mejor. **No buscan mejorar nuestros procesos de toma de decisiones.** Por el contrario, toman esos errores como dados y manipulan la arquitectura de elección para que adoptemos decisiones que, supuestamente, aumentan nuestro bienestar.

¹¹⁸ J. RAWLS (1971).

¹¹⁹ Véase <https://www.cdc.gov/drugoverdose/opioids/fentanyl.html> (fecha de último acceso: 29 de julio de 2020).

¹²⁰ En C. SUNSTEIN (2016).

Los *nudges* automáticos son como la abuela que te manipula con caricias y arrumacos para que te tomes la sopa de cebolla que no te gusta «por tu bien». No es de extrañar que haya quien recele de los *nudges* porque incorporan una visión infantilizadora de la ciudadanía. Seguramente por eso tampoco sorprende que la mayoría de los ciudadanos prefieran los *nudges* que nos ayudan a decidir mejor y no aquellos que se aprovechan de nuestras limitaciones para colarnos de matute la sopa de cebolla ¹²¹.

V. LA APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS DE LAS CIENCIAS «DURAS» AL ANÁLISIS DEL DERECHO

1. Matemáticas

135. El AED ha experimentado una **creciente matematización**, parecida a la que ha afectado a la economía en general ¹²². Cada vez son más los estudios que, para explicar, comprender y predecir las conductas jurídicamente relevantes objeto de estudio, formulan modelos teóricos expresados en el lenguaje de las matemáticas, modelos que son cada vez más sofisticados y complicados.

136. Se ha estimado que este proceso es consecuencia de la **madurez** del AED. En sus orígenes no se apreciaba la necesidad de formalización matemática, pues las primeras aplicaciones al Derecho de ideas económicas generales, formuladas en un lenguaje puramente natural (pensemos, por ejemplo, en los pioneros trabajos de Coase, Calabresi y Posner), ya supusieron un avance muy sustancial. Pero cuando esas primeras contribuciones comenzaron a ser revisadas y cuestionadas, se consideró necesario especificar con mayor rigor las condiciones de validez de las teorías, las premisas a partir de las cuales se deducían o no ciertos resultados, recurriéndose para ello al lenguaje matemático ¹²³.

1.1. Utilidad de las matemáticas para el estudio del Derecho

137. La utilización de las matemáticas dota a los modelos teóricos que con ellas se elaboran de claridad, rigor, exactitud, coherencia, generalidad, concisión, simplicidad y fecundidad ¹²⁴.

138. Las matemáticas permiten, en primer lugar, **representar teorías** con gran claridad, exactitud y generalidad. Mediante símbolos abstractos que expresan cantidades, probabilidades, cambios, etc., se identifican y definen con precisión los ele-

¹²¹ «On philosophical grounds, it might seem tempting to prefer System 2 nudges, on the assumption that they show greater respect for individual dignity and promote individual agency. A nationally representative survey in the United States finds evidence that in important contexts, majorities do indeed prefer System 2 nudges [although] that preference is not fixed and firm» (C. SUNSTEIN, 2016: 121).

¹²² Sobre esto último, véase R. E. WEINTRAUB (2002).

¹²³ Véase T. GINSBURG y T. J. MILES (2011: 1816).

¹²⁴ Véanse G. DEBREU (1986); S. HARTMANN y J. SPRENGER (2011).

mentos considerados esenciales de un problema jurídico típico, es decir, de diversas situaciones reales que presentan ciertas similitudes y que plantean sustancialmente la misma o parecidas cuestiones, omitiéndose sus rasgos accidentales, no esenciales para su comprensión y resolución. Mediante tales símbolos se establecen también con igual precisión cuáles son las relaciones existentes entre dichas variables. De esa manera se formula la estructura del problema de manera transparente, concisa, rigurosa y general. Se definen exactamente las premisas del modelo teórico y, por tanto, también sus condiciones de validez. Ello puede ayudar, en segundo lugar, a **mejorar la comprensión** del correspondiente problema, así como a revelar las analogías estructurales que el mismo presenta con otros, o a suscitar nuevas cuestiones. Las matemáticas permiten, en tercer lugar, **explorar las consecuencias de una teoría**. Una vez se ha formulado con exactitud un modelo teórico, se puede poner en marcha la «maquinaria de las matemáticas» para extraer del mismo, de manera más o menos automática, consecuencias lógicas, inferencias necesarias, muchas de las cuales no hubieran podido ser obtenidas mediante la intuición. Las matemáticas también hacen posible, en fin, **testar teorías**, contrastar con la realidad las predicciones que se derivan de un modelo teórico.

139. Veamos un **ejemplo de utilización de las matemáticas para representar un problema jurídico**. La negligencia es la infracción de un deber de cuidado. La cuestión es precisar hasta dónde llega este. La respuesta del AED es que son exigibles aquellas precauciones cuyos beneficios marginales esperados —consistentes en la disminución del riesgo de accidentes derivada de adoptarlas— superan a sus costes marginales. Habría negligencia, por consiguiente, cuando no se toma una de esas precauciones. Este concepto puede representarse matemáticamente mediante una fórmula sumamente exacta, general y sintética: $p'(x) \cdot D > c'(x)$; donde $p'(x)$ es la reducción de la probabilidad de que ocurra el accidente en cuestión si se adopta la medida precautoria considerada (o, dicho con otras palabras, si se alcanza cierto nivel de precaución que se representa con la letra x); D es el daño ocasionado por el accidente, y $c'(x)$ el coste marginal que implica tomar la medida en cuestión.

140. A pesar de su simplicidad, de esta fórmula pueden extraerse varias conclusiones de gran relevancia, cuando menos: i) los tres factores expuestos [$p'(x)$, D y $c'(x)$] deben ser ponderados para determinar si en un determinado caso hay negligencia o no; ii) ninguno de los tres es por sí solo completamente determinante a estos efectos; así, por ejemplo, el hecho de que no se haya adoptado una medida para prevenir un daño de una enorme magnitud no constituye por sí mismo una negligencia, si dicha medida reducía de manera insignificante la probabilidad del accidente o el coste de su adopción era muy elevado; iii) cuanto mayor sea D o $p'(x)$, más elevado será el punto crítico de $c'(x)$ por debajo del cual hay negligencia y por encima del cual no la hay, y iv) cuanto mayor sea D , menor será el punto crítico de $p'(x)$ por encima del cual existe negligencia y por debajo del cual no existe.

141. Nótese, también, que dicha fórmula representa en unos términos enormemente abstractos y generales la negligencia. No limita su ámbito de aplicación a parcelas o problemas singulares del Derecho de daños, sino que tiene vocación de ser aplicada y dar cuenta de cualesquiera casos donde se plantea si una persona ha actuado negligentemente. De ahí que explique perfectamente por qué para responder

a esta cuestión hay que tener en cuenta las circunstancias del caso, en la medida en que los concretos valores que adopten D , $p'(x)$ y $c'(x)$, variarán con toda seguridad en función de aquellas.

142. Es obvio que esta fórmula tiene una mayor potencia explicativa y prescriptiva que otras ideas tradicionalmente utilizadas para definir hasta dónde llega el nivel de cuidado exigible, tales como, por ejemplo, la del «buen padre de familia».

1.2. Aspectos problemáticos

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

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

145. El que esa «estilización» sea excesiva o no depende de la finalidad y del rendimiento del modelo. La mayoría de modelos no pretende explicar globalmente la realidad a la que se refieren, sino sencillamente iluminar el funcionamiento de alguna de sus piezas, facilitar la comprensión de una parte reducida del mundo real. Si, en cambio, con un modelo se busca realizar predicciones fiables, poco importará que sus premisas sean poco realistas si las predicciones que del mismo se derivan luego se ven confirmadas por los hechos. Un modelo puede ser útil si permite explicar y anticipar ciertos comportamientos, no necesariamente todos. La circunstancia de que resulte refutado en algunos casos no le quita enteramente su utilidad. Es más, aunque pueda sonar paradójico, una teoría es tanto más significativa cuanto menos realistas son sus premisas. En palabras de Friedman: «Una hipótesis es importante si explica mucho con poco, es decir, si abstrae los elementos comunes y cruciales de la masa de complejas circunstancias que rodean el fenómeno que ha de ser explicado y permite hacer predicciones válidas solo sobre la base de aquellos»¹²⁵.

146. Téngase en cuenta, además, que la ciencia es una empresa colectiva que avanza gradualmente, por ensayo y error, mediante conjeturas y refutaciones¹²⁶. Un modelo simple puede constituir en este lento e interminable proceso un punto no

¹²⁵ M. FRIEDMAN (1953: 14).

¹²⁶ K. R. POPPER (1962).

de llegada, pero sí de partida, ó un importante avance, que después habrá de ser criticado, confrontado con los datos empíricos disponibles, revisado, modificado, desarrollado y, en su caso, sustituido sucesivamente por otros que expliquen cada vez mejor la realidad.

147. Una seria crítica dirigida a la elevada sofisticación matemática de la economía y, por extensión, del AED es que puede provocar su **distanciamiento respecto de la realidad y la práctica jurídicas**. En efecto, existe el peligro de que los modelos teóricos formalizados matemáticamente sean intrínsecamente inválidos. El creciente grado de complejidad y sofisticación de tales modelos está provocando que la especialización de sus autores sea cada vez mayor. Ello hace que quienes tienen la formación matemática adecuada para elaborarlos carezcan muchas veces de un conocimiento lo suficientemente fino del sistema jurídico que intentan teorizar. Es posible, por ello, que no detecten los problemas más importantes que la realidad jurídica plantea, que vean problemas donde en verdad no los hay, que descubran mediterráneos o que incurran en errores y malinterpretaciones de bulto.

148. Se corre, asimismo, el riesgo de que las teorías del AED, aun las válidas y útiles, pasen inadvertidas y no tengan relevancia alguna en la práctica. **La matematización puede dificultar o incluso impedir la comunicación con otros juristas teóricos y con los profesionales** —abogados, magistrados, funcionarios, legisladores, etc.— a los que corresponde aplicar en la realidad el Derecho o incluso crearlo¹²⁷. En muchos países, y desde luego en España, los juristas suelen ser «de letras», gente aquejada de una severa alergia a las matemáticas, que ni posee la formación necesaria para comprender semejantes modelos ni está dispuesta a adquirirla.

149. Dos elementos pueden contribuir a mitigar estos riesgos. El primero es la **colaboración** entre juristas y economistas, colaboración que admite diversas manifestaciones, tales como la organización de congresos, la edición de libros colectivos, la integración de equipos de investigación, etc. Aunque la más intensa y fructífera de todas ellas es, seguramente, la elaboración conjunta de trabajos de investigación. No es en absoluto casual que el incremento de estudios técnicos (formalizados matemáticamente, empíricos o las dos cosas) de AED publicados en la última década haya venido de la mano de un notable aumento de los trabajos coescritos por varios autores —normalmente dos—¹²⁸, aunque todavía no hemos llegado al grado de coautoría que se observa en las ciencias naturales, donde, por ejemplo, es común que firmen un estudio experimental todos los miembros del laboratorio en el cual se desarrolló el mismo. La coautoría tiende a mejorar la calidad de los trabajos¹²⁹, como consecuencia de que normalmente los saberes de los coautores son complementarios, el conocimiento científico es cada vez más complejo y especializado, y «varios ojos

¹²⁷ En sentido similar, véase A. SCHWARTZ (2011), quien estima que en el profesorado de las facultades de Derecho americanas hay dos grandes brechas comunicativas: por un lado, entre los especialistas en AED provistos de una formación «técnica» avanzada (*v. gr.*, doctorado en economía o matemáticas), y el resto, carente de ella; por otro lado, dentro de este último grupo, los que utilizan los instrumentos analíticos de la economía y los que no los emplean, porque no quieren o porque los desconocen. El autor considera que esta última brecha es más difícil de salvar que la anterior.

¹²⁸ Véase T. GINSBURG y T. J. MILES (2011: 1785 y ss.).

¹²⁹ Hay evidencias empíricas que así lo indican. Véase T. GINSBURG y T. J. MILES (2011: 1810).

motivados ven más que solo dos». La coautoría tiende a mejorar también la difusión de los resultados de los trabajos y la capacidad de los implicados para realizar investigaciones futuras. Además, permite diversificar los riesgos que entraña la actividad investigadora (repartir los «huevos científicos» en varios cestos). Es razonable pensar que estos réditos derivados de la coautoría son muchas veces superiores a los costes (de búsqueda del coautor adecuado, de comunicación, de coordinación, de prevención del «gorroneo», etc.) que la misma implica¹³⁰.

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

2. Métodos empíricos. El análisis empírico del Derecho

151. Aunque la expresión «análisis empírico» se ha puesto de moda en la literatura académica en los últimos veinte años, los juristas llevan mucho tiempo haciendo trabajo empírico. Tratándose de la investigación en Derecho, y no en otros ámbitos contiguos de las ciencias sociales como la economía, la ciencia política o la sociología, esto puede sonar raro. Pero, si suena raro, es porque durante mucho tiempo hemos venido empleando el término «empírico» en un sentido indebidamente magro.

2.1. Concepto, objetivo y tipos de análisis empírico

152. En las facultades de Derecho de todo el mundo el término «empírico» ha venido asociándose con el análisis estadístico y de datos cuantitativos. Pero el análisis empírico abarca muchas otras cosas además de lo que ese estrecho enfoque sugiere. La palabra empírico denota el **empleo de evidencia proveniente de la observación o la experiencia**. Y esa evidencia puede ser tanto numérica —**cuantitativa**— como no-numérica —**cualitativa**—. Lo que hace que un trabajo sea empírico es que en él se utilicen datos, no que contenga numerosas regresiones lineales¹³¹.

153. Los datos son básicamente información acerca de hechos, acerca de lo que ocurre en el mundo¹³². Esos hechos pueden ser actuales o haber ocurrido en un

¹³⁰ Sobre las ventajas y desventajas de la coautoría, véase T. GINSBURG y T. J. MILES (2011: 1789 y ss.).

¹³¹ En un sentido similar, Cane y Kritzer afirman que el análisis empírico del Derecho «*involves the systematic collection of information ("data") and its analysis according to some generally accepted method*» [P. CANE y H. M. KRITZER (2010: 4)].

¹³² Véase L. EPSTEIN y G. KING (2002).

pasado remoto; pueden provenir de legislación, de jurisprudencia, de entrevistas o de experimentos (esto último, rara vez); pueden ser el resultado de investigación a través de fuentes secundarias o de la producción de evidencia primaria; pueden ser exactos o más bien vagos, fiables o más bien inciertos, directos o *proxies*; y pueden ser matemáticos, sociológicos, biológicos, económicos, jurídicos, naturales, médicos, etc. Podríamos clasificar todos estos **datos** que informan los análisis empíricos en **tres grandes grupos**:

i) Datos de **muestras transversales**, consistentes en observaciones de múltiples entidades —individuos, empresas, estados, organizaciones sin ánimo de lucro, etc.— en un momento dado.

ii) Datos de **series temporales**, consistentes en observaciones acerca de una entidad dada a lo largo de un periodo de tiempo.

iii) **Datos de panel o longitudinales**, consistentes en observaciones de múltiples entidades a lo largo de un periodo de tiempo.

154. Es importante que sepamos cómo obtenemos y manipulamos los datos —*i. e.* las formas de medirlos—, porque los tipos de datos que tengamos condicionarán los tipos de análisis que desarrollemos. Si definimos o medimos mal una variable, todo el análisis que hagamos después —toda la econometría que hagamos, por ejemplo— será incorrecta. Los diferentes tipos de variables dependen a su vez del tipo de valores que adoptan estas. Podemos distinguir **tres criterios de clasificación**:

i) Variables **cuantitativas y cualitativas**. En las cuantitativas, los valores de la variable son ordenables de mayor o menor. Por ejemplo, el coeficiente intelectual o la edad de la población penitenciaria. En el caso de las cualitativas, sin embargo, no podemos decir que un valor sea mayor o menor que otro. Ejemplos de este tipo de variable son el sexo o la raza.

ii) Variables **ordinales y no ordinales**. En las ordinales, sus valores son categorías —como ocurre con las cualitativas—, pero susceptibles de ser ordenadas de mayor a menor —como ocurre con las cuantitativas—. Dos ejemplos de ello serían la clase social (baja, media o alta) o la ideología política (de izquierda, de centro o de derecha).

iii) Variables **discretas o continuas**. En las discretas, los valores son números enteros resultado de contar —*v. gr.*, el número de hijos—, por lo que el número de valores posibles entre dos valores es finito. Las continuas son resultado no de contar sino de medir, y los valores posibles entre dos valores son infinitos —*v. gr.*, la altura o el peso—.

155. Bajo esta comprensión de lo que es «empírico» cobra sentido la afirmación que hacíamos al comienzo de esta sección de que los juristas llevan mucho tiempo haciendo trabajo empírico, ya que **una parte muy importante de la literatura académica jurídica realiza juicios sobre el estado de las cosas basados en la observación o experiencia**. Los estudios observacionales se dividen, a su vez, en dos tipos o categorías: descriptivos y analíticos. Sin entrar en las herramientas empleadas —que se analizan en el epígrafe siguiente—, en los estudios **descriptivos** el investigador se ciñe a registrar la presencia, distribución

o características de un fenómeno en un momento del tiempo y espacio determinados, interviniendo (o no) en ese entorno concreto. Así, la principal característica de los estudios descriptivos es que el investigador se limita a definir o describir el fenómeno observado ¹³³.

156. Si, por el contrario, el objetivo es establecer relaciones de covariación entre variables, sobre la base de las cuales poder hacer predicciones, el estudio será del tipo **analítico** ¹³⁴. Una de las principales limitaciones de los métodos correlacionales es que, como reza el conocido *adagio*, correlación no implica causalidad. Es decir, la ocurrencia conjunta de dos fenómenos (*i. e.* variables dependiente e independiente) no significa que uno de ellos sea causa del otro.

157. Aunque los estudios observacionales sigan siendo mayoritarios, **los estudios experimentales están cobrando una importancia cada vez mayor en el ámbito de las ciencias sociales**, como muestra el auge del análisis conductual de la economía y el Derecho. Muchas de las cuestiones de interés para un estudioso empírico del Derecho tienen que ver con cómo una variable afecta a otra. Por poner un ejemplo bien conocido, un investigador puede estar interesado en saber cómo una cosa tan mundana como si un juez tiene hambre —medida como las horas que han transcurrido desde la última comida— afecta a sus decisiones ¹³⁵. Incluso si aceptamos que esa circunstancia tiene algún efecto, la dificultad de emplear un análisis correlacional estriba en separar los efectos provocados por esa variable, de los provocados por otras variables concomitantes —sueño, cansancio, aburrimiento, etc. —.

158. **La ventaja de los métodos experimentales es que permiten testar los efectos causales de una (o más) variables independientes sobre la variable dependiente.** Esto es posible gracias a que el diseño experimental permite asignar diferentes roles, tratamientos o intervenciones a distintos grupos de manera aleatoria. Cuando los grupos poblacionales son similares en el resto de aspectos relevantes, los efectos de los tratamientos o intervenciones a los que son sometidos se pueden medir y comparar de forma más rigurosa. O dicho de forma más técnica, ello nos permite asumir que las diferencias observadas en la variable dependiente se deben a (diferencias en) la(s) variable(s) independiente(s).

159. **Existen dos grandes métodos experimentales: los experimentos de laboratorio y los experimentos de campo.** Comenzando por los primeros, **el laboratorio tiene tres ventajas sobre el campo y una desventaja.** La primera ventaja es que, al ser un ambiente artificial o diseñado, **sabemos qué variables son endógenas**

¹³³ Véase, por ejemplo, L. MARTÍN REBOLLO (2015), donde se calcula: el número y el porcentaje respecto del conjunto de normas legales de decretos-leyes estatales dictados por años y por legislaturas; el número de decretos-leyes tramitados como leyes por legislaturas; el porcentaje de decretos-leyes que regulan determinadas materias; el número de decretos-leyes recurridos y anulados, etcétera.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, R. J. SANZ GÓMEZ y S. SANZ GÓMEZ (2020), donde se muestra la existencia de correlaciones entre ciertas variables (crisis económica, mayoría absoluta del gobierno, fragmentación parlamentaria, partido político gobernante, etc.) y otras variables referidas a los decretos-leyes (número de aprobados, probabilidad de impugnación y tramitación como proyecto de ley, longitud, complejidad, etc.).

¹³⁵ Véase S. DANZINGER, J. LEVAV y L. AVNAIM-PESSE (2011).

y cuáles exógenas, lo que permite realizar inferencias causales. Además, el laboratorio **permite observar directamente muchas variables** que no podríamos ver en un experimento de campo. Por último, el laboratorio **hace posible replicar** los experimentos por parte de los críticos o escépticos de los resultados.

160. La desventaja estriba en la (limitada) validez externa de los experimentos. **Los críticos de la experimentación de laboratorio aplicada a las ciencias sociales afirman que sus hallazgos raramente son trasladables al mundo real**, por dos razones. De un lado, por problemas de inducción, ya que las regularidades observadas en nuevos contextos (en el mundo real) persistirán solo en la medida en que las condiciones subyacentes permanezcan esencialmente inalteradas, lo cual, en el ámbito de las ciencias sociales, es problemático. De otro lado, por un problema de representatividad derivado del tamaño de las muestras que suelen usarse en experimentación de laboratorio: ¿son esos sujetos y sus comportamientos representativos más allá de esa (pequeña) muestra?

161. A pesar de ello, en el campo de las ciencias sociales y del Derecho en concreto, la experimentación de laboratorio (y sus hallazgos) puede ser muy útil en varios ámbitos, como por ejemplo el de los contratos¹³⁶. Supongamos que un alcalde quiere hacer un frontón y para ello solicita consejo jurídico al letrado del ayuntamiento. El alcalde tiene cierta urgencia, porque el año siguiente es electoral y el frontón es una de sus principales bazas electorales. Para asegurarse de que el contratista cumple con los plazos, existen dos posibilidades: i) otorgar el contrato por el 80 por 100 del montante y añadirle un 20 por 100 de *bonus* por la entrega en plazo, o bien ii) otorgar el contrato por el 100 por 100 del precio y añadirle una penalización del 20 por 100 por la entrega tardía.

162. Desde la perspectiva de la elección racional, ambas opciones son idénticas. Sin embargo, el sesgo de aversión a la pérdida identificado por Kahneman y Tversky en sus experimentos implica que, en el mundo real, ambas opciones no son idénticas¹³⁷. Dado que los individuos preferimos evitar una pérdida de 5 euros a obtener una ganancia equivalente, un abogado conocedor de los hallazgos del ACD aconsejaría diseñar un contrato de obra que incluyera la penalización, porque la aversión de las personas a las pérdidas predice un mayor cumplimiento en tiempo bajo este diseño de contrato.

163. Dados los problemas de validez externa a los que se enfrenta, algunos autores sostienen que la experimentación de laboratorio tiene el propósito fundamental de testar hipótesis y/o teorías¹³⁸. Si lo que queremos testar, en cambio, no es tanto la validez de una teoría cuanto la validez o la eficacia de intervenciones o políticas concretas sobre el terreno, entonces recurriremos a la **experimentación de campo**. En la nota de prensa del Premio Nobel de Economía de 2019, otorgado a Banerjee, Duflo y Kremer, el jurado destacó la utilidad, en el ámbito fundamentalmente de la economía del desarrollo, de plantearse preguntas «más pequeñas, más precisas», que

¹³⁶ Véase K. VAN DEN BOS y L. HULST (2016).

¹³⁷ Véase A. TVERSKY y D. KAHNEMAN (1991).

¹³⁸ Véase E. FEHR (2014).

«con frecuencia se responden mejor mediante experimentos cuidadosamente diseñados entre los individuos más afectados [por la pobreza]»¹³⁹. Los experimentos de campo tienden a tratar de responder preguntas más «pequeñas» que los experimentos de laboratorio y a obtener algunas claves acerca de la eficacia (relativa) de determinadas intervenciones o políticas.

164. La experimentación de laboratorio ha servido, por ejemplo, para demostrar que los seres humanos no actuamos movidos exclusivamente por el interés egoísta, sino que tenemos motivaciones pro-sociales¹⁴⁰. Nos preocupan los demás. Por ello, a mucha gente le preocupa la pobreza. Ahora bien, existen muchas intervenciones que un gobierno podría diseñar e implementar con el fin de erradicar o, al menos, mitigar la pobreza. Entre los expertos en política social, un debate recurrente y que ha vuelto a suscitarse a raíz de la crisis de la covid-19 es el de si es mejor —más justo y más eficaz— otorgar una renta a toda la población —lo que se conoce como renta básica universal— o, por el contrario, es preferible focalizar la asistencia en los más vulnerables —lo que se conoce como rentas mínimas o garantizadas, que por tanto no son universales—. ¿Cuál de esos dos enfoques, el focalizado o el universal, es preferible a la hora de luchar contra la pobreza?

165. Los primeros experimentos de campo realizados para comprobar la eficacia de un programa de garantía de ingresos testaron la eficacia de programas focalizados en la población más pobre y datan de finales de la década de 1960 y comienzos de 1970, fundamentalmente en Norteamérica¹⁴¹. En esta serie de experimentos, el objetivo era medir el efecto desincentivador de las prestaciones sobre las horas de trabajo ofertadas por aquellos que eran elegibles por el programa, ya que una objeción habitual a las políticas de ingresos mínimos es que desalientan la búsqueda de trabajo.

166. Extendidas las políticas focalizadas de ingresos mínimos en la mayoría de democracias industriales, en los últimos años han proliferado los experimentos de campo sobre Renta Básica Universal con grupos de control no solo en países en vías de desarrollo como India, Kenya o Namibia, sino también en economías industriales maduras como Finlandia, Países Bajos, Canadá (Ontario) o España (Barcelona). De nuevo, como en los ensayos precedentes, las preguntas que buscan responder estos experimentos de renta universal son más bien pequeñas: ¿Desincentivan la búsqueda

¹³⁹ Véase <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2019/press-release/> (fecha de última consulta: 12 de agosto de 2020).

¹⁴⁰ En 1980, el profesor de Ciencia Política de la Universidad de Michigan R. Axelrod diseñó una serie de experimentos o juegos, cuyo objetivo principal era testar la validez de diferentes hipótesis acerca del comportamiento humano (si somos más bien cooperativos o más bien egoístas). La estrategia ganadora fue la de *tit-for-tat*, que operacionaliza la hipótesis de que los seres humanos somos cooperadores condicionales o, por decirlo con la expresión de S. Bowles y H. Gintis, *homo reciprocans* [véase S. BOWLES y H. GINTIS (2002)].

¹⁴¹ Los dos más conocidos seguramente son: *The Seattle-Denver Income Maintenance Experiment* (SIME/DIME), cuyos resultados pueden consultarse en <https://aspe.hhs.gov/report/overview-final-report-seattle-denver-income-maintenance-experiment> (fecha de última consulta: 14 de agosto de 2020); y *The Manitoba Basic Annual Income Experiment* (Mincome), sobre el cual puede verse E. FORGET (2011).

de empleo? ¿Desincentivan el trabajo en negro? ¿Podrían generar un efecto inflacionario? Una vez evaluados los resultados, los gobiernos (locales, regionales, nacionales) estarán en disposición de hacer política basada en la evidencia proveniente de experimentación de campo. La utilidad de todo ello parece innegable.

2.2. *Instrumentos del análisis empírico del Derecho*

167. Laura Beth Nielsen abre su capítulo en *The Oxford Handbook of Empirical Legal Studies* relatando una historia de origen indio en la que varios hombres están palpando un elefante completamente a oscuras¹⁴². El que está tocando la cola piensa que es un peine. El que está tocando el colmillo informa de que se trata de un arpón. El que toca los laterales dice que es como una pared. Por último, el que palpa las orejas asegura que es algo que se parece a un ventilador. La moraleja es que, como ocurre con esos hombres que no ven el elefante completo, con frecuencia estudiamos un fenómeno empleando solo un enfoque. Como dice Nielsen, ese enfoque puede proporcionarnos una información veraz y relevante sobre una parte del fenómeno — el Derecho concursal, el Derecho de daños— pero como investigadores muchas veces queremos estudiar el elefante entero —*i. e.* el fenómeno jurídico en su conjunto—.

168. En nuestro caso, **el Derecho, tanto el privado como el público, es un objeto de estudio complejo que se presta bien al análisis multimetodológico**. El Derecho involucra a individuos, organizaciones e instituciones, y las interacciones que ocurren entre todos ellos. El Derecho lo practican jueces, fiscales, abogados defensores, ciudadanos que demandan y son demandados. Pero, además, los individuos actúan en el marco de empresas y ordenamientos jurídicos que pueden promover o limitar los intereses de los agentes. Un trabajador de una multinacional no tendrá los mismos derechos si trabaja en Madrid, Denver o Beijing. Aunque trabaje para la misma empresa. La complejidad de la realidad social que constituye la materia prima del Derecho aconseja que nos aproximemos a él con métodos diversos.

169. De acuerdo con Kim Scheppele, podemos clasificar las herramientas del análisis empírico del Derecho en tres grandes bloques, en función de la tarea que estemos realizando¹⁴³:

i) **Leer**. Aquí se incluyen métodos como el análisis documental, la historiografía, el análisis de lo que se dice sobre nuestro tema de investigación en los medios de comunicación, etcétera.

ii) **Observar y contar**. Aquí se incluyen los métodos cuantitativos como las estadísticas —con datos generados por nosotros mismos o por terceros— o el empleo de sondeos y encuestas.

iii) **Observar e interactuar**. Aquí se encuentran técnicas como las entrevistas, los grupos de discusión etnográficos y los estudios de caso.

170. Las herramientas contenidas en cada uno de esos bloques nos sirven para responder preguntas distintas. De forma que si nuestra pregunta de investigación

¹⁴² L. B. NIELSEN (2010).

¹⁴³ K. L. SCHEPPELE (2009).

fuera *cuántos* profesores hay haciendo análisis empírico hoy en las facultades de Derecho españolas, recurriríamos a los instrumentos del grupo ii). Si lo que nos estuviéramos preguntando fuera, en cambio, *por qué* (no) hay profesores de Derecho en España haciendo análisis empírico, la respuesta la buscaríamos empleando alguna de las herramientas del grupo iii). Tratar de responder preguntas distintas requiere emplear métodos diferentes, que podríamos clasificar en dos grandes grupos: los **estudios o métodos cuantitativos** y los **métodos cualitativos**.

171. Los métodos **cuantitativos** analizan los datos empleando para ello **lenguajes estadísticos, matemáticos o computacionales**. Podemos dividirlos en tres grandes categorías: los **estudios observacionales**, los **experimentos de laboratorio** y los **experimentos de campo**.

172. Por su parte, los métodos **cualitativos** se basan en la **recogida no numérica o no estructurada de datos**, empleando para ello herramientas como las **entrevistas, cuestionarios, grupos de discusión** o la **toma de notas** por parte del investigador. En los últimos años, el análisis cualitativo ha incorporado el lenguaje computacional, que puede ser completado (o no) con la tradicional codificación manual, consistente en asociar datos con ideas relevantes. Estos programas no sustituyen la naturaleza típicamente interpretativa de la codificación, sino que contribuyen a la mayor eficiencia del proceso (ahorrando tiempo, básicamente).

2.3. Utilidad y límites del análisis empírico

173. Los métodos empíricos pueden proporcionar **información exacta y fiable acerca de los efectos que las regulaciones jurídicas** —leyes, reglamentos, actos administrativos, sentencias, contratos, etc.— **producen sobre la conducta y el bienestar de los individuos, así como acerca de la influencia que la realidad social ejerce en aquellas**. El conocimiento de esos efectos y de dicha influencia tiene una importancia crucial para comprender mejor el funcionamiento real del sistema jurídico. Esta información puede ser útil para todos los que de una manera u otra han de trabajar con él: legisladores, funcionarios, autoridades, jueces, abogados, profesores, etc. Todos ellos necesitan conocer las consecuencias esperables de las normas jurídicas que han de establecer, interpretar, aplicar o estudiar, o acerca del impacto que sobre las mismas pueden tener determinadas circunstancias. Sirvan tres ejemplos para ilustrar la utilidad y los límites de estos métodos en el ámbito de la política y la investigación jurídicas.

2.3.1. Método empírico y modas: el caso de los microcréditos

174. En 2006, Muhammad Yunus y el Grameen Bank recibieron el Premio Nobel de la Paz por descubrir un producto financiero revolucionario: créditos de pequeña cuantía destinados sobre todo a las amas de casa de los hogares pobres de los países en desarrollo. Según sus premiados promotores, estos microcréditos tenían importantes ventajas: promovían la responsabilidad individual, al exigir de sus beneficiarios un buen uso del dinero; quienes participaban en ellos obtenían un sentimiento de autorrealización cuando el negocio que montaban con el dinero

prestado despegaba, etc. En atención a estas ventajas, instituciones como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial adoptaron los microcréditos como su política predilecta para combatir la pobreza en el Tercer Mundo¹⁴⁴.

175. Sin embargo, en 2006 no había evidencia empírica alguna que apoyara la eficacia de este instrumento en la lucha contra la pobreza. Años después, el mismo fue objeto de varias evaluaciones experimentales, cuyos principales resultados fueron los siguientes: i) la demanda de microcréditos fue bastante modesta y muy inferior a la prevista; ii) la mayor facilidad en el acceso al crédito consiguió que algunos pequeños negocios prosperaran; iii) no se apreció un incremento sustancial de los ingresos de los hogares; iv) se encontró escasa evidencia de que aumentaran el empoderamiento de la mujer o las inversiones relacionadas con la educación de los hijos, y v) sí se observó un incremento en el grado de libertad con que los hogares consumían, invertían y manejaban el dinero.

176. El Premio Nobel de Economía de 2019, otorgado a Banerjee, Duflo y Kremer, constituye un reconocimiento al valor de la experimentación aleatoria de campo que persigue aportar evidencia científica rigurosa sobre el impacto de distintas intervenciones dirigidas a luchar contra la pobreza. Un resultado habitual de los trabajos de los premiados es que, con cierta frecuencia, las políticas que venían gozando de más popularidad y que habían sido espoloadas por organismos multilaterales no son las más efectivas para lograr los objetivos pretendidos¹⁴⁵.

2.3.2. *Método empírico y efectos colaterales: el caso de la prostitución*

177. Uno de los problemas que aqueja a la investigación jurídica es su tendencia a pontificar sobre la base estrecha del Derecho positivo o determinadas cosmovisiones o teorías de la justicia. Como si el Derecho no tuviera como uno de sus principales objetivos maximizar efectivamente la prosperidad de la comunidad cuya vida rige. La **forma tradicional de argumentar a favor de regular la prostitución** ha solido seguir estos pasos: i) definimos qué entendemos por prostitución, distinguiéndola de la trata, la esclavitud y el tráfico de personas; ii) justificamos por qué pensamos que es posible describir la prostitución, en algunos casos al menos, como un empleo libremente escogido, y iii) argumentamos por qué regular la prostitución como actividad lícita es preferible, en la medida en que refuerza la posición jurídica de las afectadas, a las situaciones de clandestinidad y prohibición o ausencia de reconocimiento legal.

178. El problema es que esta forma de argumentar ha tendido a oscurecer una consecuencia de la legalización de la prostitución: el **aumento del tráfico de seres humanos**¹⁴⁶. La mayoría de las víctimas de este tráfico son mujeres y niñas, que con

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, E. LITTELFIELD y R. ROSENBERG (2004).

¹⁴⁵ Véase A. V. BANERJEE y A. DUFLO (2017).

¹⁴⁶ Véase S. CHO, A. DREHER y E. NEUMAYER (2013). Hay quien se ha referido a esta consecuencia asociada a la globalización como «[a] gendered component of economic globalization» [S. A. LIMONCELLI (2009)].

frecuencia terminan siendo explotadas sexualmente a través de la prostitución¹⁴⁷. Por ello muchas personas —e instituciones internacionales— consideran que la prostitución es causa de dicho tráfico, y que luchar contra aquella contribuiría, por consiguiente, a reducir este.

179. Cho, Dreher y Neumayer encuentran, en efecto, que **en los países donde se ha legalizado la prostitución la incidencia (denunciada) del tráfico es estadísticamente mayor**¹⁴⁸. Esto no significa que esa evidencia precluya la discusión sobre la pertinencia de legalizar la prostitución. Habrá quien piense que el argumento normativo de que el Estado no es quién para decirme si puedo ofrecer sexo a cambio de dinero pesa más que las regresiones de Cho, Dreher y Neumayer. Es posible. Pero si no se quieren escamotear argumentos al debate, habrá que señalar que esa legalización seguramente tiene el efecto colateral de aumentar, no de reducir, el tráfico de personas.

2.3.3. *Límites de los métodos empíricos: el caso de los orígenes jurídicos*

180. El análisis empírico tiene también, sin embargo, algunos límites, como ilustra el ejemplo de la teoría de los orígenes jurídicos. Según esta, el actual nivel de desarrollo económico de los países está fuertemente correlacionado con el origen histórico de sus ordenamientos jurídicos. En sus dos artículos seminales¹⁴⁹, Laporta y coautores sostenían que: i) existen dos tradiciones jurídicas, la francesa (de origen romano) y la de *common law* (de origen inglés); ii) esas tradiciones fueron implantadas en la mayoría de países a través de la conquista y la colonización, por lo que son en buena medida exógenas; iii) existen diferencias sistemáticas en la protección jurídica que ambos tipos de sistemas proporcionan a los inversores; iv) la evidencia muestra que esta protección es un (muy) buen predictor del desarrollo financiero de un país, y v) los sistemas de *common law* tienden a proporcionar a los inversores una protección jurídica más robusta. En dos trabajos posteriores encontraron además que el *common law* está relacionado con un menor formalismo de los procedimientos judiciales¹⁵⁰ y una mayor independencia judicial¹⁵¹. Ambos indicadores correlacionan, a su vez, con un mejor cumplimiento de los contratos y una mayor seguridad en los derechos de propiedad.

A la vista de todo esto podríamos pensar que el primer consejo que debería ofrecer un asesor político-jurídico al presidente del Gobierno de España sería abandonar progresivamente nuestros orígenes legales afrancesados y las rigideces e ineficiencias que le son inherentes, para ir abrazando poco a poco la flexibilidad y el dinamismo anglosajones. Sin embargo, es más que dudoso que contemos con la evidencia empírica suficiente para hacer una recomendación de esa naturaleza¹⁵². Como

¹⁴⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2006).

¹⁴⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2006: 74-75).

¹⁴⁹ R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER y R. VISHNY (1997); *id.* (1998).

¹⁵⁰ Véase S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES y A. SHLEIFER (2003).

¹⁵¹ R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, C. POP-ELECHES y A. SHLEIFER (2004).

¹⁵² J. KLICK (2010); E. HELLAND y J. KLICK (2011). En castellano, véase N. GAROUPA y C. GÓMEZ LIGÜERRE (2020), con referencias a otros trabajos.

advierte Klick, **en el ámbito de la investigación la mayoría de las veces hay que elegir entre hacer grandes preguntas pero responderlas de forma poco convincente, o plantearse preguntas más pequeñas y responderlas mejor.** La literatura sobre los orígenes legales presenta tantos y tan serios problemas metodológicos que no parece muy prudente basar en ella nuestras políticas públicas.

2.4. *El Análisis Empírico del Derecho como corriente académica*

181. Hasta ahora hemos analizado el análisis empírico del Derecho con minúsculas, para denotar el empleo de evidencia proveniente de la observación o la experiencia. Sin embargo, como ocurre con el AED, **el Análisis Empírico del Derecho (con mayúsculas) constituye también una corriente con una tradición histórica y unas características propias.**

2.4.1. *Orígenes remotos del Análisis Empírico del Derecho: el viejo y el nuevo realismo*

182. El campo de la literatura jurídica académica está experimentando una explosión de publicaciones donde se mencionan, discuten o elaboran análisis empíricos¹⁵³. T. J. Míles y C. Sunstein se han referido a la corriente que ha impulsado esta explosión, a la que aquí nos referiremos como Análisis Empírico del Derecho, con mayúsculas, como Nuevo Realismo Jurídico¹⁵⁴. Hablar de un «nuevo» realismo jurídico presume la existencia de un «viejo» realismo. ¿En qué se distingue el uno del otro?¹⁵⁵.

183. Existe una convención que sitúa en el realismo americano de los años veinte y treinta del siglo XX los **primeros intentos por introducir cierto enfoque empírico en el análisis jurídico**, mediante la incorporación del conocimiento y los métodos provenientes de las ciencias sociales¹⁵⁶. Sin embargo, aún tendrían que pasar muchos años hasta que la interdisciplinariedad en el estudio del Derecho se extendiera más allá de unas pocas facultades estadounidenses. El movimiento más reconocible y exitoso de esa interdisciplinariedad, el Análisis Económico del Derecho, no se asentaría hasta un siglo más tarde, en la década de 1970, y el Análisis Empírico hasta comienzos del siglo XXI.

184. En la interpretación de Posner y en la de buena parte de la literatura, es habitual trazar las fronteras entre el legalismo y el realismo como se hace con

¹⁵³ Véanse D. HO y L. KRAMER (2013); S. S. DIAMOND y P. MUELLER (2010).

¹⁵⁴ Véase T. J. MILES y C. SUNSTEIN (2008).

¹⁵⁵ Cfr. S. MACAULAY (2005).

¹⁵⁶ Sin embargo, en una fecha tan temprana como 1870, el que fuera rector de Harvard Charles William Eliot ofreció la Cátedra Dean a Christopher Columbus Langdell, cuya carta de presentación era el método de los estudios de caso (*case method*), y a quien defendió en público con el argumento de que su nombramiento suponía la promoción de «un gran cambio en el método de la universidad en su conjunto», sobre la base de que «en todos los Departamentos de la Universidad los métodos fundamentales de estudio e investigación tienen que ser: una cuidadosa observación de los hechos reales, un agudo registro de los hechos determinados y una justa y limitada inferencia de esos hechos registrados» [S. SHEPPARD (1999: 630-631)].

los fans de Star Trek y Star Wars: o eres del formalismo de Harvard (y su capitán: Langdell) o eres del realismo de Yale (y su capitán: Hutchins). **Según Langdell y la escuela formalista de Harvard, lo que deberían hacer los jueces al aplicar el Derecho se reduce a analizar lo que expresa la literalidad de la norma y a partir de ahí deducir su aplicación al caso a través de la simple lógica deductiva.** Para esta escuela los conceptos jurídicos tienen una delimitación fija o inmutable cuyos contornos permanecen inalterados con los cambios sociales¹⁵⁷.

185. Lon Fuller¹⁵⁸ delimitó bien los contornos del realismo jurídico estadounidense que se populariza en la década de 1930 a partir de la obra de Karl Llewellyn, *The Case Law System in America*, publicada en alemán en 1933¹⁵⁹. **La idea central que comparte el realismo clásico (viejo) es que, a diferencia de lo que pensaban los formalistas o conceptualistas à la Langdell, el Derecho no consiste en una serie de conceptos cuya definición y cuyo alcance estén previamente prefijados, sino que es un instrumento para la resolución de conflictos que debería cambiar a medida que cambian los principios y valores de la comunidad a la que sirve.** A fin de resolver una causa, por tanto, al juez no le bastaría con emplear la lógica deductiva para alcanzar la solución demandada por el Derecho, sino que debe buscar la solución que, en Derecho, mejor promueva el interés colectivo. Y para ello muchas veces no le bastará con repasar la legislación, sino que tendrá que recurrir a encuestas, estadísticas, perfiles criminológicos, etc. Es decir, tendrá que recurrir a otras ciencias sociales.

186. Sin embargo, aunque seguramente es cierto que los realistas clásicos tenían el propósito de mejorar la enseñanza y el estudio del Derecho recurriendo para ello a otras ciencias sociales y, de hecho, algunos de ellos se embarcaron en diversos proyectos con dicho objetivo¹⁶⁰, este no llegó a cumplirse por dos razones. Primero, porque a comienzos de la década de 1930 los estudios estadísticos aún estaban en una fase de desarrollo incipiente. Y, segundo, porque tales realistas trataron de poner en marcha esos proyectos en medio de una de las mayores crisis del capitalismo, cuando los fondos para financiar cualquier propuesta eran más bien escasos¹⁶¹.

2.4.2. *El Análisis Empírico moderno*

187. Seguramente no sea correcto describir el Análisis Empírico del Derecho como una versión actualizada, pero en lo esencial igual, del «viejo» realismo ju-

¹⁵⁷ Hablando de uno de los grandes profesores de Harvard en las décadas de 1920-30, Samuel Williston (especialista en contratos), Lon Fuller dice: «Turning to Professor Williston's legal method, if we ask at what point he gives up the attempt to shape the law by direct reference to social interests, I think the answer will have to be, at the very outset. What may be called the bases of contract liability, notions like consideration, the necessity for offer and acceptance, and the like, are nowhere in his work critically examined in the light of the social interests they serve. These things are accepted on faith. This neglect to refer to underlying social desiderata cannot properly be called "logic". It is simply an acceptance of what is conceived to be received legal tradition» [L. FULLER (1939: 9); apud S. MACAULAY (2005: 369)].

¹⁵⁸ L. FULLER (1934).

¹⁵⁹ K. N. LLEWELLYN (1989).

¹⁶⁰ Véase J. H. SCHEGEL (1979).

¹⁶¹ S. MACAULAY (2005).

rídico. De hecho, los impulsores del movimiento autodenominado como Análisis Empírico del Derecho no se identifican con el movimiento coetáneo denominado Nuevo Realismo Jurídico (aliado cercano del Análisis Sociológico del Derecho), ni viceversa¹⁶². El primero se caracterizaría por cuatro notas distintivas.

188. La primera es que el Análisis Empírico del Derecho ha sido impulsado y vehiculado fundamentalmente a través de la **asociación** *Society for Empirical Legal Studies*, la **revista** *Journal of Empirical Legal Studies* y un **congreso** internacional anual¹⁶³. Con ello no queremos decir que solo los miembros de esta asociación realizan investigaciones que encajan dentro de esta corriente, ni tampoco que tales investigaciones únicamente se muestran en los referidos escaparates. Tan solo queremos notar que dicha asociación, esa revista y los correspondientes congresos han determinado decisivamente los métodos utilizados y los problemas analizados por el movimiento, así como su carácter e idiosincrasia.

189. La segunda es que estas investigaciones emplean casi exclusivamente **métodos empíricos cuantitativos**, ya sean observacionales o experimentales. Y su propósito es **testar una hipótesis previa**; se trata de estudios de tipo analítico, no descriptivo. Los cultivadores del Análisis Sociológico del Derecho y del Nuevo Realismo Jurídico, en cambio, tienden a utilizar también métodos cualitativos. O a veces emplean métodos empíricos de esta u otra índole con una finalidad meramente exploratoria o descriptiva, no con el objeto de corroborar o descartar una hipótesis determinada¹⁶⁴.

190. La tercera es que las investigaciones desarrolladas en el marco del Análisis Empírico del Derecho están «más cerca de las facultades de Derecho que de los departamentos de ciencias sociales»¹⁶⁵. Dichas investigaciones se llevan a cabo normalmente por profesores que enseñan en dichas facultades, y tienen por objeto problemas que son relevantes para la práctica del Derecho e interesan a la comunidad de juristas. Además, los resultados de los estudios suelen tener implicaciones prescriptivas. Todo lo cual no siempre ocurre en el caso de los trabajos realizados en el seno del AED, del ACD y, sobre todo, del Análisis Sociológico del Derecho, pues algunos de estos se elaboran desde los departamentos de ciencias sociales y tratan problemas cuya relevancia para la práctica jurídica es más bien escasa.

191. La cuarta es que el Análisis Empírico del Derecho es una corriente muy **abierta a la colaboración y a las aportaciones de otras ciencias sociales**, como la Sociología (*Law & Society*), la Economía (*Law & Economics*), la Psicología (*Behavioral Law & Economics*) y la Ciencia Política.

192. Las comunidades que han cultivado estas ciencias sociales se han **mantenido tradicionalmente mucho más cerradas y menos permeables** a las contribuciones procedentes de otras disciplinas, probablemente porque entre ellas han competido por diversos recursos valiosos (v. gr. fondos para investigar y plazas de

¹⁶² Véase un análisis comparativo de ambos movimientos en M. C. SUCHMAN y E. MERZ (2010).

¹⁶³ Véase T. EISENBERG (2011).

¹⁶⁴ M. C. SUCHMAN y E. MERZ (2010: 558, 559, 563 y 564).

¹⁶⁵ M. C. SUCHMAN y E. MERZ (2010: 558).

profesorado en las facultades de Derecho), y porque sus diferencias idiosincráticas e incluso ideológicas han favorecido una cierta falta de comunicación. El AED, por ejemplo, fue dominado inicialmente y durante un tiempo por académicos de ideología «conservadora»; en líneas generales, partidarios del funcionamiento libre de los mercados y reluctantes a la intervención estatal. Resulta significativo que la Fundación conservadora John M. Olin financiara con millones de dólares el desarrollo del AED en las universidades estadounidenses más prestigiosas durante años, pues sus patronos pensaban que el AED representaba «una extraña grieta en la red de juristas [dominada por los] progresistas, una oportunidad para el pensamiento conservador, hasta [entonces] marginado en las facultades de Derecho de mayor prestigio»¹⁶⁶.

193. Algo muy similar ha ocurrido con el Análisis Sociológico del Derecho, pero hacia el otro lado del espectro ideológico. Desde su fundación, esta corriente ha tendido a estar dominada por académicos, sobre todo sociólogos, más bien «progresistas». Los sesgos conservador y economicista, en el primer caso, y progresista y sociológico, en el segundo, han propiciado que con el transcurso del tiempo se hayan convertido en enfoques poco frecuentados por *outsiders*.

194. Como sugiere Eisenberg, el Análisis Empírico del Derecho se distingue de sus dos enfoques más próximos en que, al menos por el momento, es un campo que: i) no resulta inaccesible para los académicos con un doctorado en Derecho, y que ii) permanece abierto a las aportaciones de autores de todas las ciencias sociales. De ahí que podamos concluir que **el Análisis Empírico del Derecho se ha convertido en algo así como el principal lugar de reunión o encuentro para todos los científicos sociales y los juristas que estudian el Derecho con métodos empíricos.**

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABADIE, A., y GAY, S. (2006), «The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study», *Journal of Health Economics*, 25, pp. 599-620.
- ABARCA-GÓMEZ *et al.* (2017), «Worldwide trends in body-mass index, underweight, overweight, and obesity from 1975 to 2016: a pooled analysis of 2416 population-based measurement studies in 128-9 million children, adolescents, and adults», *The Lancet*, 10113, pp. 2627-2642.
- ALEXY, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- ALLMARK, P., y TOD, A. (2014), «Can a nudge keep you warm? Using nudges to reduce excess winter deaths: insight from the Keeping Warm in Later Life Project (KWILLT)», *Journal of Public Health*, 36:1, pp. 111-116.
- ANTINYAN, A., y ASATRYAN, Z. (2019), «Nudging for Tax Compliance: A Meta-Analysis», ZEW-Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 19-055.
- ARIELY, D. (2008), *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape Our Decisions*, New York: Harper Collins.
- ARIÑO, G. (2004), *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada: Comares.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», *InDret*, 2/2009.

¹⁶⁶ Véase S. M. TELES (2008: 182).

- BACKHOUSE, R. E., y MEDEMA, S. G. (2009), «Retrospectives: On the Definition of Economics», *Journal of Economic Perspectives*, 23:1, pp. 221-233.
- BANERJEE, A. V., y DUFLO, A. (2017), *Handbook of Field Experiments*, Amsterdam: North Holland, vols. 1 y 2.
- BAYÓN, J. C. (1994), «Eficiencia e inalienabilidad», *Doxa*, 15-16, pp. 971-991.
- BECKER, G. S. (1993), «The Economic Way of Looking at Life», *Journal of Political Economy*, 101:3, pp. 383-409.
- BECKER, G. S.; GROSSMAN, M., y MURPHY, K. M. (1994), «An Empirical Analysis of Cigarette Addiction», *American Economic Review*, 84:3, pp. 396-418.
- BECKER, G. S., y MURPHY, K. M. (1988), «A Theory of Rational Addiction», *Journal of Political Economy*, 96:4, pp. 675-700.
- BERNAL PULIDO, C. (2008), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: CEPC.
- BILLIET, C. M. (2011), «Formats for Law and Economics in Legal Scholarship: Views and Wishes from Europe», *University of Illinois Law Review*, pp. 1485-1516.
- BINGHAM, J. (1912), «What is the Law», *Michigan Law Review*, 11:1, pp. 1-25.
- BLATTMAN, C. (2015), «If you read one thing about microfinance, read this», *The Washington Post*, 3 de marzo.
- BOWLES, S., y GINTIS, H. (2002), «Homo reciprocans», *Nature*, 415, pp. 125-127.
- CABRILLO RODRÍGUEZ, F., y ALBERT LÓPEZ-ÍBOR, R. (2011), «El análisis económico del derecho en la encrucijada», *Ekonomiaz*, 77, pp. 200-221.
- CALSAMIGLIA, A. (1987), «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, 4, pp. 267-288.
- (1989), «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa*, 218-219, pp. 113-152.
- CAMERER, C.; ISSACHAROFF, S.; LOEWENSTEIN, G.; O'DONOGHUE, T., y RABIN, M. (2003), «Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Asymmetric Paternalism”», *University of Pennsylvania Law Review*, 151:3, pp. 1211-1254.
- CAMERER, C., y THALER, R. H. (1997), «Anomalies: Ultimatums, Dictators, and Manners», *Journal of Economic Perspectives*, 9, pp. 209-219.
- CANE, P., y KRITZER, H. M. (2010), «Introduction», en P. CANE y H. M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1-7.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2015), «Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho administrativo. Las utilidades de la ciencia política y de la administración para el Derecho administrativo», *REDA*, 168, pp. 39-66.
- CHO, S.; DREHER, A., y NEUMAYER, E. (2013), «Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?», *World Development*, 41, pp. 67-82.
- COASE, R. (1960), «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.
- COLEMAN, J. (2001), *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.
- CONSEJO DE EUROPA (2019), «Newsletter Transplant 2019», disponible en <https://www.edqm.eu/en/news/just-released-newsletter-transplant-2019> (fecha de último acceso: 22 de julio de 2020).
- COOPER, D. J., y KAGEL, J. H. (2013), «Other-Regarding Preferences: A Selective Survey of Experimental Results», en J. H. KAGEL y A. E. ROTH (eds.), *Handbook of Experimental Economics*, vol. 2, Princeton: Princeton University Press, pp. 615-691.
- COOTER, R., y ULEN, T. (2011), *Law and Economics*, Boston: Addison-Wesley.
- DANZINGER, S.; LEVAV, J., y AVNAIM-PESSE, L. (2011), «Extraneous factors in judicial decisions», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 17, 6889-6892.
- DARI-MATTIACCI, G.; GAROUPA, N., y GÓMEZ-POMAR, F. (2010), «State Liability», *European Review of Private Law*, 18, pp. 773-811.

- DE MOT, J., y FAURE, M. (2016) «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge: Intersentia, pp. 587-618.
- DEBREU, G. (1986), «Mathematical Form and Economic Content», *Econometrica*, 54:6, pp. 1259-1270.
- DEPOORTER, B., y DEMOT, J. (2011), «The Cross-atlantic Law and Economics Divide: A Dissent», *Illinois Law Review*, pp. 1593-1606.
- DHAMI, S. (2016), *The Foundations of Behavioral Economic Analysis*, Oxford: Oxford University Press.
- DIAMOND, S. S., y MUELLER, P. (2010), «Empirical Legal Scholarship in Law Reviews», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, pp. 581-599.
- DIBAJ, R. (2003), «Beyond Facile Assumptions and Radical Assertions: A case for “Critical Legal Economics”», *Utah Law Review*, 4, pp. 1155-1199.
- DJANKOV, S.; LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F., y SHLEIFER, A. (2003), «Courts», *Quarterly Journal of Economics*, 117:1, pp. 1-37.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2013), «Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley. Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva», *InDret*, 1/2013.
- (2019), «Sobre el poder explicativo del Análisis Económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, 2/2019.
- (2020), «Jugarse la piel. Cómo seleccionar al profesorado universitario», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 24.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., y PUCHADES NAVARRO, M. (2012), «Nuestros juristas y sus congresos», *InDret*, 4/2012.
- EGER, T., y SCHÄFER, H. B. (eds.) (2012), *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- EISENBERG, T. (2011), «The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns», *University of Illinois Law Review*, pp. 1713-1738.
- EPSTEIN, L., y KING, G. (2002), «The Rules of Inference», *University of Chicago Law Review*, 69:1, pp. 1-134.
- FADEN, R.; BEAUCHAMP, T., y KING, N. (1986), *A History and Theory of Informed Consent*, New York: Oxford University Press.
- FAIGMAN, D. L. (2002), «Is Science Different for Lawyers?», *Science*, 297:5580, pp. 339-340.
- FARBER, D. A., y JOSEPH O’CONNELL, A. (eds.) (2010), *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- FARNSWORTH, W. (1999), «Do Parties to Nuisance Cases Bargain after Judgment?», *The University of Chicago Law Review*, 66:2, pp. 373-436.
- FEHR, E. (2014), «Lecture 1: Advantages & Limitations of Lab Experiments», disponible en <http://web.mit.edu/14.193/www/FEHR-MIT-Lecture1-2.pdf> (fecha de última consulta: 14 de agosto de 2020).
- FORGET, E. (2011), «The Town With No Poverty: The Health Effects of a Canadian Guaranteed Annual Income Field Experiment», *Canadian Public Policy*, 37:3, pp. 283-305.
- FRIEDMAN, M. (1953), *Essays on Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press.
- FULLER, L. (1934), «American Legal Realism», *University of Pennsylvania Law Review*, 82:5, pp. 429-462.
- (1939), «Williston on Contracts», *North Carolina Law Review*, 18:1, pp. 1-5.
- GAROUPA, N. (2011), «The Law and Economics of Legal Parochialism», *University of Illinois Law Review*, pp. 1517-1530.
- GAROUPA, N.; GILI, M., y GÓMEZ-POMAR, F. (2012), «Political Influence and Career Judges: An Empirical Analysis of Administrative Review by the Spanish Supreme Court», *Journal of Empirical Legal Studies*, 9:4, pp. 795-826.

- GAROUPA, N., y GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2020), «Eficiencia económica y sistemas legales», *Información Comercial Española*, 915, pp. 29-38.
- GAROUPA, N. y ULEN, T. (2008), «The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States», *Alabama Law Review*, 59, pp. 1555-1663.
- GARRIDO FALLA, F. (1961), *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública (método jurídico y ciencia de la Administración)*, Sevilla: Instituto García Oviedo.
- GAZAL-AYAL, O. (2007), «Economic Analysis of "Law & Economics"», *Capital University Law Review*, 35, pp. 787-809.
- GHESLA *et al.* (2020), «Pro-environmental incentives and loss aversion: A field experiment of electricity saving behavior», *Energy Policy*, 137: art. No. 111131.
- GILOVICH, T.; GRIFFIN, D., y KAHNEMAN, D. (eds.) (2002), *Heuristics and biases. The Psychology of Intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GINSBURG, T., y MILES, T. J. (2011), «Empiricism and the Rising Incidence of Coauthorship in Law», *University of Illinois Law Review*, pp. 1813-1825.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1957), «El método en el Derecho administrativo», *RAP*, 22, pp. 11-97.
- GRECHENIG, K., y GELTER, M. (2008), «The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism», *Hastings International & Comparative Law Review*, 31:1, pp. 295-360.
- GULATI, M., y SÁNCHEZ, V. (2002), «Giants in a World of Pygmies? Testing the Superstar Hypothesis with Judicial Opinions in Casebooks», *Iowa Law Review*, 87, pp. 1141-1212.
- HARTMANN, S., y SPRENGER, J. (2011), «Mathematics and Statistics in the Social Sciences», en J. ZAMORA BONILLA *et al.* (eds.), *The SAGE Handbook of the Philosophy of Social Sciences*, London: Sage, pp. 594-612.
- HELLAND, E., y KLICK, J. (2011), «Legal Origins and Empirical Credibility», en M. FAURE y J. SMITS (eds.), *Does Law Matter? On Law and Economic Growth, On Law and Economic Growth*, Cambridge (UK): Intersentia, pp. 99-114.
- HERRERO, C. (1993), «Racionalidad individual-irracionalidad social: el conflicto justicia-eficiencia», *Doxa*, 13, pp. 49-68.
- HICKS, J. (1939), «The Foundations of Welfare Economics», *Economic Journal*, 49:196, pp. 696-712.
- HIERRO, L. (1994), «La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)», *Doxa*, 15-16, pp. 945-970.
- (1998), «Justicia, igualdad y eficiencia», *Isonomía*, 8, pp. 129-171.
- HO, D., y KRAMER, L. (2013), «Introduction: The Empirical Revolution in Law», *Stanford Law Review*, 65:6, pp. 1195-1202.
- HOFMANN, E. (2007), *Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- HORWITZ, M. J. (1980), «Law and Economics: Science or Politics?», *Hofstra Law Review*, 8, pp. 905-912.
- IANNACCONE, L. R. (1998), «Introduction to the Economics of Religion», *Journal of Economic Literature*, 36, pp. 1465-1496.
- JOLLS, C.; SUNSTEIN, C., y THALER, R. (1998), «A Behavioral Approach to Law and Economics», *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550.
- JONES, O. D.; MAROIS, R.; FARAH, M. J., y GREELY, H. T. (2013), «Law and Neuroscience», *Journal of Neuroscience*, 33:45, pp. 17624-17630.
- KAHNEMAN, D. (2011), *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- KAHNEMAN, D.; KNETSCH, J. L., y THALER, R. (1990), «Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem», *Journal of Political Economy*, 98, pp. 1325-1348.
- (1991), «Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias», *Journal of Economic Perspectives*, 5:1, pp. 193-206.

- KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P., y TVERSKY, A. (eds.) (1998), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KAHNEMAN, D., y TVERSKY, A. (1974), «Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science*, 185:4157, pp. 1124-1131.
- (1979), «Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk», *Econometrica*, 47:2, pp. 263-291.
- (eds.) (2000), *Choices values and frames*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KALDOR, N. (1939), «Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility», *Economic Journal*, 49:195, pp. 549-552.
- KAPLOW, L., y SHAVELL, S. (1994), «Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 23, pp. 667-681.
- (2000), «Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income», *Journal of Legal Studies*, 29, pp. 821-835.
- (2002), *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press.
- KATZ, A. W., y SANCHIRICO, C. W. (2010), «Fee Shifting in Litigation: Survey and Assessment», *University of Pennsylvania Institute for Law and Economics*, Research Paper 10-30.
- KATZ, D. M. (2013), «Quantitative Legal Prediction - Or How I Learned to Stop Worrying and Start Preparing for the Data-Driven Future of the Legal Services Industry», *Emory Law Journal*, 62:4, pp. 909-967.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien: Franz Deuticke Verlag.
- KLICK, J. (2010), «The Perils of Empirical Work on Institutions: Comment», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 166:1, pp. 166-170.
- KOROBKIN, R. B., y ULEN, T. S. (2000), «Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics», *California Law Review*, 88:4, pp. 1051-1144.
- KRAUS, J. S. (2007), «Transparency and Determinacy in Common Law Adjudication: A Philosophical Defense of Explanatory Economic Analysis», *Virginia Law Review*, 93:2, pp. 287-359.
- KROESE, F.; Marchiori, D., y DE RIDDER, D. (2016), «Nudging healthy food choices: a field experiment at the train station», *Journal of Public Health*, 38:2, pp. e133-e137.
- KRUGER, J.; WIRTZ, D.; VAN BOVEN, L., y ALTERMATT, T. W., «The effort heuristic», *Journal of Experimental Social Psychology*, 40:1, pp. 91-98.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F.; POP-ELECHES, C., y SHLEIFER, A. (2004), «Judicial Checks and Balances», *Journal of Political Economy*, 112:2, pp. 445-470.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F., y SHLEIFER, A. (2008), «The Economic Consequences of Legal Origins», *Journal of Economic Literature*, 46:2, pp. 285-332.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A., y VISHNY, R. (1997), «Legal Determinants of External Finance», *Journal of Finance*, 52:3, pp. 1131-1150.
- (1998), «Law and Finance», *Journal of Political Economy*, 106:6, pp. 1113-1155.
- LAIBSON, D. (1997), «Golden Eggs and Hyperbolic Discounting», *Quarterly Journal of Economics*, 112:2, pp. 443-478.
- LEESON, P. T. (2009), *The Invisible Hook: The Hidden Economics of Pirates*, Princeton: Princeton University Press.
- LEBUW, F. L. (2015), «Empirical Legal Research: The Gap Between Facts and Values and Legal Academic Training», *Utrecht Law Review*, 11:2, pp. 19-33.
- LEVIN, I.; SCHNEIDER, S., y GAETH, G. (1998), «All Frames Are Not Created Equal: A Typology and Critical Analysis of Framing Effects», *Organizational Behavior and Human Decision Process*, 76:2, pp. 149-188.
- LEWIS, M. (2017), *Deshaciendo errores: Kahneman, Tversky y la amistad que nos enseñó cómo funciona la mente*, Barcelona: Debate.

- LIMONCELLI, S. A. (2009), «The Trouble with trafficking: Conceptualizing Women's Sexual Labor and Economic Human Rights», *Women's Studies International Forum*, 32:4, pp. 261-269.
- LITTELFIELD, E., y ROSENBERG, R. (2004), «Microfinance and the Poor. Breaking down walls between microfinance and formal finance», *Finance and Development*, 41:2, pp. 38-40.
- LLEWELLYN, K. N. (1989), *The Case Law System in America*, Chicago: University of Chicago Press.
- LOPERA MESA, G. P. (2004), «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, pp. 211-246.
- MACAULAY, S. (2005), «The New versus the Old Legal Realism: "Things Ain't What They Used To Be"», *Wisconsin Law Review*, 2, pp. 365-403.
- MANOLI, D., y TURNER, N. (2016), «Nudges and Learning: Evidence from Informational Interventions for Low-Income Taxpayers», *NBER Working Paper*, 20718.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2015), «Uso y abuso del Decreto Ley. Un análisis empírico», *REDA*, 174, pp. 23-92.
- MERCADO PACHECO, P. (2013), «Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, pp. 85-108.
- MERCURO, N., y MEDEMA, S. (2006), *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton: Princeton University Press.
- MILES, T. J., y SUNSTEIN, C. (2008), «The New Legal Realism», *The University of Chicago Law Review*, 75:2, pp. 831-851.
- MITCHELL, G. (2005), «Libertarian Paternalism Is an Oxymoron», *Northwestern University Law Review*, 99:3, pp. 1245-1277.
- NIELSEN, L. B. (2010), «The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research», en P. CANE y H. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, pp. 952-977.
- NOGGLE, R. (2020), «The Ethics of Manipulation», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible online en <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-manipulation/> (fecha de último acceso: 27 de julio de 2020).
- OGUS, A. (1999), «Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis To Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 48:2, pp. 405-418.
- ORTEGA, L., y DE LA SIERRA, S. (coords.) (2009), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- ORTIZ DE URBINA, Í. (2006), «El análisis económico del Derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?», en C. COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta, pp. 321-348.
- PAPAYANNIS, D. M. (2009), «El enfoque económico del Derecho de daños», *Doxa*, núm. 32, pp. 459-496.
- PINILLA, J. (2017), «¿Cómo legislar para promover la salud pública? Los casos del tabaco y los accidentes de tráfico», Observatorio Social de «la Caixa», disponible en https://observatoriosociallacaixa.org/es/-/como-legislar-para-promover-la-salud-publica_los-casos-del-tabaco-y-los-accidentes-de-trafico (fecha de último acceso: 28 de julio de 2020).
- PONCE SOLÉ, J. (2014), «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 11.
- POPPER, K. R. (1962), *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, New York, Basic Books.
- POSNER, R. A. (1979), «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *Journal of Legal Studies*, 8, pp. 103-140.
- (1980), «Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication», *Hofstra Law Review*, 8, pp. 487-507.

- (1986a), *Economic Analysis of Law*, 9.^a ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- (1986b), «Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution», *Case Western Reserve Law Review*, 179, pp. 180-181.
- (1990), *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press.
- (1992), *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown & Company.
- (2003), «Clinical and Theoretical Approaches to the Teaching of Evidence and Trial Advocacy», *Quinnipiac Law Review*, 21:4, pp. 731-739.
- POVERTY ACTION LAB-INNOVATIONS FOR POVERTY ACTION (2015), «Where Credit is Due», *Policy Bulletin*, disponible online en <http://www.povertyactionlab.org/publication/where-credit-is-due> (fecha de último acceso: 15 de julio de 2020).
- RAMSEYER, J. M. (2011), «Law and Economics in Japan», *Illinois Law Review*, pp. 1455-1473.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Belknap.
- RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- REDELMEIER, D.; ROZIN, P., y KAHNEMAN, D. (1993), «Understanding Patients' Decisions: Cognitive and Emotional Perspectives», *The Journal of the American Medical Association*, 270:1, pp. 72-76.
- RIVERO ORTEGA, R., y CEREZO PRIETO, M. (eds.) (2019), *Innovación en las normas ambientales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROBBINS, L. (1935), *An Essay on the Nature & Significance of the Economic Science*, London: McMillan.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.^a (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- (2016), *Metodología del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- ROSE-ACKERMAN, S. (1988), «Progressive Law and Economics - And the New Administrative Law», *Yale Law Journal*, 98, pp. 341-368.
- (ed.) (2007), *Economics of Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- SACHS, J. D. (2003), «Institutions Don't Rule: Direct Effects of Geography on Per Capita Income», *NBER Working Paper Series*, 9490.
- SALVADOR CODERCH, P., y RUIZ GARCÍA, J. A. (2000), «La enseñanza universitaria del Derecho en España», *Revista de Educación*, 321, pp. 117-136.
- SAMUELSON, W., y ZECKHAUSER, R. (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1, pp. 7-59.
- SANCHIRICO, C. W. (2000), «Taxes versus Legal Rules as Instruments For Equity: A More Equitable Approach», *Journal of Legal Studies*, 29, pp. 797-820.
- (2001), «Deconstructing the New Efficiency Rationale», *Cornell Law Review*, 86, pp. 1003-1089.
- SANZ GÓMEZ, R. J., y SANZ GÓMEZ, S. (2020), «Análisis cuantitativo del uso del decreto-ley en España (1979-2018)», *Revista de Estudios Políticos*, 188, pp. 127-158.
- SARGENT, M. A. (2005), «Utility, the Good and Civic Happiness: A Catholic Critique of Law and Economics», *Journal of Catholic Legal Studies*, 44, pp. 35-55.
- SARMIENTO, D. (2004), *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SCHÄFER, H. B., y MÜLLER-LANGER, F. (2009), «Strict liability versus negligence», en M. FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, 2.^a ed., Cheltenham: Edward Elgar, pp. 3-45.
- SCHEGEL, J. H. (1979), «American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience», *Buffalo Law Review*, 28: 3, pp. 459-587.
- SCHEPPELE, K. L. (2009), «Counting, Reading, Interacting: Focusing on the Activities of the Researcher in Thinking about Methods», artículo presentado en el *Law and Society Association Early Career Workshop*, Denver.

- SCHLINK, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- SCHWARTZ, A. (2011), «Two Culture Problems in Law and Economics», *University of Illinois Law Review*, pp. 1531-1549.
- SHAVELL, S. (1982), «Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs», *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 55-81.
- SHEPPARD, S. (1999), *The History of Legal Education in the United States: Commentaries and Primary Sources*, vol. 1, Pasadena: Salem Press.
- SINGER, P.; MCKIE, J.; KUHSE, H., y RICHARDSON, J. (1995), «Double Jeopardy and the Use of QALYs in Health Care Allocation», *Journal of Medical Ethics*, 21:3, pp. 144-150.
- SMITH, S. A. (2004), *Contract Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- SORIANO, J. B. *et al.* (2018), «The burden of disease in Spain: Results from the Global Burden of Disease 2016», *Medicina Clínica*, 151:5, pp. 171-190.
- STIGLER, G. J. (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2:1, pp. 3-21.
- SUCHMAN, M. C., y MERZ, E. (2010), «Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism», *Annual Review of Law and Social Science*, 6, pp. 555-579.
- SUNSTEIN, C. (2015), «The Ethics of Nudging», *Yale Journal on Regulation*, 32, pp. 413-450.
- (2016), «People Prefer System 2 Nudges (Kind Of)», *Duke Law Journal*, 66, pp. 121-168.
- SUNSTEIN, C., y THALER, R. (2003), «Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron», *University of Chicago Law Review*, 70:4, pp. 1159-1202.
- TELES, S. M. (2008), *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Laws*, Princeton: Princeton University Press.
- THALER, R. (2016), *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, trad. al español de Iván Barbeitos, Barcelona: Deusto.
- THALER, R., y SUNSTEIN, C. (2003), «Libertarian Paternalism», *American Economic Review*, 93:2, pp. 175-179.
- (2008), *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, London: Penguin.
- TULLOCK, G. (1988), «Rent Seeking and Tax Reform», *Contemporary Economic Policy*, 6:4, pp. 37-47.
- TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D. (1973), «Availability: A heuristic for judging frequency and probability», *Cognitive Psychology*, 5:2, pp. 207-232.
- (1991), «Loss Aversion and Riskless Choice: A Reference Dependent Model», *Quarterly Journal of Economics*, 106:4, pp. 1039-1061.
- UGUR, Z. B. (2015), «Does Presumed Consent Save Lives? Evidence from Europe», *Health Economics*, 24:12, pp. 1560-1572.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (2006), «Global Report on Trafficking in Persons», Wien: UNODC.
- VAN DEN BOS, K., y HULST, L. (2016), «On Experiments in Empirical Legal Research», *Law and Method*, disponible en <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/343181/Experiments.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha de último acceso: 15 de julio de 2020).
- VELASCO CABALLERO, F. (2015), «Die Rezeption des Deutschen Verwaltungsrechts in der Spanischen Rechtsordnung. Zugleich eine theoretische Darstellung der Gründe, Etappen und Probleme des unidirektionalen Rechtsvergleichs», *Die Verwaltung*, 48:3, pp. 383-404.
- (2018), «Nudges y Derecho administrativo», *blog de Francisco Velasco*, 28 de mayo. Disponible en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/05/28/nudges-y-derecho-administrativo/> (fecha de último acceso: 28 de julio de 2020).
- WALDRON, J. (2014), «It's All for Your Own Good», *The New York Review of Books*, 9 de octubre.

- WALLER, S. W. (2009), «The Law and Economics Virus», *Cardozo Law Review*, 31:2, pp. 367-403.
- WEBER, M. (2002), *The Protestant Ethic and the «Spirit» of Capitalism*, London: Penguin.
- WEINRIB, E. J. (2012), *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press.
- WEINTRAUB, R. E. (2002), *How Economics Became a Mathematical Science*, Durham: Duke University Press.
- WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. D., y CALDEIRA, G. A. (eds.) (2010), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press.
- WILKINSON, T. M. (2013), «Nudging and Manipulation», *Political Studies*, 61, pp. 341-355.
- ZAMIR, E., y TEICHMAN, D. (eds.) (2014), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (2018), *Behavioral Law and Economics*, Oxford: Oxford University Press.