

NÚMERO 45

2022

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 45

2022-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirector: D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)

Secretario académico: D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)

Secretaria económica: Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
D. Nicolás Cantard (Derecho penal - UAM)
D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM)
Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - UAM)
Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
Dña. Alejandra Soto García (ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM)
D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:

UAM
Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 45 (2022-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45>

TRADUCCIÓN

Irene STOLZI «El Estado corporativo».....9

ARTÍCULOS

Iván BEREJANO DÍAZ «El covid-19 como evento asegurable con base en la cobertura de pérdida de beneficios»27

Sebastián IGNACIO FORTUNA «La gestación por sustitución en la Argentina: reflexiones desde los feminismos para una necesaria regulación».....51

Joaquín PABLO RECA «La reivindicación de una huella a la luz del derecho internacional humanitario: análisis del conflicto en las Islas Malvinas»75

Allen Martí FLORES ZERPA «Las reglas del Derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato».....97

Iñigo ORMAECHE LENDÍNEZ «Competencia judicial internacional y protección de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos: su encaje con el Reglamento Bruselas I bis».....127

Andrea GARCÍA ORTIZ «Los delitos contra “el honor” de la corona y el discurso de odio»153

Sara MARTÍNEZ MÉNDEZ «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública».....183

Gabriel Ángel GARCÍA BENITO «La Administración desamortizadora de 1813: cortes, intendentes y ayuntamientos (Úbeda)»203

RECENSIÓN

Pablo Javier MARINA ROSADO: Recensión de la obra de FARNSWORTH, W. «El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho» Madrid (Aranzadi) 2020, 432 pp.225

ESTADÍSTICAS235

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES237

Farnsworth, W. El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre Derecho. Navarra (Aranzadi), 2020, 422 pp.

PABLO JAVIER MARINA ROSADO*

El libro objeto de esta reseña es la traducción en español del libro *The Legal Analyst* publicado por Ward Farnsworth. El libro consta de 422 páginas y 31 capítulos divididos a lo largo de 5 partes. En cada uno de los capítulos se explica separadamente un concepto perteneciente a la metodología denominada *Law & Economics*. El autor lamenta que los planes de estudio de las facultades de Derecho de Estados Unidos se centren en mostrar a los estudiantes cuáles son las normas jurídicas y no contengan asignaturas de metodología que les permitan reflexionar acerca de en qué medida estas normas cumplen sus objetivos. Se propone suplir este vacío ofreciéndoles instrumentos pertenecientes a la ciencia económica que con el tiempo se han revelado útiles para pensar sobre el Derecho. Se cumple el objetivo: cada uno de los conceptos se aborda de forma clara e introductoria, pero con suficiente profundidad. El autor consigue, con inteligencia, hilar en un mismo discurso los conceptos más conocidos con otros que sólo han despertado algún interés. A continuación, resumiré cada parte del libro y me detendré en mayor medida en aquellos temas menos tratados y que, sin embargo, pueden tener aplicaciones prometedoras.

La parte I incluye los capítulos 1-8. *Esta parte es introductoria*. Se comienza explicando cómo el Derecho es un instrumento idóneo para inducir comportamientos sociales deseables en los individuos. Por ejemplo, si un atracador roba un banco tomando un rehén y el cliente muere, el juez decidirá si debe ir a la cárcel. Al hacerlo, puede tomar la decisión fijándose únicamente en cómo aliviar el sufrimiento de los familiares de la víctima, o puede fijarse en cómo afectará la decisión a futuros atracadores. Si el juez determina que el banco es el culpable al no haberse entregado el dinero de la caja una vez que los atracadores han tomado rehenes, los atracadores tendrán en el futuro un buen motivo para tomar rehenes, pues saben que, si tienen que disparar al rehén, la culpa será del banco. En cambio, si el juez determina que los atracadores son los culpables de asesinato, el número de atracos con rehenes se reducirá porque los atracadores aprenderán que tomar rehenes no incrementa sus probabilidades de salir de allí con el dinero. Con este ejemplo, el autor explica que

* Profesor ayudante de Derecho mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: pablo.marina@uam.es

el Derecho puede aumentar el bienestar social si se examinan qué incentivos generan las normas en los individuos. ¿Cuáles son los incentivos deseables desde un punto de vista social? Aquellos que tienen los individuos para reducir al máximo posible el coste social de sus acciones (es decir, los que no den lugar a un «despilfarro»).

Es por esto por lo que cabe esperar comportamientos ineficientes desde el punto de vista de su coste social cuando el actor no es titular de todos los intereses en juego o «titular único» (no internaliza todos los costes y beneficios de su comportamiento). El ejemplo es en esta ocasión el de las pelotas extraviadas de un campo de golf que a veces rompen las ventanas del edificio adyacente. El propietario del campo de golf podría poner una valla para evitarlo, pero dado que las ventanas no son suyas, no le importa la «externalidad» (el efecto negativo sobre la propiedad de otro o sobre bienes comunales). El Derecho debería inducir al dueño del campo de golf a comportarse como si el edificio fuese suyo también, de modo que fuese él quien soportase los costes de reparar las ventanas. El «propietario» único del campo y el edificio sólo construiría la valla cuando el coste de hacerlo fuese inferior al de reparar todas las ventanas dañadas. Y eso debería reproducirlo el Derecho. Por tanto, el Ordenamiento jurídico solamente debería imponer un deber de reparación al titular del campo de golf en este caso. El problema es que la aplicación de este tipo de análisis coste-beneficio les resulta muy difícil a los jueces, que no pueden llevar a menudo cálculos rigurosos (esto es lo que se llama «costes de administración de justicia»). De manera que suelen recurrir a diversos tipos de test de tipo objetivo (que comparan la conducta del demandado con un referente externo; en el ejemplo, se preguntarían si una persona razonable habría tomado precauciones con respecto a los cristales) o de tipo subjetivo (que atienden a las intenciones del demandado; en el ejemplo, se preguntarían si el demandado ha sido prudente al no incorporar alguna medida de seguridad al campo de golf). Ahora bien, es probable que no hiciese falta siquiera imponer responsabilidad al propietario del campo de golf para que sus usuarios dejen de romper ventanas. Esto es, si el propietario del campo de golf y los vecinos del edificio de enfrente pudieran firmar un contrato por el que los vecinos pagan al propietario del campo de golf el coste de poner la valla y pudieran hacerlo sin mediar unas negociaciones costosas (o como dicen los economistas, sin que haya «costes de transacción»), entonces las dos partes podrían llegar a la solución que quieren (esto es, que dejen de romperse ventanas) sin necesidad de intervención del Ordenamiento jurídico. Esta idea de que hay situaciones en las que las partes pueden contratar sobre los perjuicios que se causan las unas a las otras sin necesidad de intervención legislativa o judicial es el «teorema de Coase».

El autor dedica el capítulo 7 al concepto de la búsqueda de rentas o *rent-seeking*. Aquí el autor muestra cómo hay ocasiones en que el «despilfarro» en el que incurren los individuos no viene dado porque los costes derivados de las actividades que realizan sean superiores a sus beneficios sociales, sino que se trata de costes que no generan ningún beneficio social. A saber, bajar a buscar un tesoro al fondo del mar no es una actividad productiva cuando más de un equipo de buceadores se dedica a ello. Así, si varios equipos de buceado-

res invierten en aparatos de buceo para bajar a por el tesoro, solo uno lo encontrará y verá recompensados sus esfuerzos. Este grupo tendrá ahora «la propiedad» de un bien valioso sobre el que tomará decisiones productivas que beneficiarán a toda la sociedad. El resto de los equipos, en cambio, se habrá dedicado a una actividad que no ha generado ningún valor social.

La parte II la conforman los capítulos 9-16 y es la natural continuación de la anterior, pues en ella el autor se ocupa de cómo los individuos toman decisiones eficientes cuando actúan en grupo. En el capítulo 9, el autor empieza ocupándose del concepto de agencia, *el cual ha sido muy estudiado* en el ámbito de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital.

No obstante, la mayoría de las situaciones de grupo no son del tipo principal-agente porque los individuos suelen actuar por su propia cuenta. El autor dedica los capítulos 10-13 a explicar cómo se logra sostener la cooperación humana cuando los individuos actúan en su propio interés. Es la «teoría de juegos». Lo mejor de esta parte es la gran «calidad» de los ejemplos. Comienza el autor explicando la razón por la que la cooperación es eficiente: porque cada uno de los individuos que coopera obtiene más de lo que obtendrían si actuase en solitario. Es el conocido dilema del prisionero. ¿Cómo inducir entonces a la gente a cooperar? La reputación sirve de freno para atemperar las tendencias egoístas de los individuos en algunos contextos, pero sin duda es el Derecho el que proporciona la herramienta idónea para que las partes se aseguren de que la contraparte se mostrará cooperativa: el contrato.

Aunque la cooperación es normalmente eficiente, el autor señala que en la realidad siguen dándose situaciones en las que los individuos obtienen más beneficios de no cooperar que de cooperar. La primera son los *bienes públicos*. Se trata de bienes sobre los que no hay posibilidad de excluir a los demás de su consumo, hayan pagado o no para su creación (p. ej. la defensa militar de un país). El comportamiento individualista consiste en este caso en hacer «parasitismo»: no contribuir voluntariamente ni un euro. El resto de los individuos anticipará este comportamiento y harán lo mismo, lo cual resultará en unos servicios públicos de peor calidad. La segunda situación problemática que el autor identifica son los juegos de confianza: aquí los individuos sólo están interesados en cooperar si saben a ciencia cierta que los demás van a cooperar también. Son los juegos que se ejemplifican con la «caza del venado». Si dos cazadores salen juntos a cazar venado, deberán apostarse cada uno en su puesto esperando a que se les cruce el venado para cazarlo juntos, y deberán abstenerse también de perseguir por su cuenta las liebres que se les crucen en el camino. Por tanto, los dos cazadores están interesados en cooperar (esperar al venado) siempre y cuando sepan que el compañero está haciendo lo mismo. Si el compañero va tras una liebre, ellos no podrán cazar al venado solos y correrán el riesgo de quedarse sin nada para cenar, así que irán también por su cuenta tras una liebre. En definitiva, la cacería de venado es lo que se llama un «juego de confianza recíproca», y el rol del Derecho aquí es proveer de algún mecanismo que asegure a cada participante del juego que los demás van a cooperar y que no van a dejar de hacerlo mientras dure el juego. Por ejemplo, el fondo de garantía

de depósitos sirve para que los clientes de los bancos no se agolpen a sus puertas para sacar dinero cada vez que escuchan rumores de una nueva crisis bancaria.

El tercer supuesto en el que los individuos tienen más interés en no cooperar que en hacerlo es cuando de la cooperación resulta un coste para los individuos involucrados. El autor recurre de nuevo a uno de sus expresivos ejemplos. Dos adolescentes se retan al «juego de la gallina» conduciendo sus coches uno enfrente del otro. El que se arrugue, pierde y es humillado por los espectadores de la lucha. Sin embargo, si ninguno se acobarda, se estrellarán. Por tanto, la segunda mejor estrategia de cada uno de los conductores es acobardarse (esto es, cooperar) pues siempre será mejor esperar unos segundos a que se encoja el contrincante primero porque evita la humillación de tener que retirarse de la batalla. Es por esto por lo que el rol del Derecho en estas situaciones es simplemente señalar quién debe cooperar primero. A saber, en un cruce de carreteras la mejor estrategia de los dos conductores es también esperar a que coopere el otro conductor, pero si ambos hacen lo mismo, puede producirse un choque, de manera que el Derecho señala quién debe cooperar primero mediante una señal de ceda el paso.

En los capítulos 14-16 se introducen otros temas que no tienen que ver con la cooperación, sino con *la coordinación entre individuos* (esto es, toman decisiones una vez que han decidido cooperar), así como con otro tipo de fenómenos grupales. En el capítulo 15 se explican los inconvenientes que existen cuando el grupo tiene que expresar sus preferencias. *Es un problema antiguo y muy estudiado en el ámbito de las sociedades de capital*. Expone el autor que, cuando el grupo tiene que someter decisiones a votación, no es sencillo que la opción de la votación exprese la verdadera preferencia del grupo en aquellos casos en que se votan más de 2 opciones («teorema de la imposibilidad de Arrow»). Es por esto por lo que quien tiene el poder suele ser aquel que controla la «agenda del grupo» (fijación del orden del día, determinación si un punto del orden del día aparece ligado con otros, etc.).

Los conceptos más novedosos de la parte II se encuentran en los capítulos 14 y 16 que se refieren a los sesgos de nuestra racionalidad. El capítulo 14 explica cómo las *cascadas de información*, de disponibilidad y de reputación afectan al comportamiento de un grupo. Las cascadas de información ocurren cuando los individuos del grupo tienen dudas acerca de cuál es la decisión correcta en un momento dado y, para tomarla, se fijan en el comportamiento del grupo en lugar de decidir racionalmente. Hay empresarios que intentan deliberadamente generarlas (el autor cuenta el ejemplo de algunos autores que en Estados Unidos compran determinado número de ejemplares de un libro para que este aparezca en determinadas listas de *bestsellers*). Las «burbujas» en el mercado de valores son otro ejemplo de cascada informativa a la que la regulación trata de dar respuesta mediante una normativa de transparencia (es decir, emitiendo señales más fuertes que las que los individuos reciben del grupo). Las *cascadas de disponibilidad* son aquellas en las que los individuos valoran la magnitud de los riesgos no en función de su probabilidad de ocurrencia (que sería la forma racional de hacerlo) sino en función del ejemplo que más fácilmente les viene en mente. La consecuencia es que el grupo reclamará más regulación para aquellos riesgos de

los cuales los empresarios simplemente tengan mejor escaparate de ejemplos (p. ej. ciertas enfermedades o los accidentes aéreos) y se olvidarán de otros riesgos más importantes. Por último, las *cascadas reputacionales* ocurren cuando los individuos no revelan su opinión sobre un asunto por el miedo a la sanción social (p. ej. la corrección política imperante en las universidades hace que los individuos «falsifiquen sus preferencias»). El Derecho también responde a este tipo de cascadas (el voto secreto es un buen ejemplo).

En el capítulo 16 se introduce el concepto de la *supresión de mercados*: hay ocasiones en las que los individuos no quieren cooperar mientras cada uno de ellos está sometido también a la influencia de las dinámicas competitivas del mercado, sino que prefieren hacerlo limitando el impacto de la competencia «dentro del grupo», lo que genera a su vez un aumento de la competencia «fuera del grupo». El autor pone como ejemplo de supresión de mercados la dinámica de las mejores facultades de Derecho en Estados Unidos. Observa que en los últimos años prácticamente todo el mundo que es admitido en el grado en Derecho termina graduándose, mientras que años atrás se expulsaba a un número considerable de estudiantes en el primer año. Pareciera como si las facultades de Derecho en Estados Unidos hubieran decidido mantener a aquellos estudiantes que no les interesan, sencillamente, para conservar el «buen ambiente» reinante en las clases. En otros términos, es como si hubiera una cierta regla «comunitaria» no escrita de que, una vez que entras en una de estas facultades, en unos años te gradúas. El autor apunta perspicazmente que este fenómeno genera distorsiones en la competencia por ser admitido en las mismas. Es decir, si se echa a menos estudiantes, el número de plazas disponible cada año es menor que si hubiera una cierta competencia por la permanencia y esta presión competitiva la soportan los estudiantes que están todavía solicitando su admisión (esto es, *se traslada la competencia desde dentro del grupo hacia afuera del grupo*). Por el contrario, en otro tipo de organizaciones como los grandes bufetes de abogados, los abogados jóvenes no dejan de estar nunca sometidos a la presión competitiva del mercado. De hecho, el bufete es sostenible precisamente por este motivo: si se dejara de remunerar mejor y de dar más recorrido a los mejores abogados, probablemente éstos se irían a otro bufete y mandarían a pique el primero, pues este se quedaría con los más mediocres. En definitiva, la supresión de mercados es otro concepto que resulta novedoso y con posibilidad de ser estudiado en diferentes escenarios organizacionales.

La parte III incluye los capítulos 17-21 y ofrece conceptos útiles para pensar sobre la aplicación del Derecho por parte de los jueces. El capítulo 17 se limita a explicar la clásica distinción entre normas y estándares. El capítulo 20 introduce la conocida distinción entre reglas de propiedad y reglas de responsabilidad.

Los capítulos 18, 19 y 21 introducen conceptos menos conocidos. El más interesante es el capítulo 18, que explica las *pendientes resbaladizas*. Con este concepto el autor se refiere a las razones por las cuales muchas soluciones regulatorias y judiciales siguen habitualmente a otras de modo que estas generan una suerte de pendiente resbaladiza que hace inevitable la producción de aquellas. Hay tres principales: 1) la primera decisión reduce el coste de la segunda (p. ej. si se obliga a la gente a registrar sus revólveres, será más fácil

que el gobierno acabe ordenando la confiscación, pues todos los propietarios estarán bien identificados), 2) la primera decisión afecta a las actitudes que se adoptan frente a la segunda (p. ej. una vez que se prohíbe fumar en los restaurantes que son el principal espacio público en el que se fuma, la gente estará más dispuesta a aceptar que se prohíba fumar en cualquier otro espacio público) y 3) las diferencias entre la decisión 1 y la decisión 2 suceden en el plano moral (p. ej. si se admite la eutanasia para dolores severos en enfermedades terminales para las cuales no hay tratamiento, ¿se debería admitir también para dolores severos en enfermedades terminales aunque haya algún tipo de tratamiento?).

En el capítulo 19 se trata la llamada *separación acústica*. Como es sabido, las normas pueden contener dos tipos de mandatos: hay normas que le dicen a los individuos cómo comportarse (normas de conducta) y normas que le dicen a los jueces cómo deben resolver (normas decisorias). La separación acústica ocurre cuando los individuos conocen cuál es la norma de conducta, pero no conocen la norma decisoria, de modo que no saben cómo se evaluará su conducta. Se explica que la ignorancia de la ley es aquí deseable porque si los individuos no saben cómo se evaluará su conducta, no planificarán sus actividades buscando que las mismas entren dentro o se queden fuera de una determinada norma. Por ejemplo, si los individuos no conocen cuáles son los criterios que la jurisprudencia considera necesarios para entender que existe legítima defensa, tendrán más dificultades para fingir que el asesinato de un ladrón que entró en su casa fue en legítima defensa.

Por último, en el capítulo 20 se explican los denominados *puntos de referencia*. El autor explica que, a la hora de establecer una determinada regulación que limite la autonomía privada, hay que ponderar los beneficios y los costes de la decisión y, para ello, hay que establecer un punto de partida o punto de referencia. A saber, dejar a los empresarios y trabajadores fijar el salario mínimo será eficiente o no en función de cuál sea el entorno jurídico preexistente. El entorno jurídico, entonces, es el punto de partida para cualquier análisis coste-beneficio de una nueva propuesta de regulación, no debiendo el debate enmarcarse nunca en los términos «autonomía privada contra Estado» u otras burdas simplificaciones.

La parte IV abarca los capítulos 22-26 y se dedica a temas de psicología económica. El capítulo 23 se dedica a explicar el sesgo retrospectivo: los seres humanos tienden a estimar un suceso como más probable cuando ya ha sucedido. El sesgo retrospectivo es un problema, principalmente de los jueces, porque son los que conocen de los asuntos *ex post*. El Derecho resuelve a veces este problema pidiéndoles a los jueces que evalúen si la decisión del causante del daño estuvo bien fundamentada.

El resto de los capítulos constituye la parte más importante del libro pues resumen los hallazgos de la «teoría de la perspectiva» (*prospect theory*), que estudia cómo los individuos toman decisiones en entornos de incertidumbre. Como el propio autor explica, es un campo que todavía está siendo testado empíricamente pero que, en aquellos ámbitos en que se confirme, afectará al Derecho de forma clara. Se empieza explicando lo que se ha llamado *efecto renta o efecto posesión*: las cosas nos parecen más valiosas cuando

están en nuestro poder, y por ello nos cuesta más renunciar a ellas que pagar por ellas. Por tanto, el precio al que la gente está dispuesta a comprar una cosa es diferente del precio al que está dispuesta a venderla cuando esa cosa es de su propiedad. Por ejemplo, si los «derechos a contaminar» se pudieran vender en una subasta, los derechos los comprarían aquellas empresas que más los valoran. Es decir, los derechos los comprarán aquellas empresas para las que los beneficios de contaminar son superiores a sus costes (entonces, se cumplirá el criterio del «titular único» descrito al principio de este trabajo). Ahora bien, puede ocurrir que, aunque el resto de las participantes en la subasta no esté dispuesto a pagar lo mismo que las empresas más contaminantes, tampoco esté interesado en vender los derechos a contaminar al precio subastado si gozase previamente de una atmósfera sana. En otras palabras, el precio de renuncia a una atmósfera saludable es superior a lo que la gente dice que está dispuesta a pagar por ella cuando no la tiene. La importancia de este efecto posesión para el Derecho es que afectaría al «teorema de Coase», el cual nos dice que el Derecho no debe entrometerse en las relaciones entre las partes si las mismas puede contratar sobre lo que les sucede. En el primer ejemplo de este trabajo veíamos que, si los vecinos de un inmueble están dispuestos a pagar para que cesen los daños que les causa el campo de golf vecino, su decisión de poner una valla es eficiente. Ahora bien, si el propietario del campo de golf valora más sus derechos a causar daños (dado que ya los posee) que el precio que están dispuestos a pagar los vecinos, ¿qué valor debería ser relevante para el Derecho?

Otro tema que ha tratado la teoría de la perspectiva son los *efectos contextuales*. Esto es, la observación de que la gente decide de distinta forma dependiendo de la manera en que se le presenten las opciones disponibles. El efecto compromiso significa que la gente siente especial atracción por la opción intermedia. Por ejemplo, en un experimento se comprobó que, si a la gente se le da a elegir entre dos cámaras fotográficas, una de alta y otra de baja gama, se dividen entre ambas a partes iguales. Sin embargo, si se añade una opción intermedia, la mayoría de los consumidores opta por ella. El efecto contraste significa que una de las alternativas deviene mejor a los ojos de la gente cuando aparece junto con otra claramente inferior. Por ejemplo, en otro experimento se comprobó que, si a la gente se le permite elegir entre una suma de dinero o una pluma estilográfica, la mayoría elige el dinero. Sin embargo, si se añade como tercera opción una pluma estilográfica de inferior calidad, la mayoría prefiere la estilográfica de mayor calidad. Estos efectos son relevantes para el Derecho en todos aquellos contextos en que los individuos tienen varias opciones (p. ej. las partes en una negociación o el jurado de un tribunal). Además, precisamente en el contexto de unas negociaciones se ha comprobado que las partes siempre prefieren una opción segura antes que una mejor si la mejor opción implica también asumir riesgos («más vale pájaro en mano que ciento volando»). Esto significaría que la disposición de los individuos a asumir riesgos cambia dependiendo de si el resultado esperado es una ganancia o es una pérdida, siendo su disposición mayor cuando se esperan pérdidas.

Los *anclajes* son el siguiente concepto que se trata. Consisten en aquellas referencias mentales arbitrarias que toman los individuos y que afectan a su proceso de toma de decisión. Se cuenta que en un experimento se dividió a un grupo de individuos en dos y se les dieron a ambos datos diferentes. Al primer grupo se le contó que el número de fallecidos por accidentes de tráfico es de 50.000 personas mientras que al segundo grupo se le contó que el número de fallecidos que muere por accidentes de electrocución es de 1.000 personas. A continuación, se les pidió a ambos que estimaran el número de fallecidos por otras causas y el segundo grupo terminó haciendo estimaciones más altas que el primero. Los anclajes son de nuevo relevantes para el Derecho (p. ej. las reglas dispositivas previstas para una figura contractual pueden afectar a cómo las partes redacten finalmente la cláusula ya que afecta a lo que las partes entienden que es razonable).

Termina el autor esta parte introduciendo el *sesgo interesado*. Este hace referencia a que cuanto más interés tiene un individuo en algo, más tendencia tiene a creer que lleva razón. A saber, la mayoría de los conductores consideran que son buenos al volante. La manera tradicional que ha tenido el Derecho de abordar este sesgo es evitando que los individuos sean juez y parte en sus propias causas (p. ej. reglas sobre conflictos de interés en las sociedades de capital). El autor explica que el sesgo interesado es producto del llamado *error de atribución*. Es decir, la idea de que los individuos tienden a atribuir los buenos resultados de sus acciones a su capacidad (p.ej. nunca he suspendido, de manera que soy muy listo) y los malos resultados al entorno (p.ej. he suspendido, pero ha sido debido a que el profesor ha puntuado muy bajo). Aquellos individuos que mejores resultados hayan recibido, mejores creerán que son y, por consiguiente, mayor será su sesgo interesado.

La parte V abarca los capítulos 27-31 y se dedica a problemas de *prueba*. En los capítulos 27, 28 y 31 se explica cómo funciona el sistema de estándares y carga de la prueba en Estados Unidos, así como la forma en que se realiza la valoración del daño. En Estados Unidos, aquel que tiene la carga de la prueba debe asegurarse de que la prueba presenta un nivel mínimo de consistencia. Los estándares de prueba se aplican al proceso decisorio de los jurados y hay dos estándares principales: el que requiere prueba de más allá de toda duda razonable (en el proceso penal) y el que requiere preponderancia de las pruebas obtenidas (en el proceso civil). El primero exige que el jurado que valore si el demandado causó el daño con una probabilidad del al menos un 50%, mientras que el segundo no indica ningún porcentaje concreto.

Los capítulos 29 y 30 atienden al papel que pueden jugar los métodos probabilísticos como medios de prueba. Es el tema que más interés tiene de esta parte del libro, pues *los métodos probabilísticos son menos conocidos por los juristas y se prestan para hacer análisis más afinados*. Pero ¿pueden las distribuciones de probabilidad de los sucesos dañinos convertirse en elementos de prueba? La respuesta es «sí, pero».

El primer problema que aparece es lo que se conoce como la *regla de la multiplicación*, la cual se ilustra mejor con un ejemplo. Si sabemos que dos elementos de prueba han

contribuido separadamente a un suceso dañoso en un 60% cada uno, ambos superarían separadamente el referido estándar de la preponderancia de las pruebas obtenidas. El jurado debería entonces culpar al demandado. Ahora bien, si ambos elementos tienen que darse conjuntamente, resulta que hay que multiplicar la probabilidad de contribución al suceso dañoso de cada uno de los elementos de prueba (en el ejemplo: $60\% \times 60\% = 36\%$). Vemos que ahora no se cumpliría el estándar de la preponderancia de las pruebas obtenidas y que el jurado no podría declarar al demandado como culpable. Este problema se bautizó como «paradoja de las conjunciones» y, de momento, no tiene una respuesta satisfactoria en la literatura. Un argumento que se ha dado para ignorar esta regla es que parte de la base de que la distribución de probabilidad de cada uno de los elementos de prueba es independiente de la del resto, cuando en realidad este no suele ser el caso (p. ej. que concorra el elemento de prueba 1 hace más probable que concorra el 2; ambos elementos de prueba son “interdependientes”). Otro argumento que se ha dado para no utilizarla es que permite lo que se ha llamado «falacia de la acusación pública». Es decir, la regla de la multiplicación nos permite verificar si la probabilidad de que el demandado sea culpable es mayor que la de otro individuo escogido al azar, pero no la de que sea más culpable que «cualquier otro» individuo.

El problema de comparar al demandado con otros individuos al azar y no con cualquier otro individuo es un problema que deriva inevitablemente de recurrir a la probabilidad y ha sido corregido mediante lo que se llaman *tipos base*, que pertenecen a la rama del conocimiento llamada estadística bayesiana. Un ejemplo servirá para ilustrar este concepto. Supongamos que, de 100 personas que suben a un avión, se sabe que una de ellas lleva droga. El perro policía encargado de detectarlo falla un 10% de las veces en una muestra de 100 personas. Si se baja una persona M. del avión, ¿cuál es la probabilidad de que lleve droga? La respuesta no es el 90%, sino el 9%. Para llegar a este resultado no sólo hay que tener en cuenta la probabilidad de que el perro acierte (90%) sino la probabilidad de que previamente M lleve droga (1%). La probabilidad de que M lleve droga es el “tipo base”. Entonces, se divide la probabilidad de que el can ladre acertando (1%) por la probabilidad de que ladre tanto acertando como equivocándose (11%). Las matemáticas bayesianas proporcionan así una herramienta útil para afinar en el análisis estadístico, pero lo cierto es que aun así los tribunales recurren a la estadística con cierta arbitrariedad.

En resumen, el libro de Farnsworth ofrece una buena exposición de los principales problemas económicos y de su relación con el Derecho, lo que lo convierte en una obra ideal para una primera aproximación al *Law & Economics*. Los temas se tratan de forma clara y breve, pero con la suficiente profundidad. Los múltiples y expresivos ejemplos son de altísima utilidad. Además, algunos capítulos introducen conceptos que han recibido relativamente poca atención, lo que significa que posiblemente aún pueden ser objeto de algunas aplicaciones en nuestro país. Es el caso de los capítulos: 14, 16, 18, 22, 24, 25, 26, 29 y 30. Por otro lado, se echa de menos una parte dedicada a específicamente a la eficiencia de las organizaciones. Esto es, una vez que los individuos han conseguido juntarse y cooperar

(con o sin la ayuda del Derecho), ¿qué problemas económicos se presentan y qué reglas utiliza la organización para resolverlos? En esta parte quizá el capítulo 15 sobre paradojas de voto encontraría una mejor ubicación.