

# icade núm. 105 [Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales]

## Retrospectiva histórica del análisis económico del derecho (I)

Orígenes más remotos y huellas posteriores

**RAFAEL BERNAD MAINAR**

*Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J (USJ) Director del Grado en Derecho, USJ Universidad San Jorge (USJ) Zaragoza (España) (rbernad@usj.es)*

### Sumario:

- I. Introducción
- II. Conflicto de intereses: eficiencia versus equidad
- III. Aproximación histórica al análisis económico del derecho
  - 1. Los orígenes más remotos
    - 1.1. La base política, John Locke
    - 1.2. El liberalismo económico, Adam Smith
    - 1.3. El utilitarismo filosófico, Jeremy Bentham
    - 1.4. Siguiendo las huellas: Beccaria, Marx, Wagner, Weber, Commons
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía

**Resumen:** La influencia de la economía en el comportamiento humano evidencia la conexión de la economía, la política y el derecho. Si a ello añadimos la existencia de unos recursos escasos junto a la necesidad de maximizar los resultados, encontramos el caldo de cultivo del análisis económico del derecho (AED), un movimiento que aplica técnicas y principios económicos en el estudio de los problemas jurídicos. A partir de sus postulados podemos concluir que el derecho no puede ser entendido desde una perspectiva exclusivamente jurídica, y la eficiencia constituye un criterio prevalente que determina la noción misma de justicia. Entre los antecedentes del AED descubrimos los más remotos (Locke, Smith, Bentham), y otras huellas posteriores que siguen su estela (Beccaria, Marx, Wagner, Weber, Commons).

**Palabras clave:** Derecho; economía; eficiencia; equidad; análisis económico del derecho; antecedentes; huellas posteriores.

**Abstract:** The influence of the economy into human behavior shows the connection of the economy, politics and law. If we add the existence of scarce resources together with the need to maximize results, we find the breeding ground of economic law analysis (AED), a movement that applies techniques and economic principles in the study of legal problems. From their postulates

we can conclude that the law can not be understood from an exclusively legal perspective, and efficiency constitutes a prevailing criterion that determines the very notion of justice. Among the antecedents of the AED we discover the most remote (Locke, Smith, Bentham), and other later traces that follow their wake (Beccaría, Marx, Wagner, Weber, Commons).

**Keywords:** Law; economy; efficiency; equity; economic analysis of law; background; posterior traces.

**Fecha de recepción:** 07/06/2018

**Fecha de aceptación:** 12/09/2018

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1)</sup>

Una de las características más significativas de la actividad económica de nuestros días es que lleva aparejada siempre, en mayor o menor medida, un componente de riesgo capaz de traducirse, según las circunstancias, en un potencial daño. No olvidemos, precisamente, que esta noción del riesgo asociada al provecho o beneficio (*ubi emolumentum, ibi onus*) se ha esgrimido desde hace tiempo como uno de los fundamentos de la responsabilidad civil, en cuya virtud quien causa un daño a otro debe repararlo y, más aún, si ha obtenido algún provecho con ello. En efecto, la tesis clásica subjetiva de la responsabilidad civil basada en la existencia de una conducta culposa está siendo superada con creces por una visión objetiva de la responsabilidad sustentada, entre otros factores, en el binomio del riesgo-provecho (Bernad Mainar, 2006, pp. 381-382), de tal suerte que toda actividad que produzca un rédito y, al mismo tiempo, comporte un riesgo para la sociedad debe acarrear ineludiblemente la asunción del mismo y la correspondiente indemnización como respuesta ante los eventuales daños que tal actividad genere.

Partimos de la idea de que este tipo de actividades son lícitas y legales, con lo cual se está planteando *ab initio* un conflicto de intereses: por un lado, el derecho a ejercerlas por quien las realiza y se lucra (*qui suo iure utitur, neminem laedit*), sin soslayar el hecho de que, por su través, se contribuye a dinamizar la economía y generar riqueza; y, por otro, el derecho de la víctima del daño infligido a no tener que soportarlo más allá de lo humanamente aceptable (*neminem laedere*).

La codificación civil decimonónica tomó partido por la construcción de un orden normativo racional que, merced a su conceptualización abstracta, fruto del formalismo normativo de la teoría pura del derecho de Kelsen (Atienza, 2012, pp. 299-303) –teoría de conceptos o teoría de la argumentación jurídica–, estuvo orientado a regir duraderamente en el tiempo y permaneció de manera cerrada y autónoma proyectado exclusivamente hacia el campo de la dogmática, relegando con ello al ostracismo al componente metajurídico, identificado en este caso más bien con la realidad social.

Sin embargo, este hipotético aislacionismo en el que estaba sumida la ciencia jurídica trató de encontrar algún posible contacto con los hechos sociales y económicos que, en su virtud, pasaron a convertirse en datos del problema jurídico: así sucedió, por ejemplo, en el sociologismo jurídico (Atienza, 2012, pp. 255-258) que, al indagar el contexto real de las leyes y preocuparse por su carácter justo o injusto, se relacionó y entró en contacto con la economía (Atienza, 2012, p. 149), aunque no lo fuera de manera profunda; o, incluso, en la jurisprudencia de intereses (Atienza, 2012, pp. 248-249) que, mediante una mayor atención sobre los hechos reales que concurren en el plano jurídico, trata de detectar el conflicto existente en la realidad social a los fines de cotejarlo con el subyacente en cuanto a la valoración de la norma se refiere.

Además, no podemos olvidar la cada vez mayor presencia del Estado –a la manera de intervención– en todos los ámbitos de la vida, lo que conducirá inexorablemente a que el jurista deba relegar la concepción dogmática y enfocar así su interés en una lectura teleológica y funcional de los problemas, pisando en este caso los umbrales de la economía en expansión

(Schumpeter, 1994, pp. 47 y ss.) y, por ende, siendo preciso insertar en su seno las categorías, conceptos y clasificaciones propias del orden económico. En suma, el jurista debe pensar y reflexionar adoptando los argumentos y razonamientos propios del economista.

Todo lo afirmado hasta aquí nos lleva a sostener la superación de concepciones simples y reduccionistas pasadas, pues la economía ha logrado romper sus linderos tradicionales (Coase, 1978, p. 201) y se nos presenta ya, sin ambages, bajo una visión amplia y global, que enfoca su corte científico al análisis y estudio de la selección racional de los recursos limitados<sup>2)</sup> a la hora de satisfacer las necesidades humanas (Becker, 1978, pp. 3 y ss.), o intereses propios (Posner, 2007, p. 25), en un claro sentido de utilidad expresado ya por J. Bentham en el siglo XVIII (Posner, 2001, pp. 54-57), muy lejos de teñir esta expresión de ropajes subjetivos, ni mucho menos de visiones particulares e interesadas.

De la precisión terminológica señalada, esto es la gestión de la escasez (Torres López, 1987, p. 19), aparentemente básica y elemental, derivan reglas de tal calado y enjundia que condensan y desarrollan el contenido de la economía: la relación entre el precio de un producto y su demanda (ley de la demanda); la convicción de que los recursos son escasos por limitados; y, por fin, la tendencia natural y racional que existe al uso más valioso de los mismos. Entran aquí en liza, por tanto, nociones tan importantes para la economía como la del valor (Posner, 2007, p. 36), en el entendido de lo que se está dispuesto a pagar por algo; y la de la utilidad (Posner, 2007, pp. 36 y ss.), ya desde una perspectiva analítica del valor de un costo o beneficio inciertos, con la dosis de riesgo que ello lleva aparejado, ya desde la consideración de servir de cauce en la consecución del mayor grado de felicidad posible para el mayor número de personas – maximización–, partiendo de una visión que conecta al individuo-célula con un organismo general del que forma parte, la sociedad.

Esta conexión entre el Derecho y la Economía excede la mera perspectiva extrínseca, por la que el primero regula la actividad económica, y el poder económico constituye una fuente social del derecho, razón que la proyecta más bien hacia una vertiente intrínseca (Atienza, 2012, p. 148), según la cual la lógica del Derecho es propiamente económica, esto es, tanto el funcionamiento, como la evolución del Derecho, no se explican sino desde la lógica impuesta por el mercado, puesto que las leyes rigen la forma de gestionar y gobernar las relaciones económicas de la sociedad.

Así pues, ya no solo se trata de que el Derecho estudie los hechos económicos, sino que se ha de ir más allá incluso y aseverar que cualquier intento que se precie de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos precisará, sin ningún género de duda, de una óptica económica. Irrumpirá en escena bajo estos parámetros, a partir de la década de los 60 (siglo XX), la concepción denominada análisis económico del derecho (AED), en virtud de la cual se aplicarán técnicas y principios propios de la economía al estudio de los problemas jurídicos, dado que, a su entender, el sistema jurídico en cuanto conjunto de normas tiene la capacidad de alentar o desalentar al ciudadano en un sentido u otro de su comportamiento, del mismo modo que bajo la misma consideración permite presentar socialmente, conforme a unos criterios objetivables<sup>3)</sup>, tanto resultados óptimos y deseables, como pésimos y, por ende, nada recomendables.

La consecuencia que podemos extraer a partir de lo antedicho es, a nuestro juicio, bien ilustrativa y contundente: todas las disciplinas y áreas del ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean, al igual que todos los aspectos del funcionamiento de los diversos agentes del sistema jurídico, pueden ser analizados e inspeccionados bajo una perspectiva económica. Es decir, asistimos al proceso de universalización y penetración, tanto de la economía, como del método económico, en las numerosas esferas del comportamiento humano (Atienza, 2012, p. 154), a partir de premisas tan elementales e indiscutibles cuales son, por un lado, la existencia de recursos escasos y limitados; y, por otro, la ineludible necesidad de maximizar los resultados pretendidos.

Es decir, no podemos dejar de corroborar que se ha producido un cambio de perspectiva, que ha llevado a sustituir el análisis jurídico de la economía por el del análisis económico del derecho (Paz-Ares, 1987, pp. 600 y ss.). Las etapas de este proceso están bien marcadas y van desde una

contribución económica inicial al Derecho meramente informativa, pasando por un cierto protagonismo de la economía en el ámbito jurídico, hasta desembocar, gracias al imperio, hegemonía y efecto expansivo de lo económico (Becker, 1980, pp. 11 y ss.; Ortí Lahoz, 1989), en la asunción por parte del economista de un papel propio del jurista, que introduce su vocabulario, propone un análisis propio y alternativo en el estudio y examen de los problemas jurídicos, poniendo en liza desde el punto de vista del Derecho un debate tan crucial y económico como lo es la disyuntiva que existe entre lo que es la eficiencia, por un lado, y la justicia (Calsamiglia, 1987, pp. 267 y ss.), por otro.

## II. CONFLICTO DE INTERESES: EFICIENCIA VERSUS EQUIDAD

Dos son fundamentalmente las acepciones del término eficiencia en el campo de la economía (Hierro, 1998, pp. 133-136): *sensu stricto*, la imposibilidad de que una persona vea mejorada su situación sin que otra empeore la suya –eficiencia paretiana– (Mitchell Polinsky, 1985, p. 19; Torres López, 1987, p. 30; Posner, 1979, pp. 103 y ss.); y *sensu lato*, el excedente resultante entre lo que puede mejorar una persona y lo que pueden empeorar otras, es decir, la situación en la que los potenciales beneficios que la sociedad puede percibir permiten compensar las potenciales pérdidas derivadas –eficiencia potencial (Kaldor, 1939, pp. 549-552; Hicks, 1940, pp. 105-124)–. Dejamos al margen la más simple que se identifica con la mayor producción al mínimo coste (Ackerman, 1983).

Por lo que respecta a la visión más restringida, el comportamiento del individuo es el que determina el bienestar social (Calsamiglia, 1988, p. 335), puesto que este no es otra cosa que el resultado del bienestar de cada uno de sus miembros, sobre la base de que ellos son capaces de juzgar su propio bienestar, sin que dicho enjuiciamiento dependa necesariamente del bienestar del resto de individuos. A partir de ahí, es comprensible entender por qué el individuo siempre adopta en sus elecciones la opción que racionalmente (Hirshleifer, 1984, pp. 7-13) y, dentro de las posibles a su alcance, le reporta un mayor beneficio, utilidad o satisfacción de sus necesidades (lo más por lo menos, maximización, Horwitz, 1980, p. 911), habida cuenta que todos los bienes en general se pueden sustituir por otros; por qué suele haber una tendencia a la perduración y conservación del marco de preferencias de los individuos; y, a mayor abundamiento, por qué los recursos pueden adquirir un valor añadido ante un mejor uso alternativo –coste oportunidad– conforme a la existencia de unos recursos escasos.

Surge así la posibilidad de alcanzar la máxima utilidad o bienestar individual, uno de los grandes paradigmas del modelo económico neoclásico, si bien resulte más problemático trasvasar dicho bienestar individual a un plan general dirigido a toda la sociedad. Para ello se presenta el criterio de Pareto, en cuya virtud se llegará a una situación óptima –paretiana– cuando el bienestar perteneciente a un individuo no pueda aumentar sin recortar el de otros miembros de la sociedad: así, una distribución inicial de recursos determinada con arreglo a un mercado perfecto de libre competencia proporcionaría un estado de cosas óptimo (Óptimo de Pareto) a los fines de lograr el mayor grado posible de eficiencia social, no obstante las más que sabidas imperfecciones del mercado (Torres López, 1987, pp. 33-34) que exigen ineludiblemente factores de corrección tendentes a rescatar un mínimo de eficiencia (Pastor, 1987, pp. 34-35), ya sea mediante la creación de impuestos que compensen la existencia de bienes públicos, ya a través de una cierta dosis de política interventora del mercado (Lipsey y Lancaster, 1957, pp. 11-32; Davis y Whinston, 1965, pp. 1-14; Whinston, 1967, pp. 323-331), o bien fruto de una matización del nivel óptimo de eficiencia (Kaldor, 1939, pp. 549-552; Hicks, 1940, pp. 105-124), por el cual, los beneficios obtenidos a cargo de los que ganan compensan con creces efectivamente las pérdidas de los que se ven perjudicados o, cuando menos, los mejora considerablemente.

La visión amplia de eficiencia conecta, a su vez, con una noción amplia del bienestar social y parte de la superación de la actividad económica como el logro de un interés u objetivo particular o individual (Robinson, 1982, p. 26). En efecto, la gestión de recursos escasos constituye un objetivo de la política económica en sí mismo e integra el bienestar social que se

pretende alcanzar como resultado de la acción económica, en cuya consecución unos comportamientos se reputarán más adecuados que otros con arreglo al criterio de la eficiencia.

Así pues, sin obviar la noción de eficiencia paretiana, entendemos por eficiencia un aspecto cuantitativo que consiste en la relación resultante entre los beneficios totales de una situación y los costes totales que esta misma conlleva, esto es, la demostración de que en el análisis del coste-beneficio este último supera al primero, como expresión de situación óptima, aun cuando se trate de una visión intuitiva de lo que se entiende mejor para la sociedad (Torres López, 1987, p. 36). Concretamente y, a efectos del análisis del sistema jurídico, la eficiencia de las normas jurídicas se relaciona con la consideración del dinero en cuanto recurso limitado y escaso (Samuelson, 1967, p. 203), conjugado este aspecto con la asignación de un valor pecuniario estable a los beneficios y costes –soberanía del consumidor– para la obtención de la mayor utilidad y provecho posible. Más discutible resultará cuando, al trasladar esta premisa al ámbito del Derecho, se torne en objetivo prioritario.

En lo que concierne a la equidad, desde la perspectiva económica, nos estamos refiriendo al modo de distribución de ciertos activos (ingresos, beneficios, Mitchell Polinsky, 1985, p. 19) entre cualquier denominador que se considere (personas, zonas geográficas, período de tiempo), con una base filosófica que ahonda sus raíces en la idea de justicia distributiva (Pastor, 1987, pp. 34-35): igualdad entre los iguales (horizontal), desigualdad entre los desiguales (vertical), y asunción de las cargas de una acción por quien se beneficia de ella (*ubi emolumentum, ibi onus*) o, en otras palabras, «quien está a lo bueno, está a lo malo». Así pues, desde el punto de vista económico la equidad enlaza con la distribución de la renta entre los individuos, adoptando en consecuencia un cariz diferenciado del que pudiera aportarse desde la filosofía o desde el mismo derecho.

Precisamente, uno de los conflictos que se plantea en la economía de nuestros días es la conciliación y equilibrio entre ambos aspectos considerados –eficiencia y equidad–, objetivo que en modo alguno resulta fácil pues, en muchas ocasiones se presentan como opuestos y excluyentes: la mejora en la distribución de la riqueza y renta –supuestamente, esto sería la equidad–, conlleva aparejada en la mayor parte de las ocasiones una minoración en términos de eficiencia (Pastor, 1987, p. 35). Ello traducido en términos jurídicos nos conduce a plantear las preguntas suscitadas al amparo del análisis económico del derecho (Pastor, 1987, pp. 35-36), entre ellas, los efectos e incentivos perseguidos por las normas jurídicas, así como los comportamientos que estas estimulan, por eficientes o equitativos; el papel del bienestar social en la valoración de los incentivos alentados por el sistema jurídico a través de sus normas (Shavell, 2016, pp. 721 y ss.); y la necesidad de elegir entre los distintos objetivos perseguidos por las normas jurídicas, más aún cuando cada uno de ellos atiende a un conflicto de intereses entre la eficiencia anhelada y la distribución deseada.

Evidentemente, una solución intermedia puede lograr el equilibrio y, renunciando de antemano a la mayor eficiencia posible, se puede alcanzar el objetivo redistributivo y equitativo más convincente, aunque sea a cargo de una reducción de ciertas dosis de bienestar social (Pastor, 1987, p. 37), ya mediante impuestos o subsidios (Kaplou y Shavell, 2002, pp. 32 y ss.), ya a través de la regulación de mercados, ya como consecuencia de la modificación del sistema jurídico (Mitchell Polinsky, 1985, pp. 125 y ss.). Dependerá el juego e intensidad de cada uno de los tres instrumentos señalados para que los resultados sean unos u otros (Pastor, 1987, p. 37): en principio, los impuestos y subsidios se colocan en primer lugar para la consecución de una sociedad más eficiente; más dificultoso resultaría la redistribución a través del recurso a las normas legales, sobre todo cuando sus efectos no se pueden alcanzar o, de ser así, su eficacia es limitada por adolecer de precisión y sistematicidad. Veamos y analicemos, pues, la redistribución de la renta merced a cada uno de estos mecanismos (sistema fiscal, sistema de normas jurídicas).

Por lo que se refiere a la redistribución de la renta mediante impuestos al consumo o a la renta (Mitchell Polinsky, 1985, pp. 123-125), es necesario minorar la eficiencia en las decisiones adoptadas sobre tales materias, reducción que ya constituye en sí misma una distorsión para lograr una redistribución de la renta. Lo mismo sería aplicable para el caso de redistribución de

la renta mediante un sistema de transferencias (Mitchell Polinsky, 1985, p. 125), en lugar de impuestos, dado que con ello se llega a distorsionar el precio de un producto o servicio.

En cuanto a si el recurso a las normas jurídicas es apropiado para redistribuir la renta, se ha de constatar que no siempre estas resultan idóneas para tal fin (un ejemplo patente lo tenemos en conflictos en sede contractual o de mercados, a diferencia de los casos de accidentes de automóvil, o de inmisiones y control de la contaminación, en sede extracontractual, Mitchell Polinsky (1985, pp. 129 y ss.). Así y todo, debemos afirmar que estamos en presencia de un instrumento redistributivo de la renta potencialmente efectivo, que dependerá del coste que represente su utilización en relación con el correlativo en impuestos o transferencias (Shavell, 2016, pp. 727 y ss.). Otra cuestión al hilo de lo anterior es si la redistribución de la renta mediante normas jurídicas puede lograrse de manera sistemática (Pastor, 1987, p. 37; Mitchell Polinsky, 1985, p. 130), habida cuenta de que todos los individuos que se hallan en un mismo nivel de renta no siempre se ven afectados por un conflicto de intereses, razón para sostener que el sistema jurídico carece de la efectividad y precisión del sistema tributario (Mitchell Polinsky, 1985, p. 131) en lo que a la redistribución de la renta concierne.

En todo caso, entramos en el terreno de la elección de normas jurídicas como mecanismo de redistribución con un mayor o menor costo (Mitchell Polinsky, 1985, pp. 19-23): o bien optamos por sacrificar eficiencia en aras de una distribución más justa de los recursos; o bien, por el contrario, preponderamos la eficiencia, aun a costa de la equidad. Vemos, pues, que ante el conflicto planteado surge la necesidad de determinar qué grado estamos dispuestos a aceptar de uno u otro ingrediente en el encaje que hay que delinear entre ambos. En la medida que queramos fomentar la equidad, por considerar que estamos ante un valor preeminente de la sociedad, deberemos sacrificar ciertas dosis de eficiencia.

En tal elección la racionalidad se erige como un valor destacable (Posner, 2007, pp. 45-48), a pesar de que no siempre los individuos actúan racionalmente, sobre todo si a menudo se presentan alejamientos sistemáticos de la realidad (Thaler, 1991) y deciden sin tomar en cuenta las decisiones de los demás, lo cual, evidentemente, no siempre se puede tomar como pauta de conducta<sup>4</sup>. Nuevamente el Derecho asume protagonismo, toda vez que en gran número de ocasiones este aborda lo que atañe al comportamiento estratégico del ser humano.

Esto nos lleva ineludiblemente a plantearnos si la eficiencia debe ser el único criterio a la hora de valorar las normas jurídicas o si, además, deberá tomarse en consideración también el de la equidad. La respuesta a tal planteamiento dependerá sobremanera del conflicto de intereses suscitado (Mitchell Polinsky, 1985, pp. 132, 133): si se trata de un conflicto emanado de una relación contractual, la eficiencia emerge como criterio único y exclusivo; de no ser así, puede potenciarse la distribución equitativa a través del sistema jurídico, aun cuando sea más factible su consecución, tal como hemos señalado, por medio de medidas fiscales o transferencias. Ante tal disyuntiva, pareciera que fuera la eficiencia el aspecto fundamental en la valoración de las normas jurídicas (Pastor, 1987, pp. 38-39). Ahora bien, dos cuestiones surgen claramente sobre el particular: por un lado, si son las normas jurídicas instrumentos impulsores de comportamientos eficientes, en la medida que incluyen al mismo tiempo decisiones proactivas y cautelosas (Domenech Pascual, 2014, p. 120); y, por otro, si, a su vez, las normas jurídicas atribuyen con eficiencia la situación de riesgo (Domenech Pascual, 2014, p. 119), más aún cuando el sistema jurídico no debe tener en cuenta en todo caso dicha asignación.

Así pues, en la medida que el sistema jurídico no puede cubrir, en general, todos los objetivos posibles, lo cual no sería en modo alguno un argumento para menoscabar la utilidad y precisión del AED, lo cierto es que la existencia del conflicto entre la eficiencia y la equidad dependerá, a la postre, de la existencia o no de un coste entre las consecuencias específicas de distribución en la búsqueda de eficiencia, y de lo que se entendería por distribución equitativa de la renta (Rubin, 1977, pp. 51-63; Miceli, 2009, pp. 157 y ss.), pues, de no mediar algún coste en dicha redistribución, se diluiría el problema por no poder apreciar conflicto de interés alguno. Ello, en suma, no hace sino empoderar la función del AED al permitir avanzar considerablemente en la conciliación de los distintos objetivos y tender a un equilibrio armónico entre los mismos.

Por supuesto que, si para superar este conflicto, el coste de transacción exigible entre las partes o intereses es cero, o tiende casi a cero, la consecución del resultado eficiente será mucho más fácil y viable de obtener, al margen incluso de los alegatos que se puedan esgrimir en defensa de dicho resultado y de la distribución de la renta que se establezca entre las partes involucradas, una vez adoptada la solución que fuere (Coase, 1981, pp. 245-274). No obstante, la realidad nos enseña a admitir que la situación de redistribución de la renta con coste cero (transacción con coste cero), más que una hipótesis viable, resulta casi una entelequia (Mitchell Polinsky, 1985, p. 24), por resultar onerosa, en general. Por ello, cuando los costes de transacción son positivos, la solución tenida por eficiente no podrá obtenerse independientemente de la norma jurídica elegida (Mitchell Polinsky, 1985, p. 25), razón por la cual y, dado que no es posible reducir en su totalidad los efectos de los costes de transacción, será más conveniente la norma jurídica que minimice cuanto más mejor las consecuencias de los referidos costes. Vemos, pues, que, a la hora de abordar problemas jurídicos, surgen distintos parámetros de transacción según las soluciones posibles, para que la adoptada, finalmente, resulte eficiente.

Otra cuestión relacionada con lo anterior es si es factible esgrimir el trasvase del AED efectuado en el terreno de las políticas públicas al ámbito jurídico del Derecho (Ibáñez Jiménez, 2011, p. 145), más aún si partimos del problema de la asignación de valores a los beneficios y las cargas que toda decisión traducida en una norma implica, un aspecto siempre imbuido de ciertas dosis de arbitrariedad. Incluso mucho más cuando hay bienes, aspectos o elementos que resultan de difícil valoración, al entrar en juego apreciaciones de corte subjetivo, lo cual sucede también en el plano jurídico (es el caso, por ejemplo, del valor sentimental que tiene la casa donde hemos nacido).

En el balance de costes y cargas entra en escena con fuerza cada vez más la función social de bienestar, también en lo que al Derecho respecta (Kaplow y Shavell, 2002, pp. 28 y ss.): una norma será tanto más eficiente cuanto más beneficio y utilidad social reporta en comparación con cualquier otra alternativa, dado el bienestar social que incorpora al tejido social. En todo caso, ponderar en exceso este cariz utilitarista de la eficiencia nos lleva a identificar eficiencia con justicia (González Amuchastegui, 1994, pp. 937-940) y posterga otros valores tan o más importantes que aquella, cuyo sumatorio conforma la organización social.

Por ello, la eficiencia no puede excluir otros valores, sino que ha de integrar al resto conforme a los criterios que rijan en cada momento en la sociedad (Pastor, 1989, p. 40), sin olvidar que una cosa son los valores individuales, subjetivos, y otra, muy diferente, los valores sociales, cuya consecución se erige en un referente en la optimización de recursos. Y es que la realización de uno o varios de los valores perseguidos por la sociedad acarrea inexorablemente el sacrificio de otros (previa elección, Posner, 2007, p. 37) y habrá que decidir si el sacrificio de alguno es menos grave que los logros y avances sociales que se obtienen mediante la puesta en práctica de otros, tomando para ello en cuenta el grado jerárquico axiológico del momento: en efecto, en esa jerarquización una solución será superior a otra cuando su rédito social y colectivo (Posner, 2007, p. 39) exceda claramente del que aporte cualquier otra solución alternativa (Pastor, 1989, p. 41), es decir, cuando maximice el conjunto de valores socialmente establecidos según la jerarquía establecida (igualdad, justicia, seguridad jurídica).

Aun así, siempre el aspecto más complejo en la aplicación del AED al ámbito jurídico radica en la cuantificación crematística de los costes y beneficios de los objetivos pretendidos, en cuyo proceso emerge el efecto riqueza, es decir, ¿cuánto está dispuesto a pagar el individuo por evitar la pérdida que potencialmente puede sufrir?, ¿con cuánto habría que compensarle para que tolere sufrir la pérdida? Entramos en el terreno de la arbitrariedad y de la subjetividad a la hora de su valoración y cuantificación.

Todo lo expuesto con anterioridad no hace sino corroborar la conexión existente en el orden social entre economía, política y derecho, dado que todo estudio de la sociedad que se precie debe articularse sobre el trípode compuesto por el momento económico de referencia, el momento político considerado y el momento cultural analizado (Ballesteros, 1986). En esa línea se proyectó la teoría económica constitucional (Buchanan, 1987, pp. 303 y ss.) que se decanta de manera casi unilateral y exclusiva por el papel relevante de la economía con una defensa a

ultranza del mercado hasta el punto de determinar el orden político y también al individuo en su concepción de *homo oeconomicus* (Buchanan, 1989, p. 71).

### III. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Aun cuando se tiende a considerar que la tríada representada por el estudio de Becker sobre la discriminación (Becker, 1957), la publicación del teorema de Coase en 1960 (Coase, 1981, pp. 245 y ss.), y la publicación del primer artículo doctrinal de Calabresi (Calabresi, 1961, pp. 499 y ss.) a propósito de la interpretación económica de la responsabilidad civil, constituyen el punto de partida o nacimiento del análisis económico del derecho desde un punto de vista académico, al pretender aplicar una interpretación economicista de las instituciones jurídicas, lo cierto es que el argumento basado en que muchos de los problemas jurídicos podían encontrar una solución a través de una perspectiva económica del derecho es muy anterior al triple hito al que se hace referencia.

Por ello, aunque se tiende a aceptar con carácter general que el AED surge en torno a la década de los años 60 del siglo XX, nos remontaremos a los precedentes más remotos sobre el particular, ya sean económicos, filosóficos, políticos, o sociológicos, de tal manera que podamos encontrar conexiones entre el movimiento aquí analizado y algunos de sus postulados o propuestas, aun cuando lo sea de manera tangencial o indirecta. Por su través, lograremos encontrar el preámbulo histórico necesario que nos permitirá desembocar finalmente en el alumbramiento oficial del movimiento aquí abordado.

#### 1. LOS ORÍGENES MÁS REMOTOS

Si hacemos una visión retrospectiva con miras a buscar los antecedentes más remotos del análisis económico del derecho tendremos que dirigir nuestros esfuerzos hasta los siglos XVII y XVIII, centurias en que surgen algunos personajes relevantes por lo que a nosotros nos interesa en los campos de la política, economía y filosofía, con puntos convergentes en todos ellos, no obstante también mostrar y reflejar algunas disensiones.

Concretamente nos referimos, por orden cronológico, a John Locke, padre del liberalismo político; Adam Smith, mentor del liberalismo económico; y, por fin, Jeremy Bentham, creador junto con John Stuart Mill del utilitarismo filosófico.

Como podemos comprobar en una primera aproximación todos ellos abordan temas interrelacionados, en los que política, economía y filosofía se entrecruzan y, tras superar el carácter estanco tradicional de tales ramas del saber, se proyectan en caminos paralelos y convergentes, al margen de la especificidad y entidad propia de cada uno de ellos en particular.

##### 1.1. La base política, John Locke

Dando por superado tanto el origen divino de los gobiernos y del poder político que sostuvo Filmer<sup>5</sup>, cuanto la justificación de todo gobierno en el uso de la fuerza y la violencia para afrontar el estado de naturaleza salvaje en el que se desenvuelve el ser humano (Hobbes, 2017); y habiendo sido criticados ambos aspectos por John Locke en su *Tratado 1.º sobre el Gobierno Civil*, considerado como «la primera exposición comprensiva de la filosofía liberal» (Russell, 1978, p. 222; Herrero, 2015, pp. 128 y ss.; Lassalle, 2003, pp. 223, 297, 298; Locke, 1990, pp. 12-13), surge una nueva concepción política plasmada en la continuación de la obra mencionada en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Locke, 1990).

Fruto de la impronta del individualismo, del racionalismo y del iusnaturalismo en su pensamiento, John Locke sostiene que el hombre goza de un remanso de paz en su estado de naturaleza social y asocial (Reale y Antiseri, 2010, p. 444; Herrero, 2015, pp. 46 y ss., 151; Locke, 2007, p. 6; Rodríguez Aranda, 1990, p. XV; Rodilla, 2014, pp. 159-170; MacPherson, 2005, pp. 234-

242). Sin embargo, ante la evidencia de algunas situaciones injustas generadas (Rodilla, 2014, p. 175), reconoce la necesidad de una sociedad civil (MacPherson, 2005, pp. 242-246) creada a partir de un consentimiento expreso y voluntario (Dunn, 1969, pp. 140-141; Herrero, 2015, pp. 164-165, 174-177; MacPherson, 2005, pp. 247-249; Rodilla, 2014, pp. 175 y ss.) orientado a la protección de la propiedad y de la integridad física de los individuos, siempre reafirmada sobre un poder político con derecho a legislar; a regular y proteger la propiedad, ampliamente considerada (vida, salud, libertad y bienes, Locke, 1990, pp. 9-11, 106-107, 155-156; MacPherson, 2005, pp. 193-198); a aumentar el poder coactivo en la ejecución de las leyes; a defender al Estado ante amenazas extranjeras; y, por fin, a lograr el bien público (Locke, 1990, p. 35). Así pues, la sociedad civil surge de la unidad y consenso de sus miembros, dando lugar a la creación de un estadio superior cual es la sociedad política como antídoto frente al conflicto, una vez que los hombres han decidido coaligarse para tal fin cediendo parte de su libertad (Lassalle, 2003, pp. 424 y ss.; Rodilla, 2014, pp. 170-174).

Partiendo de la atribución de unos derechos al hombre por el simple hecho de serlo, el Estado asume un protagonismo especial y relevante en la defensa de los derechos y libertades individuales, así como en la función de dirimir las controversias inevitables entre los individuos, dado que su poder no es absoluto ni omnímodo (Locke, 1990, pp. 37-40). Precisamente, al justificar el poder del Estado en la soberanía popular y la legalidad, se anticipa al futuro principio de la separación de poderes (Rodilla, 2014, p. 219), pues sostiene la necesaria distinción entre el poder ejecutivo (rey) y el legislativo (parlamento).

En efecto, para Locke, el estudio del hombre primitivo en su estado natural permite construir una teoría político-social, un estado de naturaleza que se halla presidido por los principios de plena libertad de los hombres, que no libertinaje, solo limitada por la ley moral; y de plena igualdad entre sus miembros (Herrero, 2015, pp. 157-159; Rodilla, 2014, pp. 160-161), que les dotará de los mismos derechos (Locke, *Primer Tratado* 4.42; *Segundo Tratado* 1990, 5.50-51): Sin embargo, la igualdad deviene en desigualdad y, en opinión de Locke, solo la caridad, de muy limitada acción por depender a la postre de la benevolencia humana (Locke, *Primer Tratado* n.º 4.42.), y, sobre todo, el ejercicio libre del comercio, por ser el mejor modo de distribuir la riqueza (Locke, 1999, p. 71), permitirían mitigar dicho desequilibrio en la sociedad.

La propiedad se sustenta en Locke tanto desde la razón natural, cuanto desde la revelación divina (Locke, 1990, pp. 55-56; Lassalle, 2003, pp. 317 y ss.; Rodilla, 2014, pp. 223-224), si bien llegue a distinguir entre propiedad común y privada (Locke, 1990, pp. 56-57; Herrero, 2015, pp. 199-201), siendo la base de esta última el derecho de autopreservación, por un lado, y el trabajo humano (Locke, 1990, pp. 61-62; Herrero, 2015, p. 201; MacPherson, 2005, p. 199; Rodilla, 2014, pp. 224, 225), por otro, elementos ambos que, en modo alguno, permitirían la apropiación exclusiva de la misma, salvo en la medida necesaria para vivir (Locke, 1990, pp. 62-64; Rodilla, 2014, pp. 228, 229) y hasta donde alcance el resultado del trabajo (Rodilla, 2014, pp. 229, 230).

Partiendo de que las primeras sociedades fueron las integradas por padres e hijos (familiar) y por amos y siervos (Locke, 1990, pp. 96, 101), Locke niega que estas formaran una verdadera sociedad política, la cual surge cuando cada uno de los miembros del estado de naturaleza renuncia a su poder natural para ponerlo a disposición de la comunidad (Locke, 1990, pp. 104-105), quien fungirá como una suerte de árbitro que decide en virtud de su autoridad conforme a las reglas establecidas y aceptadas por todos. Es decir, la sujeción al imperio de la ley dictada por el poder competente y la existencia de una autoridad judicial a la que recurrir para cumplir las leyes supone el tránsito del estado de naturaleza al de la sociedad civil, razones que desvirtúan la monarquía absoluta como forma de gobierno (Locke, 1990, pp. 105, 120-121), dado que en una sociedad civil nadie puede estar al margen del imperio de la ley.

Dada la libertad que preside el estado de naturaleza, es preciso un acuerdo entre los hombres para vivir en sociedad (Locke, 1990, pp. 111-114; Rodilla, 2014, pp. 176-178) renunciando a sus intereses individuales para lograr la consecución de los intereses mayoritarios de la comunidad (Rodilla, 2014, p. 176).

La renuncia al estado de naturaleza en libertad del hombre para constituir la sociedad civil solo

puede justificarse en la preservación de su vida, libertad y hacienda (todo ello es englobado por Locke en la noción de propiedad, Locke, 1990, p. 134; MacPherson, 2005, 196 y ss.), puesto que el estado de naturaleza no lo garantiza en la medida que, aunque cuenta con el poder de preservación a través de leyes y castigos, adolece, sin embargo, de leyes consensuadas, jueces imparciales que las apliquen y poderes que las ejecuten (Locke, 1990, p. 134).

De ahí que, a partir de una descripción de los distintos tipos de Estado (democracia, oligarquía, monarquía en sus distintas modalidades, hereditaria y electiva, Locke, 1990, pp. 138-139), Locke desliga la noción de Estado de cualquier forma de gobierno para asentarla en la de una comunidad independiente (*civitas, Commonwealth, city, community*, Locke, 1990, p. 139), sobre la base de una separación de los poderes legislativo y ejecutivo, a los que se suma el federativo (Locke, 1990, pp. 150-153; Lassalle, 2003, pp. 441, 442), constituyendo el verdadero centro neurálgico del Estado el poder legislativo, un poder supremo (Locke, 1990, p. 155), inalterable, intransferible y sagrado, cuyas características principales son la limitación de su ámbito a la preservación de la propiedad, concebida en términos amplios, y la necesidad del auxilio de los jueces autorizados para aplicar la ley. Las leyes que dicte este poder supremo deberán ser iguales y estar orientadas al logro del bien del pueblo (Locke, 1990, p. 149).

En todo caso y para concluir, a pesar de la primacía del poder legislativo, Locke opina que no deja de ser un poder fiduciario en manos del pueblo, quien puede decidir su suerte y recuperar el poder supremo para sobrevivir y autopreservarse. Frente al inmovilismo legislativo, Locke aboga por la sustitución de las leyes y de los legisladores siempre que resulte provechoso para la sociedad y el pueblo, todo ello en virtud del principio «*salus populi suprema lex* » (Locke, 1990, pp. 162-163).

## 1.2. El liberalismo económico, Adam Smith

De la misma manera que John Locke es considerado el padre político del liberalismo, en el ámbito económico liberal ese mérito se atribuye a la obra de Adam Smith, verdadero precursor en la consideración científica, sistemática y cosmopolita de la economía (Smith, 1958), más concretamente del sistema capitalista (Mantoux, 1929), al sostener la necesaria destrucción del obsoleto mundo y vaticinar la llegada de un nuevo orden económico basado en la relación existente entre el precio o valor de un producto y su distribución o adjudicación, razón por la cual llegó a erigirse en verdadero profeta y en el genuino guía-orientador de la estructura moderna de la economía política (Kenneth Galbraith, 2003, p. 72).

En su virtud, Smith empodera el papel de la libertad individual del ser humano y resalta el papel secundario que, en consecuencia, debe asumir el Estado (*laissez faire, laissez passer*), reducido a la gestión de la defensa común, la administración de la justicia y la construcción de las obras públicas necesarias (Barber, 1971, p. 54). En su afán de justificar el liberalismo económico pone énfasis en el interés individual de obtener algún provecho (*animus lucri*) como eje y motor de la actuación humana guiada en tal cometido por una mano invisible que gesta un orden natural en la sociedad (Barber, 1971, p. 28); en la necesidad de conciliar la suma de intereses individuales en la consecución del bien común (egoísmo benéfico), en la medida que la obtención privada y competitiva del interés individual constituye, en su opinión, la fuente de producción del mayor bien común posible (Kenneth Galbraith, 2003, p. 77); y, por fin, en la conveniencia de que el proceso económico siga su curso y ritmo a través de la libertad de comercio interior e internacional y la defensa de la competencia entre las sociedades capitalistas como garante del mejor funcionamiento de la economía (Barber, 1971, p. 54), solo limitados ambos principios en el ámbito de las industrias esenciales para la defensa y como medida de represalia ante los tratos abusivos recibidos por un país en el extranjero.

En la medida que A. Smith enfoca la idea del hombre en relación con el resto de los miembros del cuerpo social, se adhiere a la concepción utilitarista de las cosas: cuanto más placer o conveniencia aporta un objeto, más útil se presenta para la sociedad.

Puesto que la base de la riqueza es el trabajo individual, se logrará la consecución del interés

colectivo mediante la debida división y distribución del trabajo, de tal manera que es preciso para tal logro tanto la destreza individual, cuanto el ahorro de tiempo, sobre todo con la mecanización (Kenneth Galbraith, 2003, pp. 82-83; Barber, 1971, pp. 30 y ss.). Y es que la consideración del hombre como un ser social implica que el individuo precisa de la colaboración de todo el entramado social; así pues, el individuo, una vez satisfechas sus necesidades, crea un excedente que pone al servicio de la sociedad para poder obtener de ella lo que a su vez precisa. De ahí que, con arreglo a los postulados de Smith, cuando el individuo atiende y satisface su propio interés, de manera indirecta está impulsando la satisfacción del interés de los demás.

En cuanto a la sistematización de sus conocimientos económicos como factor decisivo en la construcción de una ciencia de la economía (Barber, 1971, pp. 55-56), Smith parte del individualismo posesivo en el que el hombre es reputado como un propietario absoluto de sus bienes, un sistema que goza ya de por sí de una armonía y equilibrio previos mediante la libre concurrencia a partir de la existencia de capitales obtenidos del ahorro, sin que sea necesario por ello la intervención estatal a tal fin, pues, de producirse cualquier género de intervención, se resquebrajaría el equilibrio alcanzado –orden natural–.

A mayor abundamiento, Smith trataría de contrarrestar los desajustes del sistema justificando la pobreza de los desposeídos sobre la base de los designios de la Providencia y la virtud de la resignación protestante y presbiteriana, atribuyendo de manera algo ilusoria a los beneficios del crecimiento la difícil misión de distribuir la renta entre todas las clases sociales (Barber, 1971, pp. 42 y ss.), poniendo en evidencia con ello la quiebra entre lo económico y lo social, un argumento que, como sabemos, se pone de manifiesto en la actualidad a la hora de criticar y desdeñar cualquier intento de aproximación a las políticas neoliberales, por apuntar hacia la marginación y discriminación (Wood, 1984), una vez que el Estado del bienestar se ha consolidado actualmente en la conciencia ciudadana y, basado en la tendencia a la igualdad y la lucha contra la desigualdad, se abandera como un modelo recomendable de organización.

Para tratar de justificar su visión económica de la sociedad, Smith, de forma original y novedosa para el momento, entronca la economía con el campo de los sentimientos morales (Barber, 1971, pp. 28-29), construyendo un ideario filosófico y político del liberalismo económico, poniendo en valor entre otros aspectos la noción de «simpatía» (Smith en Raphael, y MacFie, 1976)<sup>6</sup>, un sentimiento humano en torno a cualquier pasión, bajo una concepción mixta, económico-filosófica, que apunta al interés propio junto con la relación existente entre el individuo y el resto de los que conforman la sociedad, sustentada en la idea de reciprocidad: el respeto hacia los demás se justifica en función de lo que uno puede recibir del otro, razón por la cual el interés individual emerge en toda su virtualidad como expresión del individualismo posesivo, ya referido.

En su virtud y en teoría, la igualdad queda engullida y diluida en las redes de la libertad, por ser este un valor superior respecto a aquella, no obstante resulte más que cuestionable el hecho de que pueda esgrimirse la libertad como bien supremo cuando las necesidades básicas y mínimas que requiere todo ser humano, por el hecho de serlo, resultan insatisfechas; y es aquí, precisamente, donde radica el verdadero talón de Aquiles de sus postulados: ¿es posible invocar y colocar en preferente sitial el valor de la libertad cuando se llega a carecer del mínimo indispensable sobre el que poder aplicarla?

Otro sentimiento moral nada desdeñable y digno de ser tenido en cuenta al abordar el ideario del padre del liberalismo económico es el relativo a la benevolencia o bondad, una virtud de ejercicio libre e hipotéticamente recíproca a expensas de las necesidades del momento. En este sentido, la justicia se eleva a la categoría de virtud social por antonomasia, lo que exige su imposición, de ser necesario, por la vía de la fuerza mediante la aplicación de una pena cuando la libre voluntad del individuo la ignora o la conculca, dado el daño infligido al resto. Aun así, la utilidad social se define y determina en función de la utilidad individual y, por ende, el individuo se encarama en lo más alto dentro del orden antropológico (MacPherson, 2005, pp. 14, 263).

En todo caso, para algunos (Gray, 1948, p. 128; Kenneth Galbraith, 2003, p. 80), el hecho de que la teoría económica de Smith se haya desligado por completo de una visión sobre el hombre y los

valores humanos representaría una de las razones de peso por las que su pensamiento económico ha sido contestado y cuestionado.

A modo de colofón, concluimos que difícilmente se pueden encajar hoy día los postulados de A. Smith en estado puro de no realizarse los reajustes oportunos. Sin embargo, la consecución del máximo bienestar como criterio prioritario y anhelado constituye una máxima liberal a la que nos podemos adscribir sin tapujos en la actualidad, si bien es cierto que tal *desideratum* no puede lograrse a cualquier precio y, mucho menos, a través del estímulo del beneficio individual en detrimento del bien común.

### 1.3. El utilitarismo filosófico, Jeremy Bentham

Si J. Locke es el padre político del liberalismo y A. Smith el padre económico, J. Bentham se erige en el verdadero estandarte y abanderado filosófico del movimiento (Bentham, 1965). En efecto, su aporte se enmarca en el estudio de la conducta humana desde una visión propiamente utilitarista más allá del análisis del comportamiento humano y del mercado abordada por A. Smith. En la medida que el utilitarismo cobra nuevos bríos en nuestro tiempo nos puede servir en la comprensión y asunción del análisis económico en la actualidad.

En palabras de Bentham la causa determinante de toda actuación humana, no solo en el plano individual, sino también en el social, es el interés (Bentham, 1965, pp. 3-8), esto es, la expectativa de obtener un placer o un dolor (Bentham, 1965, p. 5). De ahí la mayor justificación en el ser humano de la búsqueda del interés propio que la práctica del altruismo, incluso en la actividad colectiva o social (Bentham, 1965, p. 10), desmontando con ello iconos bien sugestivos como pauta de conducta política (el interés del pueblo o los intereses supraindividuales), conducta que desmitifica y desviste su aureola de prestación de un servicio para encajar más bien como un instrumento de reafirmación, control y poder (Bentham, 1965, p. 9). Todo ello sin dejar de reconocer, en su opinión, que las expresiones de abnegación o filantropía que la historia nos proporciona son, en puridad, hechos aislados (Bentham, 1965, p. 12), puesto que la actitud de desprendimiento en contraste con la de autoestima ha sido residual, un argumento y premisa que mueve sin subterfugios a Bentham a afirmar que no se puede construir el sistema económico sobre una base distinta (Bentham, 1965, p. 6).

Por su través, Bentham nos presenta una idea unitaria del hombre, la sociedad y el sistema económico, sustentada en el egoísmo humano como línea de actuación (Bentham, 1965, pp. 13-14), toda vez que el plano de la solidaridad y el altruismo se asientan más en un plano utópico y de entelequia. Está tan sumida la visión humana y social del ingrediente económico en Bentham que el interés pecuniario (Bentham, 1965, pp. 14 y ss.) se erige en el sensor y unidad de medida de todas las pasiones.

A partir de estos postulados se diseña una sociedad claramente desigual, donde la igualdad se mide a través de variables como la seguridad, subsistencia y abundancia, verdaderos parámetros de felicidad o utilidad (Bentham, 1965, pp. 21-23). Por ello, la igualdad así entendida es una ficción para Bentham, más aún cuando no resulta medible.

Aun así, con cierta apariencia de contradicción y tomando un mero alegato aritmético de utilidad, Bentham repotencia el interés social en detrimento del individual para justificar el castigo al delincuente, por representar un sacrificio de la felicidad individual del delincuente que permite lograr con creces la máxima felicidad del mayor número de miembros del cuerpo social (Bentham, 1965, pp. 18-19), con lo cual, de alguna manera, se reconoce la existencia de un bien social.

Difícilmente, pues, se puede desgajar en el pensamiento de Bentham su visión económica y humana (Stark, 1965, pp. IX-X): tanto el egoísmo, como la utilidad son expresiones de la conducta humana, incluida su vertiente económica, omnipresente y relevante en el comportamiento humano.

A pesar del corte netamente económico de las ideas de Bentham, subyace un trasfondo más bien

filosófico que asocia el arte y la ciencia de forma inseparable en el orden social con base en los principios de seguridad, conservación y subsistencia; máxima abundancia; y mínima desigualdad (Bentham, 1965, pp. 169-171). Sobre estos soportes el legislador debería buscar la máxima felicidad para el mayor número de miembros de la comunidad y, en tal afán, economía, legislación y filosofía se entrecruzan en torno al análisis de la incidencia de los principios de la abundancia, subsistencia e igualdad en cada una de sus respectivas visiones, lo que no es otra cosa que estudiar la aplicación del principio supremo de la utilidad, puesto que «el legislador deberá dar preferencia a los intereses que promueven, en grado máximo, la felicidad para el mayor número de personas» (Bentham, 1965, p. 172).

Destaca en Bentham la importancia concedida a la riqueza (Bentham, 1965, pp. 353 y ss.), cuyo aumento depende del capital, si es mayor o menor, y del uso ventajoso que se haga de él. El grado de participación de los trabajadores en la empresa influye sobremanera en la mejora del capital y, por ende, de la riqueza. A tal fin, se debe contar con alicientes, ya sean imposiciones o prohibiciones, o bien estímulos directos o indirectos para los que participan en la actividad económica (Bentham, 1965, pp. 38-39). Aun así y, a diferencia de Smith, Bentham limita los objetivos en función y hasta el límite del capital, a pesar de que se tienda a presentar algún tipo de conformidad entre ambos en lo concerniente a la defensa de la libertad individual y social (Bentham en AA.VV., 1974; Bentham, 1965, pp. 39-42): una medida será más o menos adecuada según permita o no incrementar el capital y la riqueza, hasta el punto de que ninguna medida adoptada puede considerarse de manera aislada o autónoma, sino que viene determinada por los objetivos principales de la sociedad, entre los que destacan el aumento de la riqueza y del capital, en cuya consecución la libertad de comercio aparece como ingrediente ineludible.

De tal manera la felicidad está tan ligada a la riqueza para Bentham que, en su opinión, toda acción de buen gobierno se relaciona con la economía, más incluso que con la política (Bentham, 1965, pp. 255 y ss.), con lo que se pone en evidencia la estrecha implicación entre política y economía, que se torna inseparable (Bentham, 1965, pp. 2 y ss.), en la medida que ambos terrenos resultan imprescindibles en la consecución de la felicidad, fin supremo por excelencia, al que quedan relegados los otros (subsistencia, seguridad, opulencia e igualdad), que son verdaderos baluartes en la defensa de la riqueza (Bentham, 1965, pp. 258-259). Por ello, aun considerando que el ideal vendría representado por la consecución de los fines sin la intervención del legislador, esta se configura en muchas ocasiones como un mal necesario (Bentham, 1965, p. 260), lo que, en palabras de Bentham, por muy necesaria que sea, no por ello deja de ser un mal, en una clara apuesta por la defensa de la libertad individual a ultranza.

Bentham supera, así, la concepción de Smith al añadir a la visión científica de la economía, que queda relegada, un plano más orientado al arte (Bentham, 1965, pp. 269 y ss.) consistente en la libertad de los individuos en sus actuaciones sin la intervención del gobierno en la búsqueda última del bienestar. De ahí que, a su juicio (Bentham, 1965, p. 270), la causa final de la riqueza es el bienestar, (el interés del pueblo o los intereses supraindividuales), la subordinación al bienestar es la causa material, y la causa eficiente lo es el movimiento. Todo ello bajo la regla general según la cual el Gobierno, por ser innecesario y nocivo, no debe actuar en el incremento de la riqueza nacional, en clara aplicación del principio «*laissez faire, laissez passer*», a menos que medie una razón especial, como puede ser la necesidad de reglar los esfuerzos individuales para el logro del aumento de la riqueza (Bentham, 1965, pp. 277 y ss.).

Por su conexión y controversia en el marco del AED al cuestionarse si la riqueza es o no un valor en sí mismo (Dworkin, 1980, pp. 191-226), destaca la visión presentada por Bentham en torno a los conceptos económicos de riqueza y valor, términos que se complementan y exigen, pues un objeto constituye una riqueza si cuenta con un valor, es decir, si aporta utilidad, de tal manera que la utilidad se erige en centro de referencia, tanto desde el punto de vista de la conducta moral, cuanto de la sociedad en su conjunto (Bentham, 1965, pp. 90 y ss.), toda vez que las cuestiones económicas no se pueden analizar de manera separada, sino que han de serlo dentro de una comunidad específica, tomando en consideración su historia político-económica.

Así pues, aun cuando las propuestas de Smith y Bentham no son totalmente coincidentes, lo cierto es que la teoría del bienestar y la del utilitarismo encajan sin muchas estridencias

(Hardin, 1988), con incidencia especial en lo que al AED se refiere: en efecto, para ambas el motor de la vida individual y social son los sentimientos y las preferencias humanas; además, mediante la conexión de la economía y la filosofía se permite explicar conceptos tales como la subsistencia, abundancia e igualdad a partir de la noción de libertad individual; e, incluso, la interrelación entre utilidad, riqueza y valor nos asoma y acerca, aunque sin aportar soluciones al respecto, al problema de las políticas sociales.

Por ello, con base en lo afirmado, pudiera detectarse una suerte de líneas convergentes entre ambos autores que apuntalan las bases de lo que será el sistema capitalista. Entre ellas podríamos destacar preferentemente las que siguen a continuación (Durán y Laguna, 1992, pp. 62-63): el principio del afán de lucro como motor psicológico del hombre señalado por Smith encuentra su recepción en la definición aportada por Bentham del *homo oeconomicus*; la invocación de una mano invisible, que justificaría un orden universal difuso, sirve a Adam Smith para explicar el engranaje de los intereses individuales en la vertebración del orden social, una idea que será retomada posteriormente por J. Bentham a partir de los ingredientes de la utilidad, la abundancia y la igualdad; por lo que a la actuación del gobierno se refiere en torno a la relación de los individuos y la sociedad, la no intervención del poder ejecutivo para asegurar la libertad en el proceso de creación del cuerpo social constituye nuevamente un punto de encuentro, ya traducido en el fomento de la libertad de comercio, para Smith, ya en la inacción a la que debe ajustarse el gobierno, en opinión de Bentham.

#### 1.4. Siguiendo las huellas: Beccaria, Marx, Wagner, Weber, Commons

Beccaria (1738-1794) en su famosa obra *De los delitos y las penas* (Repositorio Institucional de la Universidad Carlos III) realiza un estudio de los delitos y las penas bajo una perspectiva innovadora en su época, pues trata el delito y el delincuente desde un punto de vista economicista según el daño y el provecho que acarrearán a la sociedad, denostando incluso de algunas falsas ideas sobre la utilidad (apartados *De la tranquilidad pública* n.º 11, p. 32 y *Falsas ideas de utilidad* n.º 40, p. 80, respectivamente). Es decir, con arreglo a esa óptica, los problemas jurídicos, en este caso los penales, se abordan y analizan también según pautas y coordenadas económicas. En nuestros días muchas de las leyes penales y de las políticas criminales toman en consideración, junto a otros factores, sus repercusiones económicas, lo cual pone en evidencia y corrobora que el derecho penal (Posner, 2007, pp. 343 y ss.; Shavell, 2016, pp. 527 y ss.) constituye una de las aristas del crisol temático que aborda el AED.

La conexión del AED con el marxismo (K. Marx 1818-1883) estriba en el criterio según el cual las fuerzas productivas son determinantes en la configuración del Estado y del Derecho (Atienza, 2012, p. 149).

En efecto, el marxismo centra su exposición en la lógica del desarrollo social y en el modo productivo para comprender la sociedad (primitiva, feudal, capitalista, Marx y Engels, 1977, pp. 23 y ss.) siendo la sociedad comunista la panacea mediante la superación del capitalismo, tras la desaparición de las clases sociales y, con ello, del conflicto social (Marx y Engels, 1977, p. 46), signo distintivo y característico de algunos tipos de sociedades (Marx y Engels, 1977, pp. 37 y ss.). De ahí que el Derecho, para los marxistas (Atienza, 2012, pp. 174-175), se identifique con las relaciones sociales o las formas que revisten determinadas relaciones sociales y, por tal razón, asuma una clara función de dominación, en la medida que el Estado se sirve de él para asegurar el poder de una clase social, la dominante, de manera desigual y en su propio beneficio, no obstante presentarse bajo el barniz de una pátina de libertad e igualdad.

En tal contexto, el Estado (representado por lo público y los intereses generales) viene determinado por la sociedad civil, esto es, las relaciones de producción, de tal manera que, lejos de resolver los conflictos de la sociedad capitalista, los disfraza y legitima en el marco de la sociedad civil (Marx y Engels, 1977, p. 46), lo que dificultaría, según el pensamiento marxista (Ureña, 1977, pp. 50 y ss.), la consecución de la justicia en una sociedad burguesa representativa del sistema capitalista.

Dependerá de la versión del marxismo que tomemos en consideración para que las consecuencias sean unas u otras con relación a sus postulados (Atienza, 2012, pp. 312 y ss.): en efecto, una versión radical nos conduce al Derecho como instrumento protector de la clase dominante, frente a una visión más atenuada en la que la desigualdad propugnada por el Derecho puede corregirse a través de un mejor trato a los desfavorecidos; a su vez, en su óptica más extrema el Derecho burgués y capitalista es primordialmente privado, incompatible con la emancipación del individuo, e incapaz por sí solo de transformar la sociedad sin ayuda del componente político, en tanto que, en un tono más moderado, el Derecho se presenta más bien como un fenómeno socio-histórico que solo puede ser verdaderamente entendido si se aborda desde el plano histórico.

Más concretamente, por lo que a nosotros nos interesa, una posición frontal en cuanto al carácter subordinado del Derecho respecto al contexto social nos conduce inexorablemente al tinte economicista que aporta el marxismo en muchos aspectos jurídicos y la consiguiente determinación del Derecho por la economía (Marx, 1968, pp. 73 y ss.), hasta el punto de que, si lo llevamos hasta el extremo, el Derecho quedaría reducido a términos económicos<sup>7</sup>.

En un plano ideológico, una versión radical imprime al Derecho la imagen de una máscara que encubre la lucha de clases y el dominio de una sobre otra, en tanto que, desde una perspectiva más flexible, si bien el Derecho no es exclusivamente ideología, lo cierto es que muchas instituciones jurídicas (Marx y Engels, 1977, pp. 38 y ss.) llevan incorporados matices ideológicos bien significativos (el contrato, el salario, la herencia, o la propiedad, serían ejemplos de lo planteado).

Incluso, de seguir la afirmación en cuya virtud el Derecho carece de autonomía y disfraza la realidad, se torna poco recomendable la construcción de una ciencia jurídica (Novoa Monreal, 2002, pp. 241 y ss.), dada la escasa importancia que asume su ámbito interno, quedando reducido el análisis al orden meramente externo, tal como sucede, por ejemplo, con la historia del derecho o, incluso, con la sociología jurídica.

Por su parte, interés especial despierta la obra de Adolph Wagner (1835-1917) (Jaén García, 2001, pp. 1-12), padre del socialismo de Estado, quien detectó la conexión que existe entre la variación de las necesidades económicas y el Derecho, hasta el punto de afirmar que el ordenamiento jurídico evoluciona con la economía. Por ello, a través del Derecho propone lograr la distribución más satisfactoria de los recursos, uno de los pilares sobre los que se asienta toda teoría económica, y en tal cometido el Estado asume un protagonismo especial (Wagner, 1967, pp. 1-8), dada la progresiva y creciente sustitución con fines tuitivos de la actividad privada por la pública, la necesidad de garantizar el Estado del bienestar, así como la conveniencia de eliminar monopolios en manos privadas mediante la intervención estatal, por ser el único ente que puede asumir la inversión necesaria en el progreso tecnológico para aumentar la producción.

Del mismo modo se observa la conexión con la obra de Max Weber (1864-1920), padre de la sociología moderna, al entender que las normas generales y abstractas contemplan y reflejan en su regulación la calculabilidad y previsibilidad de las conductas humanas (Atienza, 2012, p. 150). En su virtud, la norma jurídica, exponente del orden frente a la idea del caos, permite al individuo asegurar sus intereses y será, precisamente, la probabilidad calculable de conservar dichos bienes económicos, o simplemente, de ser el caso, la facultad de disposición sobre ellos mediante la aplicación de instrumentos coactivos (Weber, 1984, pp. 253-254), lo que justificará el sometimiento a la norma jurídica por parte del individuo, ya por pacto, ya por otorgamiento y sometimiento (Weber, 1984, p. 40).

Solo así el capitalismo podría funcionar, mediante normas generales y abstractas previamente establecidas que son aplicadas por los jueces (Weber, 1984, p. 257) en los casos concretos que se plantean en la práctica.

A mayor abundamiento, Max Weber defiende la progresiva racionalización del Derecho (Weber, 1984, pp. 251-252, 648 y ss.), además de la conexión estrecha que media entre el sistema

económico capitalista, la noción del Estado moderno y la perspectiva de un Derecho calculable según reglas racionales, hasta el punto de que la garantía jurídica se halla al servicio de los intereses económicos (Weber, 1984, pp. 270, 272). A su vez, deslinda claramente el terreno de la política y de la ciencia (Weber, 1998), toda vez que, mientras que la primera determina los fines a los que debe tender la sociedad, la segunda establece los medios más adecuados para la consecución de tales fines.

De ahí que, bajo esos criterios, deba ponerse en consideración la necesaria delimitación entre los conceptos de ciencia jurídica, cuyo objeto de estudio y análisis es el contenido de las normas jurídicas y, por otro lado, la sociología jurídica (Weber, 1984, pp. 12 y ss.), más centrada en la profundización de los comportamientos humanos de un grupo social determinado en relación con las normas jurídicas que se encuentran vigentes en ese grupo. Vemos, pues, aquí la conexión existente con aspectos tales como el valor y la eficiencia, verdaderos indicadores y estándares del AED.

Con un marcado talante progresista para la época, J.R. Commons (1862-1945) defendió en su feudo de la Universidad de Wisconsin la idea según la cual la economía industrial precisa de la intervención estatal para su mejor funcionamiento y el logro de la justicia social (Landreth y Colander, 2006, pp. 343 y ss.). Este enfoque heterodoxo de la economía encontró pronto eco en otras Universidades (Texas y Maryland) y aboga por un análisis integral de los problemas económicos junto a las ciencias sociales, la historia y el derecho, sobre el entendido de que la actividad económica no es siempre individual ni debe considerar al hombre como un ser aislado (Commons, 1934, p. 73), sino que tiene vocación grupal, vive y se desarrolla en sociedad, razón de más para que el Estado intervenga en aspectos tan cruciales y foco de conflictos como el trabajo, la gestión y prestación de los servicios públicos (educación, sanidad, transporte, seguridad), la protección de los más desfavorecidos y el acometimiento de las reformas sociales más urgentes. Así pues, por lo que a la conexión derecho-economía se refiere, las leyes constituyen en el pensamiento de Commons (Liebhafsky, 1976, pp. 751-764) la garantía necesaria para que el mercado afronte el intercambio de bienes y servicios ante una realidad económica presidida por la incertidumbre continua y la escasez, por limitados, de los recursos.

No es de extrañar que con estos antecedentes Commons haya sido considerado como el autor intelectual, por lo menos en su fase embrionaria, de la futura concepción del Estado del bienestar (Boulding, 1957, p. 7).

Otros episodios posteriores, que serán objeto de tratamiento en una próxima entrega, nos conducirán desde los primeros escauceos del AED (visión paternalista y tuitiva del Estado; aporte realizado por la Escuela de Lausana, principalmente con Walras y Pareto, en su consideración de la economía como ciencia; el fenómeno de la racionalización de la economía; así como el ideario de J. Buchanan, para quien el economista siempre toma en consideración las elecciones del individuo), hasta el AED de nuestros días, cuyo recorrido sigue una serie de etapas bien definidas: la irrupción en escena de G. Becker, representante del viejo AED; el período de tránsito hacia el nuevo AED (Coase y su teorema); y, por fin, el zénit del movimiento mediante su desmembración en dos ramas, la normativa, liberal, menos radical, que justifica las decisiones jurídicas en función del mercado (encabezada por Calabresi), y la positiva, también liberal, pero mucho más radical, que parte de una concepción racional del ser humano y trata de optimizar su comportamiento mediante la maximización de los provechos y la minimización de las pérdidas (identificada con la figura de Posner).

#### IV. CONCLUSIONES

1. La propuesta de que el Derecho estudia los hechos económicos ha sido superada, hasta poder afirmar que cualquier intento de conocer, interpretar y valorar los hechos jurídicos precisará de una óptica económica. Bajo estos parámetros surge, a partir de la década de los 60 (siglo XX), la concepción denominada análisis económico del derecho (AED), que aplica técnicas y principios económicos al estudio de los problemas jurídicos.

Somos testigos del proceso de universalización y penetración, tanto de la economía como del método económico, en las numerosas esferas del comportamiento humano, con unas premisas elementales e indiscutibles: la existencia de recursos escasos y limitados; amén de la necesidad de maximizar los resultados. Es evidente la conexión existente en el orden social entre economía, política y derecho y, en esa línea, se constata el papel relevante de la economía y del mercado, hasta el punto de determinar el orden político, y al individuo en su concepción de *homo oeconomicus*. Esta imbricación entre el derecho y la economía arroja gran interés en la medida que el sistema jurídico tiene la capacidad de alentar o desalentar el comportamiento humano.

2. En cuanto a si el recurso a las normas jurídicas resulta apropiado en la redistribución de la renta, estamos ante un instrumento de gran potencial, cuya efectividad dependerá del coste de su utilización en relación con el coste correlativo en impuestos o transferencias. Entramos con ello en el terreno de la elección de normas jurídicas como mecanismo de redistribución de la riqueza: o bien optamos por sacrificar eficiencia en aras de una distribución más justa de los recursos; o bien, por el contrario, preponderamos la eficiencia, aun a costa de la equidad. En tal elección la racionalidad se erige en un valor destacable y es ahí donde nuevamente el Derecho asume protagonismo, toda vez que, a menudo, aborda el comportamiento estratégico del ser humano, lo que lleva a plantearnos si la eficiencia debe ser el único criterio de valoración de las normas jurídicas o si, además, deberá tomar en cuenta como factor correctivo el de la equidad.

3. Si realizamos una visión retrospectiva para explorar los antecedentes más remotos del AED nos remontamos a los siglos XVII y XVIII, lo que nos permitirá encontrar ya algunas conexiones y atisbos con el AED a través de figuras históricas tan relevantes como John Locke, padre del liberalismo político; Adam Smith, mentor del liberalismo económico; y, por fin, Jeremy Bentham, creador junto con John Stuart Mill del utilitarismo filosófico.

Algunos esbozos posteriores los encontramos también en Beccaría, el marxismo, o bien en economistas y sociólogos de la talla de Wagner, Weber y Commons, que constituirán el preámbulo de otros episodios posteriores que nos conducirán hacia el tránsito que discurre entre el viejo y el nuevo AED, un periodo que será objeto de análisis detallado en una próxima entrega.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (1983). *Law and economics in an activist state*. Working paper # 2. Center for Law and Economic studies. New York: Columbia Law School.

Akerlof, G.A. y Shiller, R.J. (2009). *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton, NJ.: Princeton University Press.

Arruñada Sánchez, B. (2007). El imperativo de eficacia en la formalización de *empresas*. *CGC*, 1 (1), 106-115.

Arruñada Sánchez, B. (1988). Un análisis económico de la regulación de la sociedad anónima en España. *Anales de estudios económicos y empresariales*, 3, 191-224.

Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Atienza, M. (1989). Sociología Jurídica y ciencia de la legislación. En Bergalli, R. (coord.), *El Derecho y sus realidades Investigación y enseñanza de la sociología jurídica* (pp. 41-70). Barcelona: PPU.

Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, 6, 385-404.

Backhouse, E. y Medema, S.G. (2009). Retrospectives: On the Definition of Economics. *Journal of Economic Perspectives*, 23, 221-233.

- Ballesteros, J. (1986). *Sobre el sentido del Derecho: Introducción a la Filosofía jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Barber, W.J. (1971). *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Alianza Editorial.
- Becker, G. (1957). *The economics of discrimination*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Becker, G. (1978). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Becker, G. (1980). El enfoque económico del comportamiento humano. *Información Comercial Española*, 557, 11-18.
- Bentham, J. (1965). *Escritos económicos* (Selección y prólogo Stark, W). México: Fondo de Cultura Económica.
- Bentham, J. (1974). Plan for a universal and perpetual peace. En AA.VV., *Peace projects of the eighteenth century*. New York: Garland Publishing Inc.
- Bernard Mainar, ER. (2006). *Derecho civil patrimonial Obligaciones*. Tomo II. Caracas: FCJP, UCV.
- Boulding, K. (1957). A New Look at Institutionalism. *American Economic Review*, 48 (mayo), 1-12.
- Buchanan, J. (1987). La constitución de la política económica. *Papeles de Economía Española*, 30-31.
- Buchanan, J. (1989). *Essays on the political theory*. Honolulu: University of Hawaii Press.
- Calabresi, G. (1961). Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, 70 (4), 499-553. Obtenido de [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers) (consultado con fecha 21/02/2018); su traducción al castellano en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15319/15780> (consultado con fecha 21/02/2018).
- Calsamiglia, S. (1987). Eficiencia y Derecho. *Doxa*, 4, 267-288.
- Coase, R.H. (1978). Economics and Contiguous Disciplines. *J Leg. Stud.*, 7 (2), 201-211.
- Coase, R.H. (1981). El problema del coste social. *Hacienda Pública Española*, 68, 245-274. Disponible en [http://www.ebour.com.ar/ensayos\\_meyde/Coase%20-%20El%20problema%20del%20coste%20social%202011.pdf](http://www.ebour.com.ar/ensayos_meyde/Coase%20-%20El%20problema%20del%20coste%20social%202011.pdf) (consultado con fecha 20/02/2018).
- Davis, O.A. y Whinston, A. (1965). Welfare Economics and the Theory of Second Best. *Review of Economic Studies*, 32, 1-14.
- Davis, O.A. y Whinston, A. (1967). Piecemeal Policy in the Theory of Second Best. *Review of Economic Studies*, 34, 323-331.
- Doménech Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho. *Revista de Administración Pública*, 195, 99-133.
- Dunn, J. (1969). *The Political Trough of John Locke. An Historical Account*. Londres: Cambridge University Press.
- Durán y Laguna, P. (1992). *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada: Comares.
- Commons, J.R. (1934). *Institutional Economics*. Nueva York: MacMillan.
- Elías, N. (1991). *La société des individus*. París: Fayard.

- Fernández Ruiz-Gálvez, E. (1993). Igualdad, diferencial y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la desigualdad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 59-71.
- Finnis, J. (1986). *The Fundamentals of Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Garzón Valdés, E. (1987). *Ética y economía*. Ponencia Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. Alicante.
- González Amuchastegui, J. (1994). El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Doxa*, 15-16, 929-944.
- Gray, A. (1958). *The Development of Economic Doctrine*. Londres: Longmans, Green.
- Gregory, C. O., y Kalven, H. Jr. (1959). *Cases and Materials on Torts*. Boston: Little, Brown and Company.
- Fogel, R. W. (1967). The Specification in Economic History. *Journal of Economic History*, 27 (3), 283-308.
- Hardin, R. (1988). *Morality within the limits of reason*. Chicago: The University Chicago Press.
- Hernández Aritzi, R. (2007). *Historia del pensamiento económico*. México: Porrúa.
- Herrero, m. (2015). *La política revolucionaria de John Locke*. Madrid: Biblioteca de Historia y Pensamiento Político. Tecnos.
- Hicks, J.R. (1940). The valuation of Social Income. *Economica*, 7, 105-124.
- Hierro, L. (1998). Justicia, igualdad y eficiencia. *Isonomía*, 9, 129-171.
- Hirshleifer, J. (1984). *Price Theory and Applications*. New Jersey: Prentice Hall Englewood Cliffs.
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 3.ª ed. (trad. M. Sánchez Sarto). México: Fondo de Cultura Económica.
- Horwitz, M. J. (1980). Law and economics: Science or Politics? *Hofstra Law Review*, 8, 905-912.
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2011). *Análisis Económico del Derecho. Método, investigación y práctica jurídica*. Barcelona: Bosch.
- Jaén García, M. (2001). *La Ley de Wagner: un análisis sintético*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles\\_trabajo/2004\\_06.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles_trabajo/2004_06.pdf) (consultado con fecha 8/02/2108).
- Kaldor, N. (1939). Welfare Propositions and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*, 49, 549-552.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press. Cambridge.
- Kenneth Galbraith, J. (2003). *Historia de la economía*. Barcelona: Ariel Sociedad Económica.
- Kenneth Galbraith, J., y Salinger, N. (2009). *Introducción a la economía. Una guía para todos (o casi)*. 3.ª ed. Barcelona: Editorial Crítica.
- Keynes, J. M. (1981). Las posibilidades económicas de nuestros nietos. *Papeles de Economía Española*, 6, 353-361.
- Kreps, D. M. (1995). *Curso de Teoría Microeconómica*. Madrid: Mac-Graw-Hill.

- Landreth, H., y Colander, D.C. (2006). *Historia del pensamiento económico*. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: MacGraw-Hill.
- Lassalle, J. M. (2003). *Locke, liberalismo y propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Liebhafsky, H. (1976). Commons and Clark on Law and Economics. *Journal of Economic Issues*, 10, 751-764.
- Lipsey, R. G., & Lancaster, K. (1957). The General Theory of Second Best. *Review of Economic Studies*, 24, 11-32.
- Locke, J. (1990). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (trad., prólogo y notas de C. Mellizo). Madrid: Alianza Editorial. También disponible en su versión digital abierta en <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/prelocke.html> (consultado con fecha 12/01/2018).
- Locke, J. (1999). *Escritos monetarios*. Madrid: Pirámide.
- Locke, J. (2007). *La ley de la naturaleza* (Estudio preliminar y trad. C. Mellizo). Madrid: Tecnos.
- MacPherson, C. B. (2005). *La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke*. Madrid: Trotta.
- Mangas Martín, A. (2008). *Título III (Igualdad). Artículo 20 (Igualdad ante la ley)*. En AA.VV. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Mantoux, P. (1929). *The Industrial Revolution in the Eighteen Century An outline of the beginnings of the modern factory system in England* (trad. Marjorie Vernon). London: Jonathan Cape.
- Marshall, A. (1948). *Principios de economía*. Madrid: Aguilar.
- Marx, K. (1968). *Manuscritos. Economía y filosofía*. Madrid: Alianza Editorial.
- Marx, K., y Engels, F. (1977). *El manifiesto comunista* (trad. Roces, W.). Madrid: Ayuso.
- Miceli, T. J. (2009). Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent. *Journal of Legal Studies*, 38, 157-168.
- Mitchell Polinsky, A. (1985). *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Munne, R. (2016). Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico. *Isonomía*, 25, 69-100.
- Novoa Monreal, E. (2002). *El derecho como obstáculo al cambio social*. 14.<sup>a</sup> ed. México: Siglo XXI Editores.
- Ortí Lahoz, A. (1989). *Reflexiones en torno a la evolución del ámbito y enfoque del análisis económico*. Discurso de apertura del Curso 1988-1989 en la Universidad de Valencia. Valencia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- Pastor, S. (1989). *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Paz-Ares, C. (1987). La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho). *Anuario de Derecho Civil*, 34 (3), 601-708.
- Posner, R. A. (2007). *El análisis económico del derecho*. 2.<sup>a</sup> ed. México: Fondo de Cultura Económica.

- Posner, R. A. (2001). *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard. University Press.
- Posner, R. A. (1979). Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *Journal of Legal Studies*, 8 (1), 103-140.
- Reale, G. y Antiseri, D. (2010). *Historia del pensamiento filosófico y científico II*. 1.<sup>a</sup> ed., 3.<sup>a</sup> reimp. Barcelona: Herder.
- Robbins, L. (1980). *An Essay of the Nature and Significance of Economic Science*. London: MacMillan. London.
- Robinson, J. en Mackaay, E. (1982). *Economist of Information and Law*. Amsterdam: Kluwer & Nijhoff Publ.
- Rodilla, M. A. (2014). *Contrato social. De Hobbes a Rawls*. I. Salamanca: Ratio Legis.
- Rodríguez Aranda, L. (1990). Introducción. En Locke, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (trad. A. Lázaro Ros). Madrid: Aguilar.
- Rubin, P. H. (1977). Why is the Common Law Efficient? *Journal of Legal Studies*, 6 (1), 51-63.
- Russell, B. (1978). *Historia de la filosofía occidental*. Tomo II. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Espasa Calpe.
- Samuelson, C. A. (1967). *Foundations of Economic Analysis*. New York: Atheneum.
- Schumpeter, J. A. (1994). *Historia del análisis económico*. Barcelona: Ariel.
- Shavell, S. (2016). *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Smith, A. (1958). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Smith, A. (1976). *The theory of moral sentiments*. Oxford: Clarendon Press.
- Squella Narducci, A. (1989). Libertad e igualdad: las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. *Anuario de filosofía del derecho*, 6, 253-266.
- Stark, W. (1965). Prólogo. En Benthan, J. *Escritos económicos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tigler, G. J. (1992). Law or Economics? *Journal of Law and Economics*, XXXV, 455-468.
- Tigler, G. J. (1952). *The Theory of Price*. New York: MacMillan Library Reference.
- Thaler, R. H. (1991). *Quasi Rational Economics*. Rougel Sage Foundation.
- Teles, S. M. (2008). *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Torres López, J. (1987). *Análisis económico del derecho. Panorama actual*. Madrid: Tecnos.
- Ureña, E. M. (1977). *Karl Marx economista*. Madrid: Tecnos.
- Von Wieser, F. (1914). *Teoría de la economía social*.
- Wagner, A. (1967). *Finanzwissenschaft*. 1883 (trad. ingl.), 1-8.
- Wanniski, J. (1978). *The Way the World Works: How Economies Fail-and Succeed*. New York: Basic Books.

Weber, M. (1984). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 2.<sup>a</sup> ed. 7.<sup>a</sup> reimp. México: Fondo de Cultura Económica.

Weber, M. (1998). *El político y el científico*. Madrid: Alianza Editorial.

Wood, N. (1984). *John Locke and Agrarian Capitalism*. Berkeley: University of Chicago Press.

---

## FOOTNOTES

---

1

Este trabajo ha sido cofinanciado gracias a la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, «*Construyendo Europa desde Aragón*». Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Código de Referencia S07\_17D.

---

2

La maximización y racionalidad del comportamiento estratégico humano en sus diversos grados implica la ordenación de las preferencias en aras de la adopción de la que más convenga. Asoma aquí la sugerente y original integración de la teoría de los juegos en el campo de la economía con abundantes implicaciones en el mundo del derecho (Baird, Gertner, Picker, Kreps, 1995, p. 11; Krause, 1999).

---

3

Un supuesto económico elemental apunta a la estabilidad de los valores que los individuos asignan a sus costes y beneficios, al ser precisamente los individuos quienes mejor conocen y determinan el valor que para ellos representan las cosas, los bienes y los servicios (Pastor, 1989, pp. 31-32).

---

4

En contra, la famosa teoría económica de los juegos, en cuya virtud el individuo a la hora de tomar decisiones actúa estratégicamente y contempla las posibles reacciones de los demás (Posner, 2007, pp. 50-53, donde se remite a Baird, Gertner y Picker, 1994).

---

5

Tesis sostenida en su momento por Rober Filmer en su famosa obra *Patriarca o el poder natural de los reyes* (1680), publicada en Alianza Editorial, 2010 y traducida por Ángel Rivero Rodríguez (Rodríguez Aranda, 1990, pp. XIV-XV; Lassalle, 2003, p. 82; Herrero, 2015, pp. 121 y ss.).

---

6

Esta obra sería publicada por el autor en 1759 y, a pesar de no contar en su momento con gran

renombre, constituye sin duda alguna el punto de partida en lo que concierne a su interés por la economía política.

---

7

Posición que ha debido ser morigerada por el marxismo occidental en la segunda mitad del siglo XX al sostener que, no obstante la determinación en última instancia del Derecho por la economía, ello no es óbice para admitir la incidencia de este en la base social, con lo cual, más que afirmar la determinación de unos elementos por otros en la sociedad, lo que se produce más bien es una interacción entre todos ellos (Atienza, 2012, p. 314).