

REFORMAS LABORALES Y APROXIMACIÓN CRÍTICA AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: LA TEORÍA DE LOS 'PROPERTY RIGHTS' Y EL CARÁCTER REDUNDANTE DEL DERECHO

1. Eficiencia de la norma jurídica y los límites del dogmatismo jurídico. 2. La eficiencia como factor precipitador de las (recientes) reformas laborales. 3. La teoría de los derechos de propiedad ('property rights'). 3.1. Cuestiones propedéuticas: Fundamentos conceptuales del Análisis Económico del Derecho. 3.2. La Teoría de los derechos de propiedad y el carácter redundante del Derecho. 3.3. Aproximación crítica a la Teoría de los derechos propiedad. 3.4. (Pese a sus disfuncionalidades) Virtudes del método analítico de la economía. 3.5. Breve (pero necesaria) aproximación a la discusión que suscita el conflicto entre la eficiencia y la justicia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

PROFESOR AGREGADO DE
LA UNIVERSITAT OBERTA DE
CATALUNYA (UOC)

1. EFICIENCIA DE LA NORMA JURÍDICA Y LOS LÍMITES DEL DOGMATISMO JURÍDICO

Si todo sistema jurídico conlleva una serie de efectos y consecuencias, lógicamente, se desprende la necesidad de evaluar dichos efectos para determinar si sus consecuencias son socialmente mejores o peores que otras que fueran accesibles¹.

La ciencia jurídica tradicionalmente, como apunta CALSAMIGLIA (1987, pp. 280, 282 y 284), ha entendido que la teoría del Derecho debía ocuparse de dos temas esenciales. Por un lado, la *disciplina normativa* debía centrarse de *cómo debe ser* el Derecho, mientras que la *disciplina descriptiva* debía ocuparse de *cómo es* el Derecho. Así, mientras que la ciencia jurídica en sentido estricto es una disciplina descriptiva, las ciencias normativas prescriptivas quedan al margen del objeto de estudio de los juristas, debiendo ser cultivadas por filósofos y políticos. A partir de este *programa de investigación*, la función de la doctrina jurídica de raíz dogmática normativista queda estrictamente circunscrita al análisis de una norma dada, de tal modo, que una “ley es juzgada desde un parámetro determinado que se denomina justicia”. Así, una norma debe ser calificada como justa si se corresponde con un ideal de justicia determinado. Desde este enfoque, lo relevante es la declaración del objetivo y la concordancia de ambos –el del Derecho y el de la justicia–, sin plantearse si el medio escogido es adecuado, compatible o incompatible con el objetivo.

Sin embargo, las normas, lejos de limitarse a “asignar objetivos morales” a los ciudadanos, también aspiran a dirigir su comportamiento². El Derecho es una

¹ PASTOR PRIETO (1989), p. 39.

² CALSAMIGLIA (1987), p. 284; y PASTOR PRIETO (1984), p. 156.

herramienta que puede crear diversas *técnicas promocionales* capaces de influir sobre las conductas de los individuos motivándolas; es decir, “suministrando razones operativas para la acción”³ o, en su caso, la omisión. Ahora bien, la obediencia no está garantizada por el mero hecho de la edición de una norma, pues, los destinatarios no reaccionan conforme a una racionalidad *paramétrica* (esto es, conforme a las variables de un sólo individuo obviando las preferencias de los demás), sino que lo hacen estratégicamente (esto es, teniendo en cuenta las elecciones de los demás y la conducta esperada de los otros). Por ejemplo, es posible que una norma induzca al ciudadano a su incumplimiento porque los perjuicios derivados de una potencial sanción sean inferiores a los beneficios que obtiene de su violación. De todo ello, debe extraerse la idea de que, en la medida que las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento, también deberían prever sus posibles consecuencias sobre los destinatarios y tomarlas en cuenta como elemento importante a la hora de edictarlas⁴. Lo que, lógicamente, debe permitir que a través de proposiciones normativas se formulen alternativas que son socialmente más deseables. De ahí se colige la necesidad de que el interés se centre también en tratar de determinar su efectividad, la forma cómo influye en los destinatarios, si es capaz de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto⁵. Y, para ello, es preciso identificar patrones de conducta que permitan predecir las reacciones de los ciudadanos⁶.

124

Lo paradójico es que, pese a la indiscutible oportunidad de este enfoque, el dogmatismo jurídico, centrado –como se ha apuntado– en los problemas que ofrece un sistema legal desde la perspectiva de la dialéctica entre justicia y seguridad jurídica, ha obviado el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia. Lo que limita la crítica de las leyes, imposibilidad el conocimiento (real) de cómo deben hacerse y, además, no ofrece instrumentos adecuados para evaluar cuál va a ser la reacción de los ciudadanos ante la misma. En cambio, retomando la exposición de CALSAMIGLIA, de las premisas conceptuales del dogmatismo jurídico se “destila” un halo de superioridad del Derecho sobre la sociedad, en el sentido de que presume que basta cambiar éste para cambiar aquélla, porque la cumplirá *ciegamente* lo que establezca el poder establecido. Por estos motivos, puede entenderse que los juristas (y los laboristas –sin duda– también), han permanecido demasiado tiempo al margen de la realidad, pecando de autosuficiencia.

El Análisis Económico del Derecho –en adelante, AED–, a partir del concepto de eficiencia, ofrece un método de análisis que puede proponer algunas respuestas a estas incógnitas. La naturaleza *conductista* de la teoría económica, en base a unos determinados postulados, permite predecir el comportamiento de los individuos

³ PÉREZ LLEDÓ (2000), p. 668.

⁴ CALSAMIGLIA (1988), pp. 307, 308, 313 y 329. *Vid.* también, PASTOR PRIETO (1984), pp. 155-157.

⁵ La acción del Legislador “no sólo debe estar determinada por la bondad de un principio sino también por su realizabilidad, su cumplimiento y su observancia generalizada”. CALSAMIGLIA (1987), p. 284.

⁶ *Vid.* PASTOR PRIETO (1984), pp. 155 y 156.

ante la norma jurídica, posibilitando el estudio de los efectos previsibles del sistema jurídico y ofreciendo criterios que permiten delimitar la ‘bondad’ o ‘maldad’ de esos efectos y las normas. Erigiéndose en *un medio* para identificar las posibles incoherencias del modelo legal en un contexto determinado. Este enfoque gravita sobre la idea de que el sistema jurídico en su totalidad crea incentivos para que las personas se comporten de un determinado modo. En definitiva, a partir de un procedimiento de evaluación objetivable, se entiende que la norma repercute en la conducta humana, induciendo unos resultados que pueden ser calificados como ‘buenos’ o ‘malos’ por la sociedad⁷.

Sin embargo, las implicaciones de esta aproximación metodológica son absolutamente trascendentes desde la perspectiva de la ciencia jurídica. En efecto, de acuerdo con el planteamiento de los partidarios de la corriente positiva del AED (o “Escuela de Chicago”–encabezada por POSNER) –fundada en los paradigmas del *homo oeconomicus*, sistema de mercado y eficiencia económica–, el mercado se erige en el paradigma fundamental, de tal modo que la mediación normativa de la economía sobre el Derecho, se traduce en la afirmación de que éste tiene una racionalidad puramente económica. Por consiguiente, las normas jurídicas son entendidas como “intentos institucionales para maximizar el bienestar agregado”⁸. Lo que permite llegar a una aseveración revolucionaria, pues, se estima que la *estructura del Derecho es redundante y su única función es garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil*⁹. Construcción cuya columna vertebral gravita sobre *una determinada concepción de los derechos de propiedad*. Pues, éstos se convierten en el principal estímulo y rémora de la conducta de los individuos, afectando directamente en la asignación eficiente de los recursos de una sociedad¹⁰.

No obstante, desde la perspectiva del dogmatismo jurídico es difícil admitir las consecuencias que se derivan de los estos postulados eficientistas y, muy especialmente, la tesis que sostiene el carácter redundante del Derecho. De hecho, pueden identificarse sólidos argumentos para rebatir esta afirmación. No obstante, sin perjuicio de su exposición en el presente ensayo y adelantando ya las conclusiones, sería un error entender que el método analítico de la economía es absolutamente inapropiado para evaluar la coherencia del sistema jurídico (y, en particular, la del Derecho del Trabajo), desaconsejándose su empleo por completo. Asumiendo sus limitaciones, no cabe duda que se erige en un poderoso instrumento de análisis que no puede ser obviado.

Pues bien, en la exposición lo más ordenada posible de estos extremos consiste el propósito de las páginas que siguen. No obstante, nos gustaría puntualizar que el objeto de este estudio es ofrecer una simple (y necesariamente breve) aproximación al prolífico y complejo panorama doctrinal que gravita alrededor

⁷ RUIZ-HUERTA CARBONELL/PASTOR PRIETO/LOSCOS FERNÁNDEZ (1987-1988), p. 605.

⁸ SPECTOR (2003), p. 243.

⁹ MERCADO PACHECO (1994), p. 37.

¹⁰ MERCADO PACHECO (1994), pp. 39 y 40.

de las cuestiones planteadas (recogiendo, a fin de cuentas, los planteamientos de alguno de los autores más representativos). Objetivo –entendemos– especialmente propicio, por cuanto que –como se ha expuesto– el dogmatismo jurídico (y, muy especialmente, el laboral) sigue mostrando ciertas resistencias a la hora de asumir los planteamientos analíticos del AED. Lo que resulta contraproducente, pues, la propuesta de la teoría económica de analizar los problemas jurídicos a través del criterio de la eficiencia puede servir para ampliar el universo del discurso jurídico, evitando el reduccionismo denunciado con anterioridad¹¹.

2. LA EFICIENCIA COMO FACTOR PRECIPITADOR DE LAS (RECIENTES) REFORMAS LABORALES

La relevancia de la aproximación que nos proponemos realizar en este ensayo resulta particularmente idónea a partir de la constatación de la exaltación por parte de las últimas reformas laborales (especialmente, RDL 3/2012 y Ley 3/2012) de la eficiencia como objetivo al que (ciegamente) debe aspirar el ordenamiento jurídico laboral. Y, la particularidad de este proceso radica en el hecho de que este impulso normativo no ha sido liderado por una nueva corriente del iuslaboralismo “sensible” a esta perspectiva analítica descrita, sino que el espacio de juego ha sido ocupado principalmente por economistas, ajenos a las estructuras conceptuales y analíticas del dogmatismo jurídico.

126 Lo cierto es que la capacidad “impulsora” de este parámetro económico (siempre optimizable) puede apreciarse en las reformas laborales de los últimos 20 años. No obstante, la particularidad del momento actual radica en la férrea consolidación de estos postulados en el núcleo medular del Derecho del Trabajo. Hasta el extremo que se constata una poderosa penetración de la racionalidad económica y de los institutos económicos más representativos en las principales categorías jurídicas instrumentalizándolas, ignorando por completo las funciones reguladoras del Derecho como sistema autorreferente¹². Y lo preocupante es que todo induce a pensar que aún estamos en un estadio preliminar.

Sin embargo, el paso de los años está evidenciado que la deseable y necesaria coordinación y la integración entre la *economicidad* y la *socialidad* que apuntábamos, no está siendo en absoluto pacífica. Hasta el extremo que, interiorizada la estrecha correlación entre estabilidad en el empleo y mantenimiento de la actividad empresarial como medio para posibilitar la continuidad de los contratos de trabajo a ella vinculados, el Derecho del Trabajo, cada vez más, está subordinándose a la exigencia de rentabilidad de las empresas.

En la medida que el liderazgo reformista ha sido “usurpado” a los iuslaboralistas, ideológicamente, la racionalidad maximizadora del individuo está monopolizando la descripción de las instituciones nucleares jurídico-laborales. Produciéndose, en

¹¹ CALSAMIGLIA (1987), pp. 283 y 284.

¹² MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS (1997), p. 701.

definitiva, una sustitución o desplazamiento de la lógica jurídica por la económica. En el fondo, lo que se está discutiendo es la determinación de la necesidad del Derecho para la sociedad y quién está legitimado para determinarlo o para establecer una jerarquización de las prioridades. No cabe duda que el planteamiento utilitarista puede ser un cuerpo ideológico que *puede tratar* de dar respuesta a estas incógnitas. No obstante, entendemos que la explicación del Derecho, en general y, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en particular, a partir de parámetros principalmente utilitaristas, no sólo es un enfoque descartable por reduccionista, sino que, además, los valores social y jurídicamente relevantes no se reducen a sus dictados.

En definitiva, tomando como punto de partida el contexto actual, defendemos la improrrogable necesidad de integrar el principio de eficiencia en la lógica laboral. Ahora bien, esta aproximación, *en modo alguno*, debe excluir la posibilidad de conjugarla, compatibilizarla y (cuando sea preciso) subordinarla a los objetivos de *socialidad* que rigen en esta disciplina jurídica.

En las páginas que siguen –como se ha avanzado– se procederá a la descripción de los postulados ideológicos sobre los que se sustenta este enfoque eficientista reformador. Con ello pretendemos ofrecer un contrapunto y evidenciar las severas limitaciones que se derivan de la subordinación de lo jurídico a lo económico.

3. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD ('PROPERTY RIGHTS')

127

3.1. CUESTIONES PROPEDEÚTICAS: FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Antes de proceder a la exposición de la matriz conceptual que describe la corriente positiva, consideramos que es oportuno hacer una breve referencia al universo conceptual del AED. En concreto, conviene tener en cuenta que junto a la Escuela de Chicago pueden identificarse otras corrientes que divergen de sus planteamientos: la *normativa* (“Escuela de Yale”, encabezada por CALABRESI¹³) y la *institucionalista* (calificada como “tercera vía” y defendida, entre otros, por MERCURO y SAMUELS¹⁴).

El método analítico que propone la corriente positiva del AED parte de la base de que los sujetos responden a los incentivos que establecen las “reglas jurídicas y responden porque son racionales, esto es, maximizadores de alguna forma de valor, en un mundo en que se ven sometidos a ciertas restricciones”¹⁵. Planteamiento cuyo presupuesto conceptual se nutre de los postulados de la filosofía moral utilitarista (BENTHAM), basada sintéticamente en el cálculo hedonista del placer y el dolor¹⁶.

¹³ Vid. al respecto, entre otros, MERCADO PACHECO (1994), Capítulo I.

¹⁴ Vid. al respecto, entre otros, MERCADO PACHECO (1994), pp. 62-64, y 70-72.

¹⁵ GÓMEZ/PASTOR (1990), p. 499.

¹⁶ Vid. al respecto, BECKER (1980), p. 14.

Las concepciones liberales son fundamentalmente individualistas y, como se sabe, afirman que el bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus individuos (hipótesis del comportamiento racionalmente egoísta-individualismo metodológico). Propósito que tratan de alcanzar de un modo racional. En este planteamiento, la racionalidad sólo puede entenderse en términos de *objetivos* y *metas*¹⁷. De modo que en la consecución del propio interés se alcanza un resultado ni previsto ni querido: el mayor beneficio social o, mejor dicho, la eficiencia social¹⁸.

El modelo se basa en las siguientes proposiciones: en primer lugar, los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar (el individuo es el que mejor información tiene sobre sus preferencias y de sus intereses); y, en segundo lugar, se “excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica”, por lo que las decisiones individuales no se toman en función de la situación de los demás sujetos (es un ser egoísta)¹⁹.

Sin olvidar que el valor por excelencia de esta matriz conceptual es la eficiencia²⁰. Parámetro cuya noción es consistente e inteligible y está plenamente capacitado para evaluar las instituciones jurídicas²¹. Hasta el extremo de que no sólo constituye el *único* valor social, sino que, incluso, es asumido como sinónimo de justicia²². Fenómeno que se integra dentro de lo que se ha venido a denominar “imperialismo económico”, esto es, la “expansión de la teoría económica como instrumento analítico en la explicación de cualquier aspecto de la realidad social, aunque éste no revista carácter explícitamente económico”²³. De hecho, a diferencia de los “normativistas”, los positivistas sostienen que en la medida que “la economía no decide si la distribución actual del ingreso y de riqueza es buena o mala, justa o injusta, tampoco puede decir si una asignación eficiente de recursos es deseable desde el punto de vista social o ético”²⁴. Incluso, si se acepta la tesis de que la moral es un conjunto de restricciones de los intereses individuales, desde la perspectiva de la antropología racionalista del hombre económico, la moral carece de sentido²⁵.

Este enfoque, en su conjunto, resulta absolutamente revolucionario, pues, supone una reformulación de la función del Derecho, supeditando la mecánica del sistema

¹⁷ “Lo *racional* supone el empleo de medios en una cantidad determinada con que se maximiza el grado de consecución de los objetivos o con la que se obtiene una determinada proporción de éstos con una cantidad mínima de medios”. SCHÄFER/OTT (1991), pp. 60 y 61.

¹⁸ CALSAMIGLIA (1987), pp. 267 y 269.

¹⁹ TORRES LÓPEZ, (1987), p. 30; y CALSAMIGLIA (1987), p. 269.

²⁰ CALSAMIGLIA (1987), p. 270.

²¹ SPECTOR (2003), p. 243.

²² *Vid.* al respecto, HIERRO (1998), p. 131; y SCHWARTZ/CARBAJO (1981), p. 229.

²³ MERCADO PACHECO (1994), p. 75; y TOMÁS CARPI, (1984), p. 49. Corriente propulsada especialmente por BECKER, al afirmar que “el enfoque económico es tan general que resulta aplicable a cualquier comportamiento humano”, BECKER (1980), p. 14.

²⁴ POSNER (1998), pp. 21 y 22.

²⁵ SCHOTTER (1987, p. 140). *Vid.* también, CALSAMIGLIA (1993), pp. 13 y 14.

jurídico a los dictados de la racionalidad económica²⁶. Simplificándolo mucho, se entiende que “una norma jurídica crea precios implícitos para diferentes tipos de conducta y las respuestas a dichos precios implícitos pueden ser examinadas de la misma manera que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de los bienes y servicios”²⁷.

En definitiva, lo verdaderamente novedoso del AED, por tanto, es que “provee un modelo analítico unificado para explicar una formación vasta de normas jurídicas que parecen no tener conexión entre sí”²⁸; permitiendo pronosticar los efectos de las normas legales sobre el comportamiento de los individuos.

3.2. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y EL CARÁCTER REDUNDANTE DEL DERECHO

Los derechos de propiedad –de acuerdo con la ciencia económica– definen “qué conducta puede realizar el titular y qué conductas deber soportar los demás”, de tal modo que los conceptos de propiedad y de conducta prohibida se presentan como complementarios²⁹. Según DEMETZ (1981, p. 286), “sirven para que una persona forme las expectativas que puede razonablemente mantener en sus tratos con otras”, de tal modo que “el titular de un derecho de propiedad cuenta con el consentimiento de los demás miembros de la sociedad para actuar de un modo concreto”. Así pues, “entrañan la facultad de beneficiarse o perjudicarse a sí mismo o a los demás”, pudiéndose colegir que “los derechos de propiedad especifican cómo pueden causarse beneficios y perjuicios a las personas y, por ende, quién debe pagar a quién para modificar las acciones realizadas por las personas”. Por todo ello, pueden describirse como el conjunto de relaciones económicas y sociales que define la posición de cada individuo con respecto a la utilización de recursos escasos³⁰. Debiéndose puntualizar que la noción de “derecho”, es utilizada en un sentido muy amplio y alude a cualquier facultad de actuación que se confiera a un individuo frente a otro u otros³¹.

Lo que desvela la íntima relación entre los derechos de propiedad con los efectos externos o “externalidades”, afectando al funcionamiento eficiente del mercado. Según los planteamientos clásicos de la Economía del Bienestar (PIGOU), cada individuo decide sus actividades en base a los costes y beneficios privados que le comporta el desarrollo de una actividad (integrando los costes privados), pero normalmente no tiene en cuenta, las repercusiones que dicha actividad puede tener sobre el resto de la sociedad (costes sociales), lo que provoca que se originen *costes o diseconomías externas* (o *externalidades*). Esto es, se produce una

²⁶ MERCADO PACHECO (1994), pp. 36, 37 y 90; y TORRES LÓPEZ (1987), pp. 92 y ss.

²⁷ MERCADO PACHECO (1994), p. 246.

²⁸ SPECTOR (2003), p. 243.

²⁹ PAZ-ARES (1981), pp. 642 y 643.

³⁰ FURUBOTN/PEJOVICH (1981), p. 297.

³¹ TOMÁS CARPI (1984), p. 55.

divergencia entre el coste privado y el coste social que conviene subsanar. Según PIGOU, sólo puede alcanzarse un máximo de eficiencia social, cuando los costes sociales sean idénticos a los costes privados. En la medida que esta premisa no se cumpla, deberá intervenir el Estado para erradicar los *costes externos* (en definitiva, superar las distorsiones derivadas de los mecanismos de los precios que ofrece el mercado). Por consiguiente, en tanto que las externalidades ilustran el fracaso del mercado, su erradicación debe operar mediante la intervención del Estado (a través de la política fiscal), sobre aquéllas que se estimen relevantes. Y, en concreto, mediante la declaración de responsabilidad objetiva al causante de la misma, o bien, imponiendo sobre su actividad un tributo equivalente a la divergencia entre los costes marginales sociales y privados³².

Rebatiendo este planteamiento, un sector de la doctrina económica sostiene que, creadas las adecuadas condiciones, las externalidades pueden internalizarse perfectamente dentro de la lógica del mercado. O, dicho de otro modo, esta crítica a la Economía del Bienestar pretende evidenciar la necesidad de tener en cuenta los costes que la propia intervención del Estado genera cuando trata de corregir un fallo del mercado. Planteamiento que gravita sobre el conocido *Teorema de COASE*.

Tal y como sostiene su autor “ordinariamente, tal y como se plantea la cuestión, A ocasiona perjuicios a B, y lo que es preciso decidir es cómo hay que poner coto a las acciones de A. Pero esto es erróneo. Nos estamos ocupando de un problema de naturaleza recíproca. Lo que hay que decidir, en realidad, es si hay que permitir que A perjudique a B o hay que dejar que B perjudique a A. El problema consiste en evitar el perjuicio más grave”. Por tanto, *desde el punto de vista de la eficiencia*, resulta tan indeseable fijar en un solo polo o extremo la norma de la responsabilidad y hacer siempre responsable al causante del daño, como fijarla en el otro. Por otra parte, tampoco resulta necesariamente indeseable una situación en la que no se indemniza por los daños ocasionados. Que tal cosa resulte o no deseable depende –apunta– de las circunstancias concretas. Por consiguiente, la existencia *per se* de determinados perjuicios no deben calificarse automáticamente como ‘antisociales’, y por tanto justificativos de la intervención del Estado, dado que ‘es preciso sopesar ese daño frente a los bienes originados. Nada podría ser tan ‘antisocial’ que oponerse a cualquier acción que origina un daño cualquiera a cualquier persona’. Sin embargo, la validez de este planteamiento está condicionada a la concurrencia de dos requisitos: (i.-) que los derechos de propiedad estén perfectamente definidos; y (ii.-) que los costes de transacción sean igual a cero o despreciables. Si concurren estos condicionantes, puede afirmarse que la estructura del derecho se muestra ‘redundante’³³.

³² PAZ-ARES (1995), pp. 2858 y 2859. El análisis de las externalidades exige la distinción entre las relevantes de las que no lo son y la determinación de cuál es la respuesta institucional más adecuada para su internalización. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que pueden ser positivas o negativas en función de si los individuos disfrutan de beneficios/costes adicionales que no han pagado/no han sido compensados. MERCADO PACHECO (1994), p. 136. *Vid.* también, COOTER/ULEN (1998), pp. 197 y ss.

³³ COASE (1981), p. 245 y 267-270.

La novedad que introduce el análisis de COASE es precisamente que la existencia de los *costes externos* puede ser superada por las propias partes implicadas (esto es, internalizadas), sin interferencias de terceros, siempre claro está, que se cumplan los condicionantes apuntados (libertad de contratación, derechos de propiedad e inexistencia de costes de transacción). Según este planteamiento, los problemas derivados de las externalidades existentes en el mercado, se deben a una *mala asignación de los derechos de propiedad* (en definitiva, no a los defectos del mercado, sino a los defectos de la organización institucional del –en términos de SCHWARTZ– “meta-mercado”). Es decir, la mejor forma de eliminar los efectos externos es que las reglas jurídicas consagren la apropiación privada de todos los bienes económicos³⁴.

Para ilustrar, imaginemos la siguiente situación³⁵: consideremos una fábrica cuyos humos causan daños a las prendas de ropa que cuelgan para secar en el exterior de sus viviendas cinco habitantes de las proximidades. La contaminación causa en cada uno de los individuos daños por un valor de 75 € (sumando en total, 350 €).

Estos perjuicios podrían solventarse de dos modos:

1. Instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, a un coste de 150 €; o bien,
2. Comprando una secadora eléctrica para cada una de las viviendas con un coste de 50 € cada una (en total, 250 €).

Teniendo en cuenta estos parámetros, es claro que la solución eficiente es la instalación del filtro en la chimenea.

Pues bien, lo que el Teorema de COASE plantea es que siempre que no existan costes de transacción, el resultado eficiente se producirá con independencia que se atribuya a los ciudadanos el derecho al aire puro (reconociéndoles, por tanto, la posibilidad de exigir responsabilidad a la fábrica); o bien, se reconozca a la fábrica el derecho a contaminar (o, a hacerlo por debajo del nivel que acarrearía una responsabilidad).

Para el caso de que existiese un derecho al aire limpio, la fábrica tendría tres opciones:

1. Contaminar y pagar la indemnización por los daños causado en la ropa (350 €);
2. Pagar a cada vecino las secadoras (250 €); o bien,
3. Instalar el filtro depurador (150 €).

³⁴ DEMSETZ (1981), pp. 286-288. Según la opinión de POSNER –recogida por SCHWARTZ GIRÓN, 1980, pp. 132, 136, 137 y 141– un sistema de derechos de propiedad debería tender idealmente hacia la universalidad y se encuentran en constante redefinición, a medida que cambian las condiciones técnicas de la oferta o los gustos de la demanda. Sin olvidar que es posible que los costes de vigilancia sean muy superiores a los beneficios que se obtendrían de ser respetado el derecho.

³⁵ Ejemplo extraído de POLINSKY (1985), pp. 23 y 24.

En este contexto, es claro que la fábrica optará por instalar el filtro depurador en la chimenea, por ser la opción más eficiente.

Para el caso de que se reconociese un derecho a contaminar, los vecinos se hallan también ante tres posibles opciones:

1. No hacer nada y asumir el coste del daño que padecen (350 € - 75 € cada uno);
2. Comprar las secadoras (250 € - 50 € cada uno); o bien,
3. Asumir el coste de la instalación del filtro en la fábrica (150 € - 30 € cada uno).

De nuevo, la opción más eficiente que pueden escoger los vecinos es la instalación del filtro.

En definitiva, en ausencia de costes de transacción, la solución eficiente se consigue con independencia de la atribución de derechos que el ordenamiento jurídico pueda establecer³⁶. O, dicho de otro modo, “en estas situaciones, la estructura de derechos establecidos se muestra como una estructura redundante respecto a la del mercado”³⁷.

De modo que el “meta-mercado” debe posibilitar que todos los bienes y todos los recursos sean potencialmente objeto de transacciones (de mercado), garantizar la certeza de los resultados de las transacciones y el carácter completo de las informaciones necesarias para negociar. Si el origen de las externalidades reside en el Estado o el Derecho, lo mejor es reducir su ámbito de operatividad a su mínima expresión, para permitir que la “mano invisible” del mercado actúe libremente. De tal modo que el papel del Derecho prácticamente desaparece, debiéndose circunscribir a delimitar con precisión los derechos de propiedad³⁸. Para el AED (en consonancia con la escuela realista americana) la exigencia de que la ciencia jurídica constituya un conocimiento empírico es la que determina que el concepto de Derecho deba ser definido en relación a hechos sociales y que, además, deban excluirse de su definición propiedades tales como la validez o la justicia³⁹.

³⁶ Si existieran costes de transacción la solución eficiente no podría alcanzarse con independencia de la delimitación de los derechos establecidos. Supongamos que el hecho de que los vecinos se reúnan, se asesoren legalmente, alcancen un acuerdo y acaben contratando con la fábrica supusiera un coste de 30 € a cada uno (en total, 150 €). En el caso de que se reconociera un derecho al aire limpio, la solución sería la misma que si no hubieran costes de transacción (la fábrica acabaría instalando el filtro depurador, por 150 €). En el caso de que se reconociera un derecho a contaminar, los vecinos tienen tres opciones: 1.- Asumir los daños (350 €); 2.- Comprar las secadoras (250 €); o bien, 3.- Pagar a la fábrica la instalación del filtro 300 € (150 € coste del filtro más 150 € costes de transacción). En este caso, con costes de transacción positivos, se alcanzará una solución que no es eficiente, pues, los vecinos acabarán optando por comprarse cada uno una secadora eléctrica. En este escenario, el Teorema de Coase sugiere que lo deseable es que el Derecho establezca normas que reduzcan al mínimo los costes de transacción y, si no fuera posible, que se establezcan reglas que permitieran la consecución de soluciones iguales a las que se alcanzaría con el funcionamiento del mercado. En el ejemplo, se trataría de que el ordenamiento jurídico reconociera el derecho al aire limpio (pues, si se reconociera el derecho a contaminar, no se alcanzaría una solución eficiente).

³⁷ MERCADO PACHECO (1994), pp. 143.

³⁸ REBUFFA (1985), pp. 167-169.

³⁹ VÁZQUEZ (1996), p. 147.

En definitiva, “la mediación normativa de la economía sobre el Derecho reduce el análisis de la cuestión jurídica a criterios exclusivamente económicos y, desde este punto de vista, todo problema jurídico tendría una traducción y, por tanto, una solución en sede exclusivamente económica”⁴⁰. De hecho, desde la perspectiva positivista, el *nacimiento* de cualquier estructura jurídica “se deriva de la necesidad de articular coercitivamente sistemas superpuestos al mercado” en los casos en los que sus imperfecciones impiden que pueda alcanzarse soluciones eficientes⁴¹.

En síntesis, para esta corriente de pensamiento, “al Derecho no compete ninguna función decisoria o de intervención para alcanzar un resultado eficiente”. Por tanto, su “única función es la de garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil que hacen posible que ese resultado se logre”. Si existen fallos en el mercado y el equilibrio no pueda alcanzarse de forma espontánea, el Derecho debe contribuir a eliminar los obstáculos. En cuyo caso, debe tratar de reducir “los costes de transacción que impiden que el resultado eficiente se logre a través de un acuerdo negociado”. Finalmente, si es imposible eliminar los obstáculos que impiden que se alcance una decisión de mercado, la función del Ordenamiento Jurídico es la de actuar como un mercado simulado, “es decir, la adopción por parte del juez o del Legislador de la solución que habría adoptado el mercado en caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento”⁴².

3.3. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS PROPIEDAD

133

La perspectiva analítica que propone la Teoría de los derechos de propiedad repercute intensamente en la metodología de estudio de cualquier problema de regulación o de interpretación jurídica. Por este motivo es rechazada por un sector de la dogmática jurídica que sigue defendiendo la autonomía y suficiencia del método jurídico.

Sin llegar a este extremo, consideramos que, en la medida que se pretenda construir un sistema jurídico que aspire a influir en el comportamiento de los ciudadanos conforme a una determinada política legislativa, debe tenerse en cuenta planteamientos y enfoques interdisciplinarios. Pues, no cabe duda que el Derecho se anquilosa si pretende persistir en una vocación de soledad⁴³.

Como apunta ATIENZA –citado por CALSAMIGLIA, 1988, p. 308– “una buena ley debe cumplir un conjunto de racionalidades. En primer lugar, la racionalidad comunicativa, en tanto en cuanto el emisor de la ley debe ser capaz de comunicar con fluidez un mensaje al destinatario. En segundo lugar, la racionalidad jurídico-formal, en el sentido de que el mensaje debe insertarse armoniosamente en el sistema jurídico sin producir contradicciones de normas. En tercer lugar,

⁴⁰ MERCADO PACHECO (1994), p. 36.

⁴¹ TORRES LÓPEZ (1987), p. 39.

⁴² MERCADO PACHECO (1994), p. 37.

⁴³ VÁZQUEZ (1996), p. 144.

racionalidad pragmática. Las conductas de los individuos deben ajustarse a lo prescrito en la ley. En cuarto lugar, como racionalidad técnica, ya que la ley tendría que alcanzar los fines que pretende y con instrumentos y medios adecuados, es decir, los eficientes. Por último, una ley debe poseer una racionalidad ética en tanto las conductas y los fines deben tener una justificación ética. Y estas indicaciones permitirían construir unas leyes mejor diseñadas y para ello son precisos no sólo conocimientos jurídicos, sino también extrajurídicos”.

De todos modos, aunque se asuma la necesidad de una aproximación interdisciplinar, no significa que deba aceptarse ciegamente el enfoque analítico que propone la corriente positivista descrita en el apartado anterior. De hecho, cabe oponer algunas objeciones (agrupadas en seis “baterías” de argumentos) que redundan en perjuicio de la consistencia de esta corriente de pensamiento:

– Primero, una de las críticas que se ha achacado al planteamiento de COASE es que la pretendida búsqueda de la *reciprocidad* (entre el Derecho y la Economía), lejos de fomentar la interrelación entre la dimensión jurídica y la económica, deriva en el fomento de la *prioridad*, y precisamente de la dimensión económica con respecto a la jurídica. De modo que si se aceptara sin limitaciones, lejos de articular una teoría *interdisciplinar* entre la ciencia económica y la jurídica, se estaría sustituyendo un saber por otro⁴⁴.

Por consiguiente, en la conjunción de lo Económico con el Derecho debe exigirse la salvaguarda de la naturaleza de la norma y no su evaluación con criterios y postulados estrictamente económicos. Es decir, siguiendo a COSSÍO DÍAZ (1997, pp. 237 y 238), debe partirse de la base de la independencia y prelación del enfoque dogmático del Derecho respecto del enfoque económico. Posicionamiento que se justifica porque sólo mediante el uso de la dogmática es posible la adecuada formulación de los significados de las normas, y éstos constituyen los supuestos de las hipótesis que permitan un análisis de tipo económico.

– Segundo, la ciencia económica moderna separa el estudio de las ‘leyes’ de la producción y la circulación de bienes, del estudio de las dinámicas de las instancias distributivas, de tal forma que los modelos distributivos son considerados como ‘datos’⁴⁵. Esto es, la ciencia económica (especialmente, la de raíz neoclásica) no atiende a consideraciones de lo que en términos económicos se califica como justicia distributiva o equidad. Por consiguiente, en la medida que el enfoque que ofrece la filosofía moral utilitarista omite estos aspectos, debe descartarse como *única* perspectiva analítica aplicable, al menos, en el ámbito del Derecho. Al igual que debe rechazarse la idea de que la *eficiencia* sea el objetivo social preeminente y el único que se propone el jurista⁴⁶.

Por otra parte, en cuanto a la conceptualización de la noción eficiencia, lejos de presentarse como un concepto inteligible, se trata de una noción que plantea

⁴⁴ MERCADO PACHECO (1994), p. 276.

⁴⁵ REBUFFA (1985), p. 161.

⁴⁶ PAZ-ARES (1981), pp. 696 y 697.

numerosos inconvenientes. Como hemos apuntado, para los utilitaristas, el interés de la comunidad es la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen. Sin embargo, este planteamiento sugiere importantes problemas, pues, no puede determinarse con claridad cómo puede medirse el interés de una persona. Aspecto que si bien se ha tratado de solventar a través de la construcción de funciones de utilidad de cada individuo, se plantea un nuevo problema técnico, pues, se supedita a la comparación interpersonal de utilidades⁴⁷.

El criterio de eficiencia *paretiana* (PARETO), trata de dar respuesta a este dilema, al crear un criterio que soslaya el recurso a las comparaciones interpersonales de utilidad. En concreto, se afirma que “una determinada distribución de los recursos alcanza el óptimo de PARETO cuando no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente se produzca el empeoramiento de otro”. En definitiva, se trata de un criterio que “exige la unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social”⁴⁸.

Para ilustrar, supongamos que tenemos 50 cromos para distribuir entre 5 niños. Podríamos asignar 10 a cada uno, pero también 14 a uno y 9 a cada uno de los 4 restantes. En ambos casos, estaríamos ante una distribución eficiente desde un punto de vista paretiano, pues, ningún niño podría mejorar su situación (tener más cromos) sin que otro se viera perjudicado (pues, pasaría a tener menos)⁴⁹.

No obstante, este planteamiento también suscita algunos problemas, pues, en tanto que la eficiencia se vincula a la unanimidad de opiniones, concede un derecho de veto a cualquier medida o decisión social⁵⁰. Por otra parte, no puede aplicarse a todas las situaciones sociales posibles, pues, teniendo en cuenta que permite clasificar de mejor a peor las decisiones aceptadas de forma unánime, el resto (esto es, aquéllas en las que unos mejoran y otros empeoran) quedan en una situación ambigua, pues, no pueden ser comparadas⁵¹. Por tanto, permite medir situaciones óptimas pero no compararlas entre sí⁵². Y, además, obvia la cuestión relativa a la redistribución de la riqueza⁵³.

El criterio de KALDOR-HICKS trata de superar estas carencias. En concreto, la eficiencia puede definirse como aquella situación en la que “al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna

⁴⁷ SCHOTTER (1987), p. 23.

⁴⁸ CALSAMIGLIA (1987), p. 275.

⁴⁹ Repárese que aunque la primera distribución pudiera parecer más equitativa, ésta no es una cuestión relevante desde la perspectiva paretiana, pues, sólo tiene en cuenta la forma en la que son aprovechados los recursos y no la mayor o menor justicia distributiva.

⁵⁰ CALSAMIGLIA (1987), p. 275.

⁵¹ SCHOTTER (1987), pp. 23 y 24.

⁵² HIERRO (1998), p. 134.

⁵³ CALSAMIGLIA (1987), p. 275.

ventaja”. Es decir, este criterio prefiere toda asignación en la que la ganancia de los que mejoran puede compensar la pérdida de los que empeoran y aun así tener un beneficio (KALDOR). O bien, alternativamente, se entiende que una asignación es preferida a otra si los perdedores *no son capaces de sobornar a los ganadores para que no la realicen* (HICKS). Siguiendo con HIERRO (2002, p. 23), “lo que el criterio traduce, como resultado eficiente, es que la utilidad de los ganadores es superior a la pérdida de utilidad de los perdedores (puesto que podrían compensarles) y, en consecuencia, se produce un aumento de la utilidad global. Lo que el criterio, consecuentemente implica es que la utilidad de unos y otros es comparable, precisamente lo que el criterio de PARETO trataba de evitar”.

Para ilustrar, si el niño A tiene, 10 cromos y el niño B, 100, un cambio en la asignación que supusiera que el niño A pasa a tener 20 cromos y el niño B 99 cromos, sería eficiente según el criterio de KALDOR-HICKS, (aunque no sería una mejora en el sentido de PARETO), pues, el niño A, podría potencialmente dar entre 1 y 10 cromos al niño B para aceptar esta situación alternativa.

Lo interesante es que este criterio no requiere que la compensación realmente sea efectiva, sino meramente que exista la posibilidad de que ello ocurra. Por consiguiente, a diferencia del criterio de PARETO, una mejora de KALDOR-HICKS puede implicar una pérdida de bienestar para algún individuo.

Sin embargo, como expone SCHOTTER (1987, p. 25), este criterio sigue sin resolver el problema de la comparación interpersonal de utilidades, pues, obliga a comparar el incremento de utilidad de los que ganan con la merma de utilidad de los que pierden. Y, además, no exige que efectivamente se pague las compensaciones exigidas por el principio, por lo que los perdedores siguen siendo perdedores; sólo se exige que los ganadores estén en disposición de pagar.

Tratando de evitar estos inconvenientes, POSNER (1998-II, pp. 207–257), sobre la base de la eficiencia de KALDOR-HICKS, pero *apartándose* de la lógica utilitarista, aboga por la búsqueda de la *maximización de la riqueza*, estimando que la eficiencia se “consigue cuando los recursos en el proceso de cambio voluntario, son llevados hacia aquellos usos en los que su valor (medido por la ‘disposición’ o ‘voluntad de pagar’ del consumidor –*aggregate consumer willingness to pay*–), es máximo (en el sentido de que ya nadie pagará más por disponer del recurso de que se trate)”⁵⁴. Es decir, como sintetiza HIERRO (1998, p. 135), “la eficiencia es la maximización de la riqueza, y la maximización de la riqueza se consigue atribuyendo cualesquiera bienes a aquellos que están en disposición y voluntad de pagar por ellos”.

Para ilustrar, siguiendo a DWORKIN (1998, p. 260), “un individuo maximiza su propia riqueza cuando incrementa el valor de los recursos que posee; cada vez que, por ejemplo, puede comprar alguna cosa que valora por una suma inferior al máximo que estaría dispuesto a pagar por ella. El valor de dicha cosa, para él, se mide por el dinero que pagaría si fuera necesario; si logra pagar \$ 4, digamos,

⁵⁴ POSNER (1998-I), p. 23. *Vid.* también, PAZ-ARES (1981), pp. 630 y 630; SCHÄFER/OTT (1991), pp. 45 y 46; y MERCADO PACHECO (1994), pp. 54-57.

para obtener aquello por lo que pagaría \$ 5 si fuera necesario, su riqueza ha sido incrementada en \$ 1”.

Noción que, si bien presenta ciertas ventajas respecto a las que le preceden, supone que la “riqueza (el tamaño del pastel) es un valor, de modo que la eficiencia como maximización de la riqueza constituye un principio normativo (incrementar algo valioso)”⁵⁵. Como afirma HIERRO (1994, p. 950), parafraseando a CALABRESI, este criterio no puede aceptarse porque “es imposible definir en qué consiste la riqueza si no conocemos los puntos de partida: ‘la riqueza en cualquier sociedad depende de los gustos, de lo que la gente quiere, de lo que ellos valoran. Pero lo que ellos valoran depende de lo que tienen para empezar. Si no tengo nada, valoraré el alimento, si tengo alimento puede que desee el sexo, si tengo ambos puede que codicie el Derecho, y si tengo el Derecho puede que desee el silencio”’. En paralelo a la imposibilidad de definir la riqueza sin tener en cuenta una asignación inicial de puntos de partida, como asevera DWORKIN (1998, p. 261), este criterio debe rechazarse, pues, entre otros motivos, presenta un carácter cíclico, dado que “para la mayoría de la gente hay diferencia entre la suma que estaría dispuesta a pagar por algo que ya posee y la suma que tomaría a cambio de ello si la lo poseyera”. Circunstancia que lo convierte en un criterio inestable; y, ésta es “una característica muy poco convincente para un criterio de mejora social”. En suma, siguiendo con CALABRESI –citado por HIERRO, 1994, p. 954– es difícil ver cómo un incremento en la riqueza constituye una mejora en una sociedad a menos que promueva algún otro objetivo, como la utilidad o la igualdad... el adelanto de eficiencia es, como tú dices, meramente instrumental y necesita ser añadido a algún balance de aquello para lo que es instrumento antes de que pueda evaluarse”.

137

– Tercero, conviene tener en cuenta las propias limitaciones del método analítico de la economía. Una de las características de la ciencia económica es que, en la determinación de los fenómenos que son objeto de estudio, no especifica los elementos que permiten identificar a las conductas humanas susceptibles de análisis, sino que “únicamente logra atribuirles una significación económica”, posibilitando que respecto a ellas sean aplicables las herramientas analíticas y conceptuales elaboradas por la propia ciencia económica. Es decir, se parte de la “suposición de que ciertas conductas se realizan *como si* los hombres que las ejecutan tuvieran en cuenta ciertos motivos específicos”. Motivos que, en términos generales, pueden identificarse con la postulación de una conducta maximizadora, el equilibrio de mercado y las preferencias estables, siempre que se presuponga un contexto de medios escasos y fines en competencia. En síntesis, la búsqueda de un lucro o de una maximización de utilidad en un contexto de escasez⁵⁶.

Enfoque que ha pretendido elevar a la economía a la categoría de ciencia y a autocalificarse como la teoría “marco” de las demás ciencias sociales⁵⁷. Esto

⁵⁵ HIERRO (1998), p. 135.

⁵⁶ COSSÍO DÍAZ (1997), pp. 192-194 y 196.

⁵⁷ BECKER (1980), p. 18.

es, en un sentido ‘maximalista’ o de ‘imperialismo económico’⁵⁸; atribuyéndole una “capacidad heurística superior a la de otras teorías que, por lo mismo, podrán ser objeto de refutación”⁵⁹. De tal forma que se propone una hipótesis de conducta paradigmática y universal, capaz de explicar todos los comportamientos del individuo en el ámbito de las relaciones sociales, imponiendo un canon interpretativo, basado en la racionalidad maximizadora del individuo, y monopolizando la descripción de la realidad jurídica.

De hecho, la cuestión del *método* económico es un aspecto de crucial importancia, especialmente entre quienes piensan que lo característico de la economía no es la materia objeto de estudio, sino precisamente el método que emplea, puesto que, al proporcionar un enfoque *generalizador o universal*, posibilita la extensión del objeto de estudio a numerosas esferas del comportamiento humano⁶⁰. Ahora bien, aunque el enfoque económico pueda aplicarse a cualquier conducta humana, no se desprende que pueda explicar todos los aspectos de la misma.

La ciencia económica parte como principio de una reducción formal del objeto económico susceptible de estudio (*reduccionismo*). Es, en definitiva, diseccionista y su valor cognoscitivo se encuentra fuertemente relacionado con la delimitación precisa de un problema y el aislamiento de otros problemas que se acostumbra a tratar indiferenciadamente⁶¹. Esto quiere decir que como ciencia tiende a la autolimitación⁶².

138 Sin embargo, este reduccionismo, fruto de una elección convencional, desemboca en una pérdida de toda referencia con la realidad que pretende describir. Con el propósito de comprender el comportamiento de los grupos, se parte de la base de que esto sólo es factible a partir del conocimiento de la conducta de los individuos que los constituyen cuya actitud es maximizadora de utilidad, su comportamiento se estima racional y el entorno, lejos de operar como un determinante, actúa como definidor de límites⁶³. Esto es, presuponiendo el sentido de todas las conductas económicas. A partir de la asunción de una serie de principios (individuos con necesidades y escasez de medios para su satisfacción), se construye una “teoría general” que pretende abarcar la totalidad de fenómenos económicos, pero paralelamente se obvian todos aquellos que no son reconducibles a dichos principios.

Por ejemplo, toda persona tiene diversos espacios de valoración que dificultan la intercomparabilidad de utilidades; además, conviene tener presente que la racionalidad económica obvia el rol jugado en los asuntos sociales por la no-intencionalidad, el comportamiento no racional y la coerción. A

⁵⁸ Una exposición de las causas que han motivado la aparición de lo que se ha denominado como “imperialismo económico” en, COSSÍO DÍAZ (1997), p. 13.

⁵⁹ VÁZQUEZ (1996), p. 144.

⁶⁰ PASTOR PRIETO (1989), p. 33; y BECKER (1980), p. 12.

⁶¹ CALSAMIGLIA (1987), p. 268.

⁶² En términos similares, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA (1991), pp. 10, 14 y 15.

⁶³ TOMÁS CARPI (1984), p. 50.

su vez, es discutible que el comportamiento y la acción social y política se reduzcan exclusivamente al comportamiento y a la acción de los individuos, pues, determinados procesos sociales, aunque manifestados individualmente, son el producto de procesos colectivos en los que interactúan grupos ligados y contrapuestos por intereses y trascendencia social⁶⁴.

En paralelo, pese a que el método analítico de la economía se presenta con un halo de cientificidad y objetividad (en definitiva, neutro)⁶⁵, lo cierto es que los postulados que lo fundamentan (recuérdese, los hombres tratan de incrementar racionalmente su propia utilidad y procurar su beneficio personal, sabiendo con claridad lo que para ellos es útil o inútil), no dejan de ser juicios éticos “mínimos”. En efecto, “una cosa es aplicar criterios económicos al análisis de las instituciones jurídicas, y otra considerar como único criterio correcto de las prescripciones jurídicas la contribución al incremento de la felicidad del mayor número de personas (que es el punto de vista de BENTHAM). En el primer caso, se trata de la aplicación de valoraciones en términos de costes y beneficios a las normas jurídicas, y en el segundo de valoraciones éticas”⁶⁶. En definitiva, por tanto, pese a su admisión generalizada, nada impide que puedan plantearse otros juicios alternativos.

Otro aspecto a tener en consideración, como se ha apuntado, es que la evaluación social sobre la bondad y necesaria prevalencia de una regla depende de la jerarquía que, en su interpretación, deba darse a los distintos valores, principios y objetivos⁶⁷; o, en otros términos, se reduce a una valoración de los costes y beneficios relevantes que comportan. Valoración que no siempre podrá traducirse en términos monetarios. En efecto, si bien es cierto que la *monetarización* es un sistema extraordinariamente útil que permite comparar magnitudes heterogéneas, en múltiples ocasiones debe descartarse porque no es suficientemente preciso (se queda corto). Sin olvidar que, en determinados casos, aunque fuera posible, el juego transaccional del mercado debe rechazarse porque repugna a la sociedad⁶⁸.

– Cuarto, los principios sobre los que se fundamenta la ciencia económica no dejan de enunciar –como expone MERCADO PARCHECO, 1994, p. 120 y 124– “una tautología que no puede ser sometida a refutación o contrastación”, produciéndose una descontextualización de la noción de racionalidad. Hasta el punto de que “al no existir algo que pueda medir la utilidad, se puede atribuir esta finalidad a cualquier comportamiento; partiendo de que todo individuo actúa según su propio interés, o según sus deseos o preferencias, y no definiendo lo que se entienda por interés es casi imposible demostrar que alguien actúe en contra de sus intereses (...). De esta forma se puede asignar una racionalidad económica a actividades diversas y contrapuestas en tanto que todas demuestran un interés por su realización”. En

⁶⁴ TOMÁS CARPI (1984), pp. 51 y 52.

⁶⁵ Defendiendo la neutralidad del AED, ALFARO ÁGUILA-REAL (2007), p. 7.

⁶⁶ REBUFFA (1985), p. 163. Ver al respecto también, HIERRO (1994), pp. 951-953.

⁶⁷ PASTOR PRIETO (1989), p. 40.

⁶⁸ CALABRESI (1984), p. 111.

definitiva, la asunción del principio utilitarista implica que la fuente fundamental de conocimiento es la *introspección*, una *suposición* de quien realiza una conducta humana persigue un determinado fin, o lo que es lo mismo, la explicación de todo, sin mostrar nada⁶⁹.

– Quinto, si la teoría de los derechos individuales de propiedad se ha presentado como una alternativa al dilema de la intervención del Estado, como apunta MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA (1991, p. 10 y 11), “se llega a la paradójica situación que para lograr una mayor extensión de los derechos de propiedad es inevitable una consiguiente regulación que posibilite esa extensión”, es decir, un incremento sustancial de la actividad reguladora de los poderes públicos⁷⁰. Para el AED, paradójicamente, el Derecho es redundante, salvo para definir y proteger a los derechos de propiedad.

– Y, sexto, siguiendo la exposición de CALSAMIGLIA (1987, pp. 274-278), existen una serie de defectos, que podrían calificarse como *estructurales*, que muestran que en determinadas circunstancias la “mano invisible” del mercado no funciona. Se trata de supuestos que no están vinculados a las deficiencias del “meta-mercado”, sino que muestran las limitaciones de la hipótesis fundamental de los partidarios de la libertad de mercado.

El primero de estos supuestos, se refiere a lo que se conoce como el *dilema del prisionero*. En determinadas circunstancias, no existe una relación directa entre racionalidad y eficiencia, y el individuo racional y egoísta consigue unos resultados peores que si siguiera los intereses colectivos (si externamente se obligara a la cooperación aumentaría el bienestar social)⁷¹.

El segundo de los supuestos, se refiere a los *bienes públicos*. A diferencia de los bienes privativos, los públicos no son excluyentes, por lo que es posible que una persona actuando *racionalmente* se beneficie de su uso sin contribuir a su coste, pudiendo destinar sus recursos al consumo de bienes privados (lo que genera la aparición de los *free raiders*). En el extremo, si todos los individuos se comportaran racionalmente (y de un modo egoísta) todos se acabarían comportando como *free raiders*. Conducta que, evidentemente, conduciría a la quiebra del sistema

⁶⁹ TOMÁS CARPI (1984), p. 53.

⁷⁰ También se le achaca (TOMÁS CARPI, 1984, pp. 56-58 y 60) –entre otras circunstancias– que muchos de los costes de transacción identificados por COASE son la consecuencia del desequilibrio en el mercado más que la causa, lo que refuta la hipótesis de su perfección como método de asignación. Realmente, el origen del problema no está tanto en los costes de transacción como en la imperfecta información existente en el mercado. Además, cuando la externalidad es compleja o ambigua, siendo sus efectos poco predecibles es imposible negociar (por ejemplo, los efectos derivados de nuevos productos químicos o mutaciones genéticas artificiales, etc.). Circunstancia que se agudiza cuando la información de los implicados es insuficiente y los costes de información que un conocimiento más preciso implicaría. Además, conviene tener presente los límites sociales o naturales a la negociación de algunas partes, como por ejemplo, de las nuevas generaciones, pues no pueden negociar el futuro con aquellos que lo hacen en el presente.

⁷¹ La ciencia económica sostiene que la cooperación es poco probable cuando el *juego* no se repite, pues falta información sobre los demás jugadores o el número de ellos es muy elevado. En cambio, se observan conductas cooperativas cuando los individuos interactúan repetidamente, tienen mucha información recíproca y el grupo está caracterizado por pocos participantes.

(a la desaparición de los bienes públicos), a no ser que se imponga algún tipo de intervención externa⁷².

El tercer supuesto, se refiere a las citadas externalidades. Como se sabe, su existencia (tanto si son positivas como negativas) supone una alteración sustancial en la determinación de los precios del mercado (especialmente, porque el perjuicio o el beneficio que genera no lo paga o lo cobra quien la produce). Si bien es cierto que la teoría de los 'Property Rights' trata de evitar este problema, exigiendo un completo y exhaustivo reconocimiento de los derechos de propiedad, no cabe duda que los supuestos de equilibrio competitivo que promulga la teoría del libre mercado son excepcionales.

Y, finalmente, pese a que se estima una de las virtudes del sistema de libre mercado es que potencia la información al máximo al mínimo coste, lo cierto es que son muchas las situaciones en las que se constata una asimetría de información. Fenómeno que, de nuevo, altera sustancialmente el funcionamiento del mercado (que, por sí solo, es incapaz de alcanzar un resultado eficiente) y que, si se quiere evitar, exige una acción cooperativa-no egoísta.

En definitiva, la descripción de estos escenarios pone de manifiesto la incapacidad del mercado para alcanzar soluciones óptimas, evidenciando la necesidad de "diseñar instituciones alternativas para la toma de decisiones que canalicen los intereses racionales y egoístas"⁷³.

3.4. (PESE A SUS DISFUNCIONALIDADES) VIRTUDES DEL MÉTODO ANALÍTICO DE LA ECONOMÍA

De lo expuesto hasta ahora, no debería colegirse que la existencia de ciertas limitaciones o disfuncionalidades deba traducirse necesariamente en el rechazo del AED y, específicamente, de su método de análisis. El hecho de que no pueda explicarlo *todo*, no significa que no pueda explicar *nada*⁷⁴. En efecto, aunque se descarte la perspectiva unidireccional que propone la lógica utilitarista, no debe concluirse la completa inadecuación de la metodología económica o de su capacidad analítica. Especialmente, si se tiene en cuenta que "la teoría económica ha utilizado profusamente instrumentos analíticos formales muy sofisticados para apuntalar sus tesis"⁷⁵. Por ello, puede afirmarse que su utilidad no reside tanto en las posibilidades de describir detalladamente la realidad, sino "en la luz que puede ofrecer para plantear problemas, para preguntarse desde el modelo por qué la realidad es como es y para proponer medidas para mejorar la sociedad"⁷⁶.

Desde este enfoque, siguiendo a CALSAMIGLIA (1988, p. 306), es claro que puede constituirse en una herramienta de interpretación útil para "vislumbrar problemas no planteados en la teoría jurídica como es el de evaluar cuáles sean los medios

⁷² CALSAMIGLIA (1993), pp. 17, 20 y 21.

⁷³ CALSAMIGLIA (1987), p. 278.

⁷⁴ CORONA (1993), p. 39.

⁷⁵ CALSAMIGLIA (1987), p. 268.

⁷⁶ CALSAMIGLIA (1987), p. 268.

jurídicos arbitrados para conseguir un determinado objetivo social, sobre todo si se parte de la perspectiva de que *‘lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue’*⁷⁷. De hecho, siguiendo con el citado autor, “el arte de la economía consiste en elegir hipótesis que simplifiquen el problema lo suficiente para que puedan entenderse mejor determinadas características del mismo. Ahora bien, estas hipótesis se elaboran porque el mundo económico es demasiado complejo para analizarlo ‘totalmente’”.

Por tanto, sería un error, parafraseando a GÓMEZ POMAR (1993, p. 87), atribuir a la economía la capacidad de comprender la realidad, describirla y abarcarla en toda su complejidad y todos sus detalles y matices; debiéndose, en cambio, de atribuir la virtud de explicar la realidad a través de una serie de rasgos o factores estimados como relevantes (y que pueden variar, cambiando así tal vez la explicación), y predecir cómo el cambio de los factores considerados puede influir en la situación de conjunto que se alcance.

El análisis económico tiende hacia la construcción de modelos racionalizadores y simplificadores de la complejidad legal. Y, precisamente, su virtud reside en las posibilidades de ofrecer modelos sencillos que hacen abstracción de aspectos concretos de la realidad social. Es decir, construye proyecciones generales que puedan ser usadas “para diseñar políticas, para evaluar, conectando fines y medios, los procedimientos y doctrinas legales y elegir entre las diversas alternativas de decisión aquella que sea congruente con los objetivos prefijados”⁷⁸. Lo que permite afirmar que la economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia⁷⁹. Circunstancia que posibilita el acercamiento empírico al estudio de los “hechos” desde el análisis del Derecho.

142

La construcción de modelos ideales no sirve, quizás, para describir la realidad, puesto que es evidente que en la realidad social no se da nunca el modelo, sino para evaluar “desde el modelo por qué la realidad es como es y para *proponer desde el modelo medidas de modificación*”⁸⁰. Debe repararse que “la ciencia económica no gira alrededor de ‘explicaciones de detalle’, sino de ‘explicaciones de principio’, de contextos generales y de tendencias. Por eso basta con que la hipótesis legal represente una aproximación suficiente a la realidad y coincida con ella en general”⁸¹. Se prefiere, por tanto, construir un modelo, un esquema de relaciones, en el que las premisas queden firmemente establecidas y puedan ser usadas para derivar un análisis consistente del problema bajo su consideración⁸².

Otra de las virtudes del AED es que ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes⁸³.

⁷⁷ CALSAMIGLIA (1987), p. 284.

⁷⁸ MERCADO PACHECO (1994), pp. 229 y 230.

⁷⁹ COOTER/ULEN (1998), p. 14.

⁸⁰ CALSAMIGLIA (1988), p. 306.

⁸¹ HAYECK y POPPER, *cit.* SCHÄFER/OTT (1991), p. 65.

⁸² MERCADO PACHECO (1994), p. 230.

⁸³ COOTER/ULEN (1998), p. 14.

Dada una realidad jurídica determinada, proporciona un medio para derivar predicciones sobre la conducta de los individuos, o bien, un medio de derivar un conjunto de normas que persuadan la conducta socialmente deseada⁸⁴. Lo que, sin duda, repercute en la metodología analítica, puesto que permite el tránsito de un método de análisis *inductivo* (jurídico) a uno *deductivo* (económico).

En definitiva, a pesar de sus defectos, con este método, siguiendo a CALABRESI (1985, pp. 221 y 226), se puedan “alcanzar ciertos resultados, ciertos modos de vivir y de observar las cosas que son bastante prácticos y que, consiguientemente, constituyen en sí mismos una ventaja”. Especialmente, porque en lo relativo a la discusión de cuestiones prácticas del Derecho, ninguno de los métodos analíticos alternativos existentes es capaz de superar al AED.

3.5. BREVE (PERO NECESARIA) APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN QUE SUSCITA EL CONFLICTO ENTRE LA EFICIENCIA Y LA JUSTICIA

La aceptación del enfoque que propone el AED –asumidas sus limitaciones–, desvela una dimensión de suma trascendencia, pues, obliga a determinar cuál es la relación existente entre la Justicia y la eficiencia, esto es, nos adentra en la compleja discusión de la “Teoría de la Justicia”⁸⁵. Sin pretender extendernos al respecto, por exceder el objeto de nuestro estudio, sí queremos destacar ciertos aspectos que consideramos de sumo interés; especialmente, porque consideramos que contribuirá a contextualizar debidamente la aproximación que nos hemos propuesto. Y, sobre todo, puede aparecer como un contrapunto a la espiral reformista en la que se halla el Derecho del Trabajo.

Si bien rechazamos la idea, defendida por la corriente radical del AED, que trata de convertir a la eficiencia en “el” criterio de la Justicia⁸⁶, pues, no es socialmente razonable que el único criterio de valoración de un sistema sea la eficiencia⁸⁷; entendemos, no obstante, que es un parámetro de análisis ineludible a la hora de comprender la exégesis del sistema jurídico en general. *Junto a otros valores concurrentes* como, por ejemplo, la equidad, la forma cómo se redistribuye la riqueza y si se hace con la suficiente seguridad jurídica⁸⁸, debe tenerse en cuenta que la noción de *eficiencia es una variable más* (“una de las visiones de la catedral”⁸⁹; o un “ingrediente más”⁹⁰) de la Justicia. Esto es, es una condición necesaria pero no suficiente⁹¹.

⁸⁴ MERCADO PACHECO (1994), nota 33, p. 230.

⁸⁵ Una excelente aproximación, entre otros, en HIERRO (1998), pp. 129-171.

⁸⁶ HIERRO (1998), p. 131.

⁸⁷ CALSAMIGLIA (1987), p. 279.

⁸⁸ PASTOR PRIETO (1989), pp. 39 y 40.

⁸⁹ CALABRESI/MELAMED (1996), nota 2, p. 348.

⁹⁰ HIERRO (1998), p. 131.

⁹¹ CALSAMIGLIA (1987), p. 279.

En este sentido, CALABRESI (1985, p. 227) afirma que “la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil”. Pero, en paralelo, a pesar de “el problema distributivo forma parte de la justicia”, tampoco puede afirmarse que la justicia sea sólo distribución. Lo que le permite concluir afirmando que “bajo la sombrilla de la justicia conviven otras nociones de justicia”.

En términos similares, CALSAMIGLIA (1987, p. 271) asevera que si se estima importante fomentar *una cierta idea* de justicia, puede ser deseable sacrificar cierta eficiencia en pro de una mayor equidad⁹². Lo que no significa que ambas metas se encuentren inexorablemente en una situación de exclusión recíproca. Por consiguiente, el Derecho debería aspirar al cumplimiento simultáneo de dos paradigmas: la promoción del uso eficiente de los recursos y la equidad o redistribución de la riqueza. De todos modos, aunque no puede concluirse que una mezcla apropiada de eficiencia y distribución sea lo mismo que la Justicia, no cabe duda que se trata de un instrumento para alcanzarla⁹³.

4. CONCLUSIONES

144 La argumentación ensayada hasta aquí nos permite suscribir algunas “ideas-síntesis” y establecer provisionalmente algunas conclusiones:

1. El presente ensayo ha pretendido, al igual que otros autores con anterioridad, insistir en la necesidad de tender algunos puentes que contribuyan a disipar los recelos del dogmatismo jurídico hacia el AED y, sobre todo, desvincularlo de determinadas concepciones ideológicas a las que tradicionalmente se le acostumbra a hermanar.

Por otra parte, quisiéramos advertir que somos conscientes que en esta breve aproximación al AED nos hemos visto forzados a prescindir de muchos detalles no desdeñables. Como es lógico, la generalización que la falta de espacio nos impone, nos ha imposibilitado profundizar en las tesis fundamentales que vertebran esta disciplina. Aspecto que, creemos, debemos resaltar debidamente.

2. La utilización del método analítico de la economía para comprender la exégesis del sistema jurídico se aleja sustancialmente de lo que, en términos generales, se conoce como *positivismo formalista*. El dogmatismo jurídico ha obviado el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia; pecando de autosuficiencia.

Precisamente, para evitar estos efectos, la crítica normativa no debe desentenderse de la sociedad en la que se crea y se aplica el Derecho, sino que debe aspirarse

⁹² POLINSKY (1985), p. 21. También, CALSAMIGLIA (1987), p. 287; y PASTOR PRIETO (1984), p. 159.

⁹³ HIERRO (1994), p. 955.

a su conocimiento integral, tomando conciencia de la realidad social. Esta perspectiva, que puede subsumirse en lo que genéricamente se conoce como *realismo antiformalista*, no debe interpretarse como una ruptura con el método jurídico tradicional, sino como un intento de conocer más profundamente la realidad jurídica. Partiendo de la base de que la comprensión de la función real del Derecho sólo puede ser adecuadamente comprendida si partimos del análisis de las estructuras normativas, el análisis jurídico exige una explicación global y, por ello, precisa de un enfoque científico capaz de situar la secuencia jurídica en una perspectiva más amplia.

El AED, en cambio, a partir del concepto de eficiencia, ofrece un método de análisis que puede proponer algunas respuestas a la hora de determinar la efectividad de la norma, la forma como estas medidas influyen en los individuos, si son capaces de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto. La ventaja del AED frente a la ciencia jurídica a la hora de dar respuesta a estas incógnitas es que la naturaleza *conductista* de la teoría económica, en base a unos determinados postulados, permite predecir el comportamiento de los individuos ante la norma jurídica, posibilitando el estudio de los efectos previsibles del sistema jurídico y ofreciendo criterios que permiten delimitar la ‘bondad’ o ‘maldad’ de esos efectos y las normas. Erigiéndose en *un medio* para identificar las posibles incoherencias del modelo legal en un contexto determinado. En definitiva, a partir de un procedimiento de evaluación objetivable, se entiende que la norma repercute en la conducta humana, induciendo unos resultados que pueden ser calificados como ‘buenos’ o ‘malos’ por la sociedad.

145

Aproximación, sin duda revolucionaria desde la perspectiva del Derecho, especialmente, porque para la corriente positiva del AED, el mercado se erige en el paradigma fundamental, de tal modo que la mediación normativa de la economía sobre el sistema normativo, se traduce en la afirmación de que éste tiene una racionalidad puramente económica, regido por la lógica racional de la eficiencia económica. Hasta el extremo de que, si se dan determinadas condiciones y, particularmente, una correcta y exhaustiva definición de los derechos de propiedad, la *estructura del Derecho es redundante*.

Sin embargo, frente a la aproximación imperialista de la “Escuela de Chicago”, existen ciertas disfuncionalidades que descartan la validez de este enfoque. Sin pretender reiterar en este estadio de la exposición las objeciones expuestas, podemos afirmar que tras el aura de cientificidad que acompaña al método analítico la economía, se esconde una construcción conceptual articulada a partir de juicios de valor; un concepto de racionalidad tautológico y la cuestión económica reducida a un cálculo maximizador difícilmente evaluable. Lo razonable, en cambio, es entender que el análisis económico es “una” de las visiones de la catedral (CALABRESI/MELAMED).

3. A pesar de sus defectos y limitaciones (en comparación con otros métodos de análisis), la metodología analítica de la economía es un instrumento muy

indicado para la discusión de cuestiones prácticas del Derecho. O, dicho de otro modo, la correcta interpretación de las disfuncionalidades apuntadas permite una mensuración adecuada de la utilidad que debe atribuirse al aparato analítico de la economía. Como afirma CALABRESI (1985, p. 226), éste es un instrumento con importantes virtudes, pues, se puedan “alcanzar ciertos resultados, ciertos modos de vivir y de observar las cosas que son bastante prácticos y que, consiguientemente, constituyen en sí mismos una ventaja”.

4. Descartando aproximaciones maximalistas o de imperialismo económico, puede afirmarse que no es deseable que el único criterio de valoración de un sistema sea la eficiencia. No obstante, asumiendo que lo importante de una Ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue (CALSAMIGLIA), puede defenderse que la eficiencia es un “ingrediente” más de la Justicia, por tanto, necesario, aunque no suficiente. En definitiva, al Legislador, debe exigírsele, no sólo que persiga la consecución de principios “bondadosos”, sino que también asuma la realizabilidad, el cumplimiento y la observancia de la norma (CALSAMIGLIA).

5. El impuso de las recientes reformas laborales, lejos de articularse a partir de planteamientos integradores de estos métodos analíticos, han adoptado, lideradas principalmente por economistas, una deliberada derivada utilitarista, monopolizando la descripción de las instituciones nucleares de la realidad jurídico-laboral e instrumentalizándolas, sin atender a sus severas limitaciones. En este escenario, cobra fuerza la improrrogable necesidad –defendida en estas páginas– de respetar lo jurídico y articular aproximaciones interdisciplinarias respetuosas entre sí.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, (2007) “Los juristas –españoles– y el análisis económico del derecho”. *Revista InDret*, 1.

BECKER (1980), “El enfoque económico del comportamiento humano”, *Información Comercial Española*.

CALABRESI (1984), *El coste de los accidentes*, Ariel, Madrid.

CALABRESI (1985), “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, II.

CALABRESI/MELAMED (1996), “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: una vista de la catedral”, *Estudios Públicos*, 63, www.cepchile.cl/dms/archivo_1091_666/rev63_calabresi.pdf (consulta, 21.01.2013).

CALSAMIGLIA (1987), “Eficiencia y derecho”, *DOXA*, 4.

CALSAMIGLIA (1988), “Justicia, eficiencia y derecho”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1.

CALSAMIGLIA (1993), *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México.

- COASE (1981), “El problema del coste social”, *Hacienda Pública Española*, 68.
- COOTER/ULEN (1998), *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México.
- CORONA (1993), “La racionalidad en el análisis económico”, en *Análisis Económico del Derecho y de la Política* (Ed. Puy Fraga). Fundación Afredo Bañas, Santiago de Compostela.
- COSSÍO DÍAZ (1997), *Derecho y análisis económico*, Fondo de Cultura Económica. México.
- DE COSSIO (1966), “La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*.
- DEMSETZ (1981), “Hacia una teoría de los derechos de propiedad”, *Papeles de Economía Española*, 68.
- DURÁN Y LALAGUNA (1992), *Una aproximación al análisis económico del derecho*, Comares, Granada.
- DWORKIN (1998), “¿Es la riqueza un valor?”, *Estudios Públicos*, 68, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica03.pdf (consulta, 21.01.2013).
- GÓMEZ POMAR (1993), “El derecho de los accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas”, en *Análisis Económico del Derecho y de la Política* (Ed. Puy Fraga), Fundación Afredo Bañas, Santiago de Compostela.
- GÓMEZ/PASTOR (1990), “El Derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, *Anuario Derecho Civil*.
- HERRERO (1993), “Racionalidad individual-irracionalidad social”, *DOXA*, 13.
- HIERRO (1994), “La pobreza como injusticia (Dworkin v. Calabresi)”, *DOXA*, 15-16.
- HIERRO (1998), “Justicia, Igualdad y Eficiencia”, *Isonomía*, 9.
- HIERRO (2002), “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)”, en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y ORTEGA (1991), *La metodología neoclásica y el Análisis Económico del Derecho*, Publicaciones de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, Barcelona.
- MERCADO PACHECO (1994), *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- MONEREO PÉREZ y FERNÁNDEZ AVILÉS (1997), “Caracterización técnico jurídica del fenómeno extintivo producido por causas del funcionamiento de la empresa: artículos 51 y 52.c LET”, *REDT*, 85.
- PASTOR PRIETO (1989), *Sistema jurídico y economía*, Tecnos, Madrid.
- PASTOR PRIETO (1984), “Una introducción al análisis económico del derecho”, *Hacienda Pública Española*, 89.

- PAZ-ARES (1981), "La economía política como jurisprudencia racional", *Anuario Derecho Civil*.
- PAZ-ARES (1995), "Principio de eficiencia y derecho privado", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, v. 3, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ LLEDÓ (2000), "Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual", *DOXA*, 23.
- POLINSKY (1985), *Introducción al análisis económico del derecho*, Ariel, Madrid.
- POSNER (1998-I), *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- POSNER (1998-II), "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho". *Estudios Públicos*, 69, www.cepchile.cl/dms/archivo_1088_333/rev69_posner.pdf (consulta, 21.01.2013).
- REBUFFA (1985), "El análisis económico del derecho", *Anales de Cátedra Francisco Suárez*, 25.
- ROEMER (1994), *Introducción al análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL/PASTOR PRIETO/LOSCOS FERNÁNDEZ (1987-1988), "Sobre el papel de las disciplinas económicas en los estudios de Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*.
- SCHÄFER/OTT (1991), *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid.
- SCHOTTER (1987), *La economía de libre mercado. Una valoración crítica*, Ariel, Madrid.
- SCHWARTZ GIRÓN (1980), "Teoría Económica de los derechos de apropiación", en *La nueva economía en España y Francia*, Forum Universal Empresa, Madrid.
- SCHWARTZ/CARBAJO (1981), "Teoría económica de los derechos de propiedad", *Hacienda Pública Española*, 68.
- SPECTOR (2003), "Justicia y Bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado", *DOXA*, 26.
- TOMÁS CARPI (1984), "El enfoque de los 'property rights': una revisión crítica", *Hacienda Pública Española*, 89.
- TORRES LÓPEZ (1987), *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*, Tecnos, Madrid.
- VÁZQUEZ (1996), "Comentarios sobre algunos supuestos filosóficos del análisis económico del derecho", *Isonomía*, 5.