

VALORES ÉTICOS Y DERECHO ECONÓMICO

Pedro OJEDA PAULLADA

I. INTRODUCCIÓN

1. *Los valores*

Aceptamos con Frondizi que los objetos “son”; los valores no “son”, sino que “valen” y se presentan desdoblados en un valor positivo y el correspondiente valor negativo. Esta polaridad implica la ruptura de la indiferencia: frente a los valores no hay indiferencia posible.

No únicamente Nicolás Hartmann, el creador de la ética valorativa, ni H. Lotze, señalado como el fundador de la axiología moderna y a quien se atribuye la introducción del concepto específico de “valor” (aunque, en opinión de Frondizi, los economistas, y en particular Adam Smith, fueron los primeros en interesarse por los valores), sino también diversos tratadistas, desde Aristóteles, Spinoza, Schiller y Kant, hasta Bertrand Russell, Meinong y Ehrenfels (con su célebre polémica sobre la subjetividad de los valores), pasando por Max Scheller y John Dewey, han estudiado con profundidad los problemas fundamentales de la axiología, con especial interés en la jerarquía de valores, o sea lo que conocemos como “escala axiológica”.

Los valores menos importantes o más “bajos” son los que se refieren al agrado o desagrado que nos provoca una cosa, y por regla general, están vinculados a una “opinión”. Los que podrían considerarse intermedios, menos mudables que las opiniones y, por supuesto, más relevantes, suelen encontrarse entrelazados con lo que se conoce como “actitud”, y por último, los valores fundamentales o estructurales que son (también en términos de la ética moderna) las “creencias”.

2. *Los valores y la subjetividad*

Entre los valores que ocupan los puntos más altos de la escala axiológica están los valores éticos y los valores sociales. Su permanencia e inmutabilidad, sumadas al hecho de que casi todos coincidimos con ellos,

ha llevado a sostener que ya no son “subjetivos”. Sin embargo, desde el momento en que los valores no “son” sino que “valen”, es imposible demostrar objetivamente su valor. Es decir, las proposiciones axiológicas (incluyendo las de naturaleza ética) no son ni verdaderas ni falsas. Serán, esto sí, valiosas o no, pero como su valor no se encuentra en un objeto, justo es admitir que se encuentra en el sujeto que lo propone.

Todo valor es, por definición, subjetivo y revela una opinión, una actitud o una creencia de la persona que lo defiende. En cuanto a la opinión, podemos decir que *de gustibus et coloribus non disputandum*. Las actitudes forman parte de la personalidad, y aunque pueden llegar a cambiar, es menor el número y variedad de circunstancias que las afectan. Por su parte, en el nivel más profundo de la personalidad se encuentran las creencias, que casi siempre se ocupan de los valores supremos de la escala axiológica (como los éticos y los religiosos) y son muy poco mudables al grado que, en ocasiones, se les mantiene contra la razón y la conveniencia.

3. *La justicia*

Hoy en día se cree, sobre todo siguiendo a Rawls, que la justicia es un valor de valores, es decir, se afirma que en la justicia se encuentran tanto los valores éticos como el conjunto de creencias axiológicas sobre lo que debe ser la sociedad y el trato entre los seres humanos. Esto se debe a que la justicia pretende encontrar el núcleo valorativo común, el punto de equilibrio, la equidad entre valores opuestos.

La justicia es llevar la tolerancia y la razón a la intolerancia de lo irreductible para conservar lo valioso de los opuestos y permitir su realización. No es extraño, dígame de paso, que ante un problema semejante, Platón llegara a decir en *Las leyes* que la justicia consiste en “atar los opuestos con la dorada cuerda de la razón”.

Más que un valor que exista en sí mismo, la justicia es propiamente un método, un camino, el *Tao* para descubrir qué hay en verdad de socialmente valioso en otras creencias, en otros “valores”. Su punto de partida es la equidad: los opuestos valen por igual; mas como no se trata de un balance mecánico, de una medida aritmética, sino de llegar a un juicio sobre el valor de los valores, procede *sistemáticamente*, considerando el *holograma* social y axiológico, de tal manera que su decisión sobre el valor relativo de dos valores opuestos descansa en los demás valores que sustenta esa sociedad.

4. *Justicia y democracia*

Una sociedad que carece de un acuerdo sobre sus valores centrales, o lo que es igual: una sociedad sin justicia, carece también de viabilidad, y termina destruida por sus contradicciones internas. La justicia como valor de valores sólo puede darse verdaderamente en un sistema democrático, expresión que no ha de entenderse, por supuesto, en su sentido meramente formal, como ciega aplicación de la regla de la mayoría, sino como la coexistencia razonable, equitativa, de diversos poderes (la poliarquía en el sentido de Dahl).

En cierto sentido, por ende, la justicia y la democracia no son sino dos facetas de un solo sistema axiológico, toda vez que una no llega a darse cabalmente sin la otra. Sin una pluralidad ética y política, sin la existencia de creencias valorativas dispares, sin la poliarquía propia de la democracia, la justicia es imposible; y sin un método razonable, equitativo y tolerante para llegar a precisar los valores fundamentales del conjunto social, la democracia, a su vez, carece de sustento.

5. *El actual problema de la justicia*

Según Hermann Nohl, el problema de la justicia en nuestros tiempos se refiere ante todo a la igualdad de la persona frente a la distribución histórica de los bienes y de las condiciones de desarrollo. Se trata de un problema que debe ser resuelto, y como nos lo ha recordado Habermas, la razón práctica que no sólo aspira a lo posible y a lo adecuado, sino también a lo bueno, se mueve en el terreno de la ética. El derecho tutela valores éticos y requiere de un sistema democrático en el que participen e interactúen las fuerzas económicas, políticas y sociales. La democracia resulta ahora un requerimiento esencial para la vida en sociedad.

6. *El derecho*

El instrumento para reconocer y fijar tales acuerdos fundamentales es el derecho, que como se ha dicho tantas veces, consagra el *mínimo ético*, los elementos de justicia esenciales y necesarios para que la vida social sea posible.

Visto desde esta perspectiva, el derecho que surge de un sistema democrático revela el consenso axiológico que sustenta a esa sociedad. En él se consagran los valores a los que se llegó por la tolerancia y la razón,

y de ahí que en él se encuentren las reglas de equidad y los principios fundamentales de justicia que le dan sentido y coherencia a ese grupo humano.

7. *El sociologismo ético y la propiedad privada*

Ahora bien, el desarrollo del sociologismo ético, desde Durkheim hasta Heyde, ha probado la conexión que existe entre la valoración ética y el comportamiento real de los hombres, debido a las costumbres, religión, etcétera, y a la organización jurídica, económica y social de la comunidad en que viven. La asignación de los derechos de propiedad es determinante de la organización y vida de una sociedad. Por ello los valores que postula están directamente relacionados con la determinación y protección de esos derechos. Tiene sentido que un orden jurídico castigue el robo sólo si la sociedad cree en el valor de la propiedad privada. La palabra “privada” procede del latín *privare*, “privar, despojar”, lo que recuerda la antigua visión generalizada de que la propiedad era preponderantemente comunitaria.

Nuestra carta magna consagra la *propiedad originaria* de la nación, la que tiene el derecho de transmitirla a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Al decir de Hazel Henderson, no fue hasta el Renacimiento cuando “se dejó de considerar la propiedad privada como el conjunto de aquellos bienes de los que los individuos, al usarlos, privaban a la comunidad”. Vivimos ahora el reconocimiento generalizado de que debe protegerse y garantizarse la propiedad privada aun cuando también ésta debe quedar sujeta a las modalidades que dicte el interés público. Hoy sabemos también que las expropiaciones tienen que ser decretadas por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

De ese modo, encontramos relaciones entre un régimen económico y una escala jurídica de valores que deben interactuar conforme a una pauta axiológica que siembre y coseche un nuevo derecho.

II. EL NUEVO DERECHO

1. *“La mano invisible del mercado”*

Adam Smith ha sido uno de los más influyentes economistas; su libro *La riqueza de las naciones* (1776) es el germen de la economía moderna, y en él proclamó que había un orden en el sistema económico, y concibió el principio de la “mano invisible del mercado”, según el cual todo indi-

viduo, al buscar egoístamente sólo su propio bien personal, actúa como si fuera dirigido por una mano invisible a lograr lo mejor para todos. En los propios términos de Smith: “todo individuo [...] al buscar su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo”.

2. *Las fallas del mercado*

Según Smith, había armonía entre el interés privado y el interés público. En su visión del mundo económico, cualquier interferencia del Estado en la libre competencia era perjudicial con casi toda seguridad. Hoy, doscientos años más tarde, reconocemos el alcance y las limitaciones realistas de esta doctrina. Sabemos que el mercado tiene “fallas” y que no siempre produce el resultado más eficiente, ni el más justo. La incertidumbre y las imperfecciones del mercado permean todos los sectores de la economía, y siguiendo a Theodore Panayotou, catedrático del Departamento de Economía de la Universidad de Harvard, las deficiencias del mercado no sólo están entrelazadas entre sí, sino también con ciertos factores socioeconómicos y socioculturales, tales como la pobreza, las costumbres y el modo de percibir las cosas; por motivos históricos y socioculturales, muchas de esas fallas del mercado están más generalizadas y son más pertinaces en algunos países que en otros.

3. *La mano visible de la justicia*

Consideramos, con Samuelson, que Adam Smith no tenía totalmente la razón al afirmar que una mano invisible consigue canalizar a los individuos que buscan egoístamente su propio provecho hacia la promoción del “interés público”, si éste comprende una distribución justa de la renta y de la propiedad. Smith no demostró nada de este tipo, como tampoco lo ha hecho ningún economista desde 1776.

Debemos reconocer, por lo tanto, la necesidad de encontrar las formas en que el Estado democrático puede corregir las “fallas del mercado”, de manera que se garantice la eficiencia, la justa distribución de la renta y fomentar estabilidad y un crecimiento económico sustentable. Un nuevo derecho se erige como la “mano visible de la justicia” que se propone “coartar la prepotencia social de ciertas fuerzas de la economía” y principalmente, velar por la realización de la justicia, la seguridad jurídica, la paz, el orden y el bien común.

4. *La intervención del Estado*

Los pensadores que han señalado las características del Estado de derecho nos demuestran el empeño permanente de definir “el imperio de la ley” con sus correspondientes características de generalidad, igualdad, certidumbre y seguridad que la ley produce, al mismo tiempo que se garantiza la libertad dentro de un orden que, en términos de Ortega y Gasset, “no es una presión que desde afuera se ejerce sobre la sociedad sino un equilibrio que se suscita en su interior”.

Las aportaciones modernas, como las del abogado Premio Nobel de Economía, Friedrich Hayek, han actualizado las características del Estado de derecho que nos ponen a salvo de acciones discriminatorias que invadan nuestra libertad y derechos fundamentales; de ahí la necesidad de establecer los límites a la discrecionalidad administrativa y, por ende, la dificultad que entraña crear el derecho con sentido ético para proteger la equidad y la justicia.

Como se ha dicho, ante todas las fallas de la “mano invisible del mercado”, el Estado puede intervenir para tratar de evitar o mitigar sus impactos negativos. En el caso de los monopolios y de algunas externalidades inconvenientes, interviene por ejemplo con leyes antimonopolios y con leyes contra la contaminación, respectivamente. En el caso de la desigualdad, debe intervenir redistribuyendo la renta mediante una política fiscal o con programas de fomento. Sin embargo, estamos muy conscientes de que la intervención del Estado debe ser en todo tiempo juiciosa, prudente y adecuada, limitándose a la mínima necesaria porque puede causar y de hecho ha causado frecuentes distorsiones perniciosas que producen daños mayores que aquellos que se pretendía evitar. También debe evitarse la intervención del Estado que se traduzca en acciones torpes, improcedentes o demagógicas.

5. *El derecho económico*

Estos son temas que atañen no a una nueva rama del derecho sino a un nuevo derecho. Los cambios que hacen época en la historia del derecho se hallan determinados, más que por ningún otro factor del pensamiento jurídico, por las transformaciones que experimenta la imagen del hombre, tal como el legislador la concibe. Un nuevo derecho, un derecho de la sociedad para el desarrollo económico y social, que pone acento en el interés general sobre el individual, que es dinámico, que va más allá de

lo puramente económico porque protege la calidad de vida y el desarrollo social; un nuevo derecho cuyas normas correspondientes tienen una base constitucional clara y que integra derecho y economía reconociendo la superioridad axiológica de la justicia y tomando en cuenta las nuevas realidades económicas y sociales. Nos referimos al derecho económico.

6. *Interrelaciones entre derecho y economía*

Este nuevo derecho es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a la manera como se interrelacionan el derecho y la economía, para lograr los valores establecidos en la Constitución. Trata un aspecto esencial para la dinámica del desarrollo, que es el funcionamiento de la economía y de las fuerzas sociales y políticas, con base en una eficiente producción y adecuada distribución de bienes y servicios para la sociedad.

Debemos reconocer la estructura del derecho económico y a partir de allí, los múltiples y cambiantes instrumentos que requiere el desarrollo de la actividad económica dentro del derecho. No se trata de suponer que por medio de una norma se va a forzar una realidad, sino que por el contrario, hay que conocer cómo actúa la sociedad y cuáles son las fuerzas reales de la economía y del derecho, para poder armonizar las funciones de una y de otro.

En nuestro país se ha incrementado mucho la cultura económica de tipo general, porque sufrimos fenómenos que sólo con un conocimiento más profesional de esta disciplina se pueden comprender, como la inflación, las devaluaciones, la pérdida del poder adquisitivo y otros con los que ya estamos familiarizados. También se difunden mejor los programas, las acciones de gobierno y las expectativas de la sociedad. Estamos profundizando en el conocimiento de una dinámica económica y social, en la cual, los abogados pueden influir concibiendo y aplicando el derecho económico. Los juristas estudiosos del nuevo derecho no deben conformarse con entender la parte jurídica de un asunto sino que deben compenetrarse de la sustancia del problema que se les plantea en su vida profesional, y en este caso deben conjuntar armónicamente el derecho y la economía.

Es imperativo lograr la adecuada concurrencia del derecho y de la economía en el desarrollo del país. Por ello, el Plan Nacional de Desarrollo establece cuáles son los objetivos, políticas y líneas de acción de nuestro país. El Plan Nacional de Desarrollo contiene el objetivo que se marca, la política que se establece, la línea de acción que se sigue y el resultado proyectado, y si cada una de estas operaciones la vemos en función de

algún valor jurídico, como serían las diversas manifestaciones del derecho, podríamos decir que somos parte de un conjunto en donde hay objetivos claros, dentro de un sistema económico que tiende hacia la justicia, y en el que cada uno de nosotros tiene algo que hacer por el mejoramiento colectivo.

No debe haber un sometimiento del derecho a la economía ni de la economía al derecho sino una adecuada *interrelación*. El manejo de ambas disciplinas requiere conocimiento y prudencia para obtener su complementariedad y no su mutua exclusión. Debe haber, desde luego, una interacción entre la economía y el derecho para regular las funciones de aquella, en general, y lograr los objetivos nacionales. Contamos entonces con los elementos conceptuales necesarios para afirmar que el derecho económico es el *conjunto de normas que se da cada sociedad para tratar de armonizar los valores jurídicamente consagrados, con la eficiencia económica en la producción, la distribución y el consumo*.

7. *Características del derecho económico*

Dijo el maestro Manuel R. Palacios que el derecho económico es el conjunto de normas jurídicas originadas en las transformaciones tecnológicas y estructurales de la sociedad, con la finalidad de contribuir al establecimiento de un nuevo orden jurídico; sus normas tienden al equilibrio de los agentes económicos por medio de la reglamentación ya sea por el Estado o por los particulares y que este derecho, con espíritu solidarista, da prioridad al interés general sobre los intereses privados.

Si hay ramas del derecho que podrían ser consideradas como derecho de determinado grupo o clase, el derecho económico busca precisamente para todos la eficiencia y la justicia social, por tanto, es humanista y no un mero mecanismo para fines utilitarios. No se trata sólo de producir para obtener utilidades sino de satisfacer necesidades y dar bienestar a la sociedad. Es dinámico porque está sujeto a cambios, a veces frecuentes, pero la estabilidad y permanencia no son esenciales para este derecho. Las normas que van a regir en una coyuntura económica tienen que ser forzosamente transitorias “porque dicha coyuntura es por definición, *moviente*”. Es complejo y aun cuando sus partes integrantes no se asemejen entre sí, adquieren plena significación cuando se les capta en su conjunto, en un sistema. El derecho económico es, en suma, un instrumento del cambio social.

8. *Desarrollo histórico del derecho económico*

Algunos autores sostienen que el derecho económico tuvo viejos orígenes, como Camargo Vidigal, quien afirma que en el año 50 a. C., la *Lex Julia de Annona* impuso pesadas multas para los que intentasen acaparar el mercado del maíz; y que en 201, un edicto de Diocleciano cuidó de la defensa del comercio contra actividades con miras a la formación de monopolios. Sin embargo, el concepto de derecho económico apareció en Alemania (*Wirtschaftsrecht*), inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial. También en la entonces naciente Unión Soviética, el derecho económico constituyó una de las principales disciplinas jurídicas. Después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho económico se generalizó en toda Europa.

9. *El derecho económico en México*

En nuestro país, los antecedentes del derecho económico provienen del siglo pasado. En los “Sentimientos de la Nación”, Morelos postula la justa distribución de la riqueza. Después, en los debates del Constituyente de 1857 se planteó con precisión: “La sociedad no puede dar a todos sus miembros la igualdad en los bienes positivos, pero puede garantizar la igualdad en los medios y en los derechos para la adquisición de todo aquello que constituye el bienestar y la riqueza: la sociedad cumple con ése que es el primero de sus compromisos, suprimiendo toda clase de privilegios”, clama Ignacio Ramírez en el Constituyente de 1857.

“¡Sabios economistas de la Comisión!, —expresa el Nigromante— en vano proclamareis la soberanía del pueblo mientras privéis a cada jornalero de todo el fruto de su trabajo y lo obliguéis a comerse su capital, y le pongáis en cambio una ridícula corona sobre la frente”.

Ponciano Arriaga, por su parte, en su voto particular concluye que

[...] existe una contradicción chocante entre las leyes y las necesidades sociales [...], Las masas no pueden aprovechar los derechos políticos que se les ha acordado, porque a esto se oponen las actuales circunstancias de trabajo [...] La organización económica fundada en la razón debe facilitar al ejercicio del pensamiento y su aplicación sobre la materia a un grado tal que jamás el trabajador encuentre obstáculo para producir [...] La organización racional debe asegurar al trabajador el cumplimiento de sus derechos civiles y políticos, como deberes sociales y sin que este cumplimiento ponga obstáculos a sus derechos individuales, como productor y consumidor.

Sin embargo, no fue hasta 1917 cuando la Constitución recogió los postulados sociales básicos de la Revolución mexicana incorporando los “derechos sociales”, referidos principalmente a los campesinos y los obreros. Explicitó nuevas responsabilidades del Estado frente a la sociedad y la economía y fue el primer eslabón de lo que hoy se conoce como el Estado social de derecho. Finalmente, las reformas constitucionales de 1983 integraron el principio de que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y se cumplan los fines del proyecto nacional contenidos en la Constitución.

Bastaría repasar cada uno de los conceptos de nuestra Constitución en sus artículos 25 al 28 para confirmar la riqueza conceptual y política que contienen. Estos son fundamentales para realizar, con el auxilio de las ciencias sociales y en particular del derecho y de la economía, los objetivos fijados por la voluntad de la nación.

Así, en México tenemos antecedentes muy claros sobre el contenido social del derecho económico, entendido como el propósito de atender a las necesidades de la colectividad, es decir, a lo que el hombre ha menester por su condición de “ser social”.

10. *Ética universal y ética socialmente inmanente*

Erich Fromm distingue la ética universal de la ética socialmente inmanente. Con la primera se refiere a aquellas normas de conducta cuyo fin es el crecimiento y desarrollo del hombre; con la segunda, a la categoría de normas que son necesarias para el funcionamiento y la supervivencia de una clase específica de sociedad y de los individuos que la integran. En este caso, el grupo debe tender a moldear la estructura del carácter de sus miembros en tal forma que ellos quieran hacer lo que deban hacer, bajo las circunstancias existentes. En una sociedad moderna deben prevalecer los valores de la justicia y de la eficiencia mediante una cultura que exalte a ambos. La supervivencia de esos valores dependerá siempre de la adhesión a los mismos que pueda cultivarse mediante la demostración de que no son incompatibles sino que, por el contrario, se complementan.

No es fácil demostrar siempre lo anterior ante circunstancias concretas que aparentan favorecer soluciones eficientistas con desprecio para la justicia. La historia nos enseña que el olvido o la supeditación de la justi-

cia ante la expectativa de la ganancia fácil es un espejismo que subvierte la base misma de la convivencia social.

La alborada del tercer milenio se vislumbra en el horizonte. La participación de la sociedad cobra nuevo vigor y se amplía su radio de acción; al mismo tiempo, la prudente y hábil intervención del Estado debe ser capaz de paliar las desigualdades y atender las necesidades sociales con la justicia como meta. Los valores colectivos configuran el *sustratum* ético y político, y el derecho económico debe actuar como instrumento del cambio hacia una mejor sociedad, más libre, más justa, con una mejor convivencia en el orden y en la paz.

III. LOS VALORES ÉTICOS EN EL DERECHO ECONÓMICO

Hemos visto que la pauta axiológica del derecho positivo y meta del orden jurídico es la justicia; un valor social colectivo; un valor de valores que requiere para su realización el soporte del derecho.

1. *La legalidad según Kant*

Para Kant, si ha de existir una determinación universalmente válida y autónoma, la legalidad misma debe ser sentido y motivo de nuestra acción, o sea la determinación puramente formal: “¡Obra legalmente por amor a la ley! ¡Obra de acuerdo con el deber, por amor al deber!”. Es necesario, para ello, que la sociedad tenga las instituciones jurídicas eficientes que la garanticen. El derecho es la única vía para preservar e incrementar las expectativas sociales. El respeto de la legalidad es un fundamento de la moral. El nuevo derecho económico contará con la legitimación social en la medida en que fomente y garantice la satisfacción de las expectativas sociales y de los valores colectivos.

Hemos visto que todas las tablas de valores han resultado históricamente condicionadas. Expresan la jerarquía de valores que rige los ideales de determinada época, de determinado pueblo, de determinada individualidad; son unidades creadoras en un sentido lato, estructuras de totalidades de vida individuales.

2. *La equidad y la eficiencia*

La equidad y la eficiencia son dos conceptos que abogados y economistas procuran reconciliar. La desigualdad extrema en la distribución de

la renta es inaceptable. La economía en sí misma no puede decirnos cuál es el grado de pobreza aceptable y justo, pero —como dice Samuelson— puede ayudarnos a concebir programas más eficaces para aumentar la renta de los pobres.

Reconocemos que una economía competitiva y eficiente puede tener un elevado e inaceptable grado de desigualdad en la distribución de la renta, del consumo y de la riqueza. Por eso, citando otra vez a Samuelson, “una sociedad no vive sólo de la eficiencia. Los filósofos y la población se preguntan: eficiencia ¿para qué?, y ¿para quién? Una sociedad puede decidir alterar un equilibrio basado en el *laissez-faire* para mejorar la equidad o la justicia de la distribución de la riqueza y de la renta. Puede decidir sacrificar la eficiencia para mejorar la equidad”.

Históricamente, los comportamientos éticos han tenido gran importancia, como factor de cohesión social para que las instituciones funcionen con costos mucho menores que si se pretende imponer por la fuerza normas “justas”. Por ello, cuando prevalecen principios éticos podemos explicarnos y reconocer la eficiencia de muchas instituciones.

Frecuentemente se recuerda que Adam Smith fue profesor de filosofía moral y que a la vista de problemas éticos estudió muchas cuestiones básicas de la ciencia económica. Muchos autores han recordado que el estudio de la eficiencia de los comportamientos éticos individuales fue expuesta por quien al mismo tiempo analizó la “mano invisible” del mercado.

A nivel popular, muchos manifiestan que la honradez es “rentable”. El Premio Nobel de Economía, Gary Becker, distinguido teórico, postula la teoría del *altruismo social*, que se resume en que si el altruismo de una persona tiende a fomentar el mismo tipo de comportamiento en su entorno, un grupo influyente de altruistas podrían llegar a crear una sociedad de altruistas en la que la gente actuase en busca de las ganancias colectivas para favorecer así sus propios intereses. Aun cuando se diga que es una ingenuidad creer que existe una “ética militante”, en la política, en la función pública, en la empresa o en general en los negocios, podemos postular, sin embargo, que la observancia de los valores que la ética sostiene deviene en mejores formas de convivencia y por lo tanto, en eficiencia con justicia.

Reconocemos que una de las condiciones en la producción del derecho es la eficiencia de la norma en cuanto a que los resultados de su aplicación aumenten los niveles de bienestar y disminuyan los costos sociales integrados de la coexistencia. Debemos destacar, en este sentido, la im-

portancia del *análisis económico del derecho* que consiste —de acuerdo con Charles K. Rowley— en la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencias de la ley y de las instituciones jurídicas. Nos recuerda Andrés Roemer en su valioso estudio *Introducción al análisis económico del derecho*, la existencia de diversos enfoques que estudian esta disciplina, a saber: la *perspectiva tradicional* (que se desarrolló a partir de la agenda del realismo jurídico y que planteaba que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de esas ciencias sociales a la que podrían recurrir los abogados académicos); la *perspectiva neoinstitucional* (la cual es sensible a la temática organizacional y pretende extender el alcance de la perspectiva tradicional, considerando la forma en que la estructura de los derechos de propiedad y los costos de transacción afectan los incentivos y el comportamiento económico); la *perspectiva de la elección pública* (definida por Dennis Mueller como el estudio económico de la adopción de decisiones que pertenecen a situaciones de no mercado, o simplemente, la aplicación de la economía a la ciencia política) y la *perspectiva de los estudios de la crítica jurídica* (cuyo enfoque —de acuerdo con Tushnet, uno de sus principales teóricos— considera que el derecho es un instrumento del dominio social, económico y político, tanto en el sentido de apoyar los intereses concretos de los dominadores, así como en el de legitimar el orden social existente. Este enfoque se preocupa por entender el efecto en la práctica de las formas en que el pensamiento jurídico sirve a las fuerzas sociales dominantes a la vez que las restringe).

Richard Posner, uno de los máximos exponentes de la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho considera que la eficiencia es una guía “atractiva desde el punto de vista de la ética” para quienes legislan y aplican la ley y utilizando el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks (basado en la posibilidad de que los beneficiarios de la norma compensen a los perjudicados) “parte de la creencia básica de que los sistemas que promueven el ejercicio de la libertad y la autonomía han de preferirse a los que la limitan (posición que él atribuye de manera general al kantismo). Posner sugiere entonces que el *principio del consenso* es la base *éticamente atractiva* para usar la *maximización de la riqueza* como una regla de decisiones en la adjudicación del derecho consuetudinario”. Esta posición ha sido criticada, principalmente por Ronald Dworkin,

prestigiado filósofo del derecho, para quien resulta discutible no sólo que la maximización de la riqueza pueda tener el carácter de principio ético, sino incluso que tal maximización sea un valor social, y que si no podemos decidir si una sociedad es mejor que otra basándonos en la riqueza de cada una, no podemos partir de la idea de que la riqueza es un valor social.

No obstante, tenemos la certeza de que más allá de la candidez que se le pueda atribuir a quien crea que la humanidad tiene un mejor futuro y desde luego, sin dejar de lado todos los análisis que sean pertinentes para diagnosticar y con ello diseñar normas inductivas de las conductas más justas, al mismo tiempo que eficientes, es válido plenamente seguir postulando que el comportamiento ético es conveniente para la racionalidad económica cuando se prohíben las prácticas que no son éticas.

El conflicto entre la eficiencia y la equidad es una de las cuestiones más profundas. La función del derecho económico debe dirigirse a promover la asignación eficiente de recursos, la equidad en la distribución de riqueza social y fincar una pauta óptima de explotación de los recursos naturales. De ese modo, veremos que el nuevo derecho escapa a una reducción economicista de la eficiencia al tutelar los valores sociales y reafirmar los objetivos integrales de la existencia humana. No olvidemos que mientras más lejos se sitúe el fundamento axiológico de las instituciones sociales, más difíciles serán su justificación y puesta en práctica.

Es entonces cuando debemos recordar a la justicia como pauta axiológica del derecho económico. Aquí la justicia la referimos a su impacto en el contexto social o sea, en una *totalidad*. En tanto persista una situación de injusticia en contra de un grupo social se perfila el peligro del estallido. Es evidente la dificultad de establecer una jerarquía que decida entre los diferentes rendimientos que reciban los miembros y los grupos de cada colectividad. También en este campo no existen sino soluciones históricas, nacidas en cada caso del conjunto de la cultura.

Y esta dificultad es también la que traza el límite de la eficacia del Estado, que siempre presupone la vida libre y creadora y el derecho a la convicción propia. Por la fuerza, el Estado no puede lograr nada creador; lo único que puede realizar por la fuerza es el derecho, y esto solamente mientras se mantiene acorde con la conciencia de justicia de sus ciudadanos.

Además, las normas de derecho económico deben contar con legitimidad democrática sustentada en la interacción colectiva, con base en el aprendizaje que nos da la historia y con base en la aceptación social.

3. *El dinamismo del nuevo derecho*

El dinamismo del nuevo derecho económico en el que aspiramos a una justicia con eficiencia reclama libertad y movilidad. Lo mismo debe comprender la acción preventiva que la represiva, la de fomento que la de inhibición, la de concertación que la de obediencia.

Es necesario que ante situaciones negativas se tomen decisiones correctas que ponen a prueba la capacidad de un país para evitar los espejismos de horizontes temporales que perjudiquen las soluciones de largo plazo. El nuevo derecho económico contiene ejemplos muy destacados y estimulantes de la manera de analizar el sistema de responsabilidad y de sanciones, destacando su aspecto ético no sólo como desagravio o expiación sino como recurso educativo, como corrección y como medio para prevenir el peligro. Así, la aplicación de una sanción de tipo ético debe implicar no sólo reconducir al infractor a que reconozca su responsabilidad sino también a prevenir las conductas antisociales.

En el derecho económico se actualiza a cada momento la circunstancia de que no podemos pensar en un objeto o en una persona que no esté en interacción con su entorno; por ejemplo, el derecho ecológico que en más de un sentido tiene severas implicaciones económicas. Como lo explica Hazel Henderson, no podemos aislar al observador de lo observado, cada cosa que vemos o pensamos está interconectada con el todo; de hecho, la economía existe en un sistema vivo, compuesto por seres humanos y organizaciones sociales en interacción permanente con los ecosistemas circundantes. Estamos aprendiendo mucho sobre sistemas económicos estudiando los ecosistemas. Las relaciones lineales de causa-efecto “son realmente excepcionales [...] los modelos lineales son de escasa utilidad para describir sus sistemas económicos intrínsecos”.

Debemos reconocer que la técnica utilizada tradicionalmente para expedir normas jurídicas ha carecido de la sabiduría sistémica que nos enseña que si algo es bueno y útil en determinada circunstancia, volverlo a hacer no es necesariamente lo mejor, por lo que las estrategias que tienen éxito en determinado momento pueden ser inadecuadas en otro.

No confundamos la generalidad que debe tener toda norma jurídica, cuando ya no sea aplicable por el cambio de las circunstancias que le dieron origen. Por ello, ese nuevo derecho debe ser tal que pueda ser la base adecuada para determinar las estrategias y las acciones a seguir tomando

en cuenta la interrelación de los elementos, estructuras e instituciones que participan. Por su parte, la estrategia económica debe también tomar en cuenta estos mismos factores para lograr los mejores resultados.

IV. CONCLUSIÓN. PERSPECTIVAS PARA EL NUEVO DERECHO ECONÓMICO

Recordemos que la seguridad jurídica, como Bentham la concebía, “hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes sino una continuidad y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones”. Recordemos asimismo que vivimos en un sistema en que todo se interrelaciona al extremo de que se ha supuesto inclusive en la teoría del caos que el aleteo de una mariposa en América puede causar un huracán en Indonesia, y por último tengamos presente que hemos adquirido el imperativo ético y jurídico de crear un desarrollo sustentable entendido como “el que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.

Con la conciencia de lo anterior nos resulta lógico postular que el nuevo derecho económico es fórmula adecuada para enfrentar el porvenir. Por lo tanto, para sustentar la necesidad y posibilidad de interrelacionar los principios de las ciencias jurídicas y económicas de tal modo que, junto con la *mano invisible del mercado* actúe la *mano visible de la justicia* para lograr el desarrollo con justicia y eficiencia.