

RÉPLICA A LOS COMENTARIOS DE RODOLFO VÁZQUEZ

Andrés Roerner*

La presente réplica pretende lograr un debate académico, crítico y didáctico, para definir con mayor precisión cuáles son las intenciones ontológicas y deontológicas del análisis económico del derecho y con ello -en su caso- ampliar, cuestionar o reconocer, diversos argumentos que mi distinguido y admirado amigo y colega Rodolfo Vázquez ha erigido en su seria (y siempre académica) ponencia titulada: “*Comentarios sobre algunos Aspectos Filosóficos del Análisis Económico del Derecho*”, (me referiré a dicha ponencia como “Comentarios”, en lo subsecuente de la presente réplica) llevada a cabo en el Primer Congreso de la Asociación Mexicana de Derecho y Economía, en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, los días 16 y 17 de febrero del presente año.

Dividiré el presente en tres ejes argumentativos que corresponden a las tres críticas principales que realizó Vázquez sobre la perspectiva tradicional del AED sustentando dichas críticas de manera primordial en el libro del cual soy autor, *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (editado por el FCE, el ITAM y la SMGE, en 1994). En el primer eje se precisarán algunos argumentos que al parecer han sido malentendidos axiológicos sobre las funciones y alcances de la justicia y el mercado dentro de la perspectiva tradicional del AED; el segundo se relacionará con los supuestos epistemológicos del AED mismo que se divide en dos partes: los modelos conductuales y el individualismo metodológico. Por último, discutiré el tema del derecho como disciplina autónoma, versus interdisciplinaria.

I.- LA PREOCUPACIÓN AXIOLÓGICA.

La controversia con respecto al sitio que el análisis económico del derecho ocupa dentro del debate académico se reduce a un debate en relación con lo que es y lo que debiera ser el derecho, y una preocupación

* Instituto Tecnológico Autónomo de México El autor agradece a sus alumnos de la materia Análisis Económico del Derecho del ITAM, por los comentarios y críticas realizados a la presente réplica.

sería por parte de los juristas interesados por la axiología jurídica que el AED no viole los sustentos de validez que rigen a la ciencia del derecho. Con referencia a la preocupación axiológica y a las pretensiones del AED, es importante definir los alcances, pretensiones y limitaciones del AED en la materia, esencialmente al seguir las líneas del pensamiento del Profesor Robert Coote -Director del Departamento de Jurisprudencia y Política Social de la Universidad de Berkeley- así como de reflexiones a las que hemos llegado en la Asociación Mexicana de Derecho y Economía al debatir la transferencia de trabajos del AED provenientes de un sistema anglosajón y traslados a nuestro contexto nacional.

Dentro de los elementos expuestos en la problemática presentada por él. Vázquez se señala la preocupación sobre el peligro subyacente en el que se incurre al permitir pasivamente que el AED incursione en las tareas del derecho formalista, sin emplearse decididamente en exponer al mismo tiempo, los límites ideológicos de su competencia.

El AED en este sentido, expone decididamente como fundamento de análisis tres criterios de interpretación jurídica enunciados a continuación, para enfatizar con ello los límites ideológicos de su competencia así como sus pretensiones metodológicas.

1. El Criterio de principios individuales inviolables.

El AED reconoce por encima de los postulados de eficiencia -sean estos de maximización de riqueza *a la Posner*, principios de Pareto, o de Kaldor y Hicks- máximas que respeten la dignidad, la autonomía y los valores liberales del individuo. Es decir, con base en lo expuesto por Richard Posner en su obra *Law and Literature*,¹ la eficiencia no es el único criterio, ni el más importante en la interpretación de las normas jurídicas. En este sentido, si el principio de eficiencia sustentado, por ejemplo, en el axioma de la “maximización de la riqueza” establece que es *más eficiente* “la esclavitud que la libertad laboral” en determinados contextos, o que conviene aprobar la regulación de políticas “de discriminación racial” para “elevar el valor de determinadas zonas residenciales”, el AED, considerado seriamente, objetaría dichas políticas, por violar los principios individuales antes mencionados. Hay fundamentos esenciales tales como los principios de libertad y autonomía de los seres humanos, que no pueden ser violados por ningún postulado, así sea este el de “justicia social”, “eficiencia” o “bien común”.²

¹ Posner, Richard A., *Law and Literature*; Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.

² Con base en lo anterior respondemos a los comentarios realizados por Vázquez al denunciar que el AED no es viable para legislar, puesto que su ascendiente utilitarista da lugar a las leyes monstruosas que permiten el abuso de las mayorías sobre las minorías.

En dicho sentido, aquel estudioso del derecho que confunda la utilidad que la economía de mercado puede ofrecer a la ciencia jurídica, con el hecho de que el AED le otorga *precios* a todo, y *valor* a nada, no toma en serio el AED, o simplemente lo desconoce.

2. El Criterio Democrático del Bien Común.

Una vez establecidos los *principios fundamentales* en tanto criterios de interpretación, surge el consenso comunitario como segundo criterio de análisis. Para sustentar dicho criterio, Robert Cooter destaca en uno de sus trabajos presentados en el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho y Economía, celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en junio del presente año, un ejemplo que muestra que las normas sociales convenidas (v.g. limpieza de las ciudades debido a los desechos ocasionados por animales domésticos) debe ser regulado por las autoridades responsables para lograr con ello “los mejores principios establecidos y deseados por la comunidad”. Ante este punto, es importante resaltar lo siguiente: no importa si la política establecida *ex ante* por la comunidad cumple o no con “criterios de eficiencia o de mercado” (si el costo esperado de limpiar los desechos de los animales domésticos es más elevado que el de no limpiarlo) sino, lo que importa es que la comunidad establece preferencias sustentadas en valores de lo que se considere “bien común”, por encima de cualquier criterio costo-beneficio.

Para dar fundamento a su crítica, Rodolfo Vázquez transcribe a Cooter y a Ulen. Cito: “Una persona razonable está socializada conforme a las normas y convenciones de una comunidad, de tal suerte que sus fines son congruentes con los valores compartidos, y su búsqueda de ellos corresponde con las normas del grupo”. Vázquez señala que esta expresión muestra la relativización de los valores, de donde infiere que las instituciones sociales deben tener un sólo propósito que es el de maximizar la satisfacción total de las preferencias. En este sentido, mi amigo Rodolfo Vázquez precisa que “una persona que está socializada conforme a las normas y convenciones de una sociedad abre las puertas al más claro *relativismo moral* y que dicho relativismo moral conduce a *la autodestrucción del orden social*”. Vázquez continúa: “Si lo que Cooter y Ulen quieren decir es que la gente tiende a tomar en cuenta las evaluaciones prevalecientes en su comunidad, esta afirmación es a todas luces verdadera *pero irrelevante*, ya que no se afecta la validez de los juicios normativos y a su posibilidad de universalización”.

Ante la postura de Vázquez, me surgen varias inquietudes: ¿desde cuándo es irrelevante para el derecho lo que la sociedad defina como el *bien común* para la misma?, ¿desde cuándo el establecer normas para garantizar el orden de la sociedad conlleva a la *autodestrucción social* de la misma? y

más aún ¿cuál es la *relevancia* en la política pública jurídica de elevar los juicios normativos a la categoría de universales sino se encuentran sustentados en función de la sociedad a la que van dirigidos?, ¿dónde queda la *relativización de los valores*, en caso de que la comunidad establezca criterios normativos de validez universal como objetivos a maximizar, dentro de su propia sociedad?

Partiendo de la definición de *hombre razonable* de Cooter y Rubinfeld: “Una persona razonable está socializada conforme a las normas y convenciones de una comunidad, de tal suerte que, sus fines son congruentes con los valores compartidos, y su búsqueda corresponde con las normas del grupo”.³ Es decir, bajo la definición de *hombre razonable*, en muchos casos, los fines de los individuos se parecen entre sí y al buscar el bien individual buscarán también principios de validez universal. De este modo, el AED contempla que la búsqueda de la satisfacción de los derechos individuales no conlleva en modo alguno, a que los agentes se comporten de manera antisocial. Ser racional, y por ende, deseoso de maximizar las preferencias individuales, implica en la mayoría de los casos ser razonable, y con ello apreciar principios de validez en la búsqueda por la satisfacción de las preferencias.

3. El Criterio de Eficiencia

Para finalizar, resta decir que una vez definidos los principios inviolables del individuo, y establecidos de manera consensuada los objetivos de política social y comunitaria, aparecen las herramientas del AED con criterios de eficiencia y metodología de evaluación “costo-beneficio”. Es decir, una vez definidos los ideales sociales, y establecido los principios de reasignación distributiva deseados, aparece el criterio de maximización de riqueza postulado por Posner, el cual supera los problemas planteados por el utilitarismo puro (debido a problemas de mesurabilidad implícitos en las máximas utilitaristas, así como a problemas que impiden llevar a cabo comparaciones interpersonales e intergeneracionales, y por propiciar situaciones de monstruosidad en casos determinados); el criterio de Pareto, (por inoperante en la aplicación de las políticas públicas); y el criterio de Kaldor-Hicks, (debido a su inaplicabilidad, ya que se sustenta en criterios de utilidad y conlleva los mismos problemas inherentes al utilitarismo).⁴

³ Cooter y Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolutions*, *Journal of Economic Literature*, Vol. XXVII, Septiembre de 1989, pp. 1067-1097.

⁴ Para un análisis a profundidad sobre los criterios de eficiencia y los distintos problemas implícitos en los mismos véase Roemer, Andrés; opus cit. pp. 26-34.

II.- La Preocupación Epistemológica.

En relación con el debate de los modelos conductuales establecido por Vázquez, él opina “...que la afirmación de que los economistas y los juristas comparten la creencia en los modelos conductuales y que finalmente el derecho no es otra cosa que moldear las conductas humanas, es desconocer la importancia y el valor que otras corrientes de pensamiento - positivistas y ético-normativistas, por ejemplo- asignan a las nociones de validez y de justicia en la conceptualización del derecho.”

El AED no desconoce la importancia de otras corrientes de pensamiento como la positivista y ético normativista; muestra de ello son los elementos establecidos como primer criterio de interpretación jurídica en los párrafos anteriores. Sin embargo, tampoco desconoce la importancia del comportamiento conductual de los seres humanos. Desconocer o subestimar su existencia sería tan grave como el pasar por alto los principios más elevados de equidad y justicia que conlleva la ciencia jurídica.

El AED al reconocer los modelos conductuales, propone objetivos sociales -sustentados en valores ético-normativos-, y por ende, permite la implementación de políticas públicas acordes con la realidad imperante. Es decir, reconocer la conducta como parte del ser humano, no excluye nociones de validez, sino que induce al cumplimiento de los principios más elevados de la humanidad, a través de la creación de un derecho pragmático que vincula objetivos normativos con la implementación de políticas públicas viables.

A partir de esta crítica a los modelos conductuales, Vázquez afirma que el AED presupone al hombre como “malo”, es decir, que actúa de acuerdo a las reglas sólo por el temor al castigo indicado en la ley (moral heterónoma kantiana) y no por un convencimiento propio de lo que debe hacerse (moral autónoma), que sería la idea del hombre “bueno” expuesta por Vázquez.

El AED y sus postulados esenciales no parten de que el hombre sea “malo” o “bueno” por naturaleza; parte de que el hombre es de *carne y hueso* -sensible, pasional, racional, imperfecto, etc.-, y tiene carácter (dado por su naturaleza esencial propia), y conductas (dadas por dicho carácter así como por las circunstancias de cada individuo) que lo inducen a determinadas acciones. Por supuesto que el AED reconoce las ventajas del *carácter* sobre el *comportamiento*, de acatar una norma inducida por un carácter firme y una convicción de respeto “al deber por el deber”, sobre un comportamiento incentivado por el “miedo a ser sancionado”.

Desconocer el comportamiento conductual (“bueno y malo”) y la importancia del mismo, y sólo considerar el carácter humano (“bueno y malo”) en la implementación de cualquier estipulación normativa, sería

una vez más, realizar leyes sin destinatarios de *carne y hueso*, lo cual le quitaría validez al derecho *en sí y para sí*.

En dicho sentido, el AED reconoce que no existe solamente una forma única de considerar el derecho, ni sobre los elementos de validez del mismo ni sobre sus postulados de aplicabilidad social. El derecho es tanto un depósito de ideales y valores humanos, así como un campo de batalla donde se dirimen los intereses personales y de grupo por conseguir beneficios propios, además de ser un instrumento importante para alentar la eficiencia y sus beneficios.

Con base en lo anterior, el AED busca ser un punto de enlace entre el ámbito normativo y el positivo para generar un derecho pragmático que conlleve sus principios e intenciones como solución a problemas sociales y privados. Bajo dicho paradigma, se atiende al ámbito positivo cuando se analiza cómo está estructurado, cómo funciona y qué tipo de incentivos genera el derecho; en segundo lugar, atendiendo a la vez la valoración de la justicia, desde el momento en que se plantea que el derecho debiera sufrir ciertos cambios y se hacen las propuestas para ello.

En síntesis, en las premisas del AED, la finalidad de las mismas no radica en determinar el carácter cualitativo-valorativo del individuo (y considerarlo como bueno o malo), sino en plantear el concepto de jurisprudencia pragmática que visualice un derecho ejecutado a la medida de seres de *carne y hueso*, sustentado en valores inviolables, así como en objetivos convenidos por la sociedad. La determinación de la “bondad” o “maldad” del ser humano residirá en la calificación que la propia norma haga de aquellos objetivos sociales que se postulen a ser maximizados. Por lo tanto, es evidente que ambos individuos “el bueno y el malo” caben en la concepción que Vázquez asigna al AED.

Por último, en lo referente a la autonomía del derecho *versus* su interdisciplinariedad, en los Comentarios Rodolfo Vázquez sostiene que “las aspiraciones del AED van más allá que una llamada de atención a la necesidad de una mayor interdisciplinariedad. Su postulado epistemológico pretende constituirse en una teoría por derecho propio, con su propio arsenal conceptual y en función de una metodología *ad hoc* que le permita una capacidad heurística superior a la de otras teorías que, por lo mismo, podrán ser objeto de refutación”.

Nunca se ha afirmado que el AED deba erigirse en una disciplina autónoma tomando el lugar del derecho, ni siquiera es posible hacer tal deducción de la lectura de Posner,⁵ pues él claramente reconoce a lo largo de sus conclusiones que autonomía se refiere a la *autarquía disciplinaria*, más no a la violación de la *soberanía jurídica*.

⁵ Posner, Richard, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, Harvard Law Review, vol. 100, núm. 4, febrero de 1987.

El pretender que el AED aspire a convertirse en una teoría por derecho propio, es desvirtuar una vez más los elementos ontológicos de la disciplina. El análisis económico del derecho es simplemente eso: análisis puro de economía neoclásica, en este caso aplicada al derecho⁶. El AED por ende tiene una teoría propia: la economía; y su único propósito es explicar la racionalidad de la misma dentro de la ciencia jurídica, ya sea a través del derecho civil, penal, económico, laboral, agrario, mercantil, constitucional o público. Dicha perspectiva es fundamental más no completa, en tanto que parte de la explicación del derecho. Los críticos, al colocar al AED no como una perspectiva complementaria a la ciencia jurídica, sino como un sustituto de la misma, yerran en este punto esencial. Los propósitos educativos y epistemológicos del AED son útiles e importantes, pero las metas de una buena educación jurídica difícilmente pueden reducirse a ellos. El derecho no puede supeditarse a la economía aunque únicamente sea porque la economía, en cuanto tal, no cuenta con una teoría de lo que es el derecho, de lo que se considera como derecho, y de lo que no se considera como tal.

En este sentido Vázquez, sustentándose en los argumentos de Fiss, señala que: "...el papel del derecho no es perfeccionar ni suplantar al mercado. El asunto no es de tipo cuantitativo, es decir, qué le toca del pastel al juez y qué le toca al legislador y contribuir ambos al incremento de la mayor satisfacción de preferencia y de riqueza; sino cualitativo, es decir, el deber del juez no es servir al mercado, sino determinar si este debe prevalecer".⁷ Reconociendo (empáticamente) la importancia del argumento aquí expuesto por Vázquez, cabe reiterar, únicamente con un propósito clarificador, que el AED no propone al Derecho como sustituto o perfeccionador del mercado; lo que propone es que el Derecho contribuya a la eficiencia del mercado por un lado, y que por el otro, la *economía de mercado* contribuya al logro eficiente de los valores y objetivos vislumbrados por la disciplina jurídica.

De acuerdo con lo anterior, los críticos del AED no deben de olvidar, que el AED no es, y nunca ha pretendido ser suplente de la ciencia jurídica, ni ha intentado violar axiomas de soberanía de la misma; simplemente pretende ser lo que es: economía aplicada al derecho, y su objetivo es enriquecerse de la interdisciplinariedad que de manera holística producen las vetas de ambas ciencias.

Finalmente, quisiera enfatizar que a todos los que preocupe tomar a la ciencia jurídica de manera seria, deben tener presente que el AED no es una amenaza contra los principios de validez del Derecho; ni mucho menos contra sus postulados epistemológicos esenciales, sino por el contrario, es una herramienta que coadyuva de manera puntual al fortalecimiento del orden legal, y por ende, al desarrollo económico y humano de la sociedad.

⁶ Posner, Richard, *The New Institutional Economics Meets Law and Economics*; X Seminario de la Nueva Economía Institucional, celebrado del 24 al 26 de junio de 1992; pp. 1-18.

⁷ Véase Fiss Owen, *The Death of Law?*, Cornell Law Review. vol. 72. núm. 1. noviembre de 1996.