

UNA TEORÍA DEL CONSENSO PARA LA ECONOMÍA Y EL DERECHO

JOANA STELZER

Doctora y Máster en Derecho, en la área de Relaciones Internacionales (UFSC). Profesora en el Departamento de Ciencias de la Administración y del Programa de Pos-Grado en Derecho (PPGD) de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC).

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Doctor en Derecho Económico en la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Brasil, Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina, Máster en Derecho en la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Graduación y en el Programa de Pos Grado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumen

Se pretende estudiar una teoría de consenso para la creación de un Paradigma Jurídico-Económico propio para la implementación de un Orden Económico Internacional vuelto para el desarrollo sustentable, justo y eficiente que, incluso, en el proceso de globalización, haga la armonización de las doctrinas y legislaciones objetivando, al fin, la consagración de una principiología apropiada para el Orden Constitucional Económico de las Constituciones de Brasil y Europeas, según el *Principio de la Eficiencia Económico Social (PEES)*, así como, sugerir la principiología de la *Análisis Económica del Derecho (AEDE)*, aunque conforme se defiende en este escrito, para la creación o análisis de las normas jurídicas. Para tanto, se hace el estudio de una construcción teórica que búsqueda el equilibrio propio de una *Teoría Consensual para el Derecho*, aconsejando una apreciación del mismo conforme el *Pluralismo Jurídico-Económico Libero-Social*, según inspiración en autores como Habermas, Walter Eucken, John Rawls, Adam Przeworsky, Norberto Bobbio, Dworkin y Henry George. Así, cierra-se el trabajo con la proposición de una efectiva aproximación del Derecho y la Ciencia Económica, demostrando la posibilidad de ordenación de los hechos económicos por el Derecho Económico y la utilización de la Teoría Económica para la creación y interpretación del Derecho, por medio de la *AEDE*. El método utilizado en la investigación es el deductivo. Cuanto a los fines, trato-se de

análisis exploratoria y explicativa, aunque presentando al fin, el PEES, como una reflexión crítica relativa al comportamiento económico-jurídico.

Palabras clave

Análisis Económico del Derecho; Principio de la Eficiencia Económico-Social; Derecho y Economía.

Resumo

Pretende-se estudar uma teoria de consenso para a criação de Paradigma Jurídico-Econômico próprio para a implementação de Ordem Econômica Internacional voltada para o desenvolvimento sustentável, justo y eficiente que, incluído no processo de globalização, implique na harmonização das doutrinas e legislações objetivando, por fim, a consagração de principiologia apropriada para o Ordenamento Constitucional Econômico das Constituições do Brasil e Europeias, segundo o *Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES)*, assim como, sugerir a principiologia da *Análise Econômica do Direito (AED)*, conforme se defende, para a criação ou análise das normas jurídicas. Para tanto, faz-se estudo de uma construção teórica que procure o equilíbrio próprio de uma *Teoria Consensual para o Direito*, indicando a apreciação do mesmo conforme o *Pluralismo Jurídico-Econômico Libero-Social*, segundo inspiração em autores como Habermas, Walter Eucken, John Rawls, Adam Przeworsky, Norberto Bobbio, Dworkin y Henry George. Assim, finaliza-se o trabalho com a proposição de uma efetiva aproximação do Direito e da Ciência Econômica, demonstrando a possibilidade de ordenação dos fatos econômicos pelo Direito Econômico e a utilização da Teoria Econômica para a criação e interpretação do Direito, por meio da *AED*. O método utilizado na investigação é o dedutivo. Quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa, ainda, apresentando ao fim, o PEES, como reflexão crítica relativa ao comportamento econômico-jurídico.

Palavras-chave

Análise Econômica do Direito; Princípio da Eficiência Econômico Social; Direito e Economia.

1. Introducción

A partir de la praxis económico-jurídica, intentase sugerir un paradigma teórico capaz de influenciar la elaboración de nuevas formas de pensar el jurídico-económico o de crear o interpretar las normas o instrumentar, técnicamente, la tomada de decisión por los *policy-makers* para que se alcance *concreción* al Derecho. Se cuestiona pues el paradigma principiológico que rige la Orden Económica Internacional, siendo, incluso, tornado

principio mayor de un Orden Jurídico-Económico para el gran mercado, un eficaz y eficiente sistema de tomada de decisión, en las esferas jurídica, administrativa y legislativa, a través del uso del enfoque normativo-interpretativo del AEDE y del PEES.

Determina-se, por lo tanto, la economicidad y la prioridad del PEES, por parte del tomador de decisión, posibilitando la acomodación, en términos de praxis ideológico-normativa, entre los fines racionales económicos del Derecho y la necesidad elemental de equidad o de oportunidades en términos de recursos, empleo, educación, bienestar social mínimo, entre otros deseos de las naciones participantes de esta nueva etapa del capitalismo que puede ser libero-social. Doctrinariamente, tratase del intento conciliatorio entre John Rawls y su Teoría de la Justicia Equitativa, Dworkin y su *Chain of Law*, Adam Przeworsky y su capitalismo con social-democracia y Habermas con su Razón Comunicativa, cuando de la tomada de decisión, con la racionalidad y ética de fondo económico-eficientita de la AEDE por medio de la intuición del PEES.

Tal acomodación teórico-normativa, como discurso jurídico-económico, en verdad, cuestiona la aceptación o condenación de un Derecho individualista dirigido para el uso exclusivo de la propiedad, después de desconsiderada la utopía del tener comunitario, por la partilla social del uso de la propiedad que debe ser socialmente acepto según el apropiar racional. En efecto, una teoría de consenso justificadora de principio paradigmático para regir el Orden Económico Internacional no puede desconocer que, para la propiedad, debe ser determinado su uso racional y eficiente, sin ser desconsiderado, entretanto, el carácter reflexivo de las acciones propias de los agentes económicos que, constantemente, en su praxis, modifican el destino de la riqueza en sociedad.

A pesar de no se desconocer el medio social de mercado, bien como, el intuito eminentemente comercial, conforme prioridad para la libre competencia y del espíritu integracionista que impera en el ambiente internacional, en el egoísmo de la tomada de decisiones internacionales de forma racional y eficiente queda, para el Planeta habitado, la integración y un proceso de globalización que torna evidente, no más, la acumulación local de capitales, y, sí, la lógica de explotación internacional de los recursos que pasan a ser disputados para usos eficientes, condenándose, consecuentemente, el desperdicio en función de la escasez, ya que, las irracionalidades no pueden más ser toleradas cuanto a los escasos recursos de la naturaleza, no renovables.

El Derecho Internacional Económico debe buscar el equilibrio, tal cual ocurre con el viejo *sistema de vasos comunicantes*. En un contexto de mercado internacional, es procurado el equilibrio económico como forma de internacionalización de costos y rentas inherentes a procesos económicos diseminados, equalizados y accesibles a los diversos pueblos. Recusase una ventaja de precio menor o de ganado líquido mayor a coste de las pérdidas, socialmente injustificadas, impuestas a los individuos, nacionales o no, en función de la manipulación de las condiciones para las industrias - interna y externa - como un todo,

mejoraren su desempeño y condiciones de competitividad sin considerar el costo social -externalidad. Como resultado deseado del *proceso global utópico*, son posibilitadas, al menos teóricamente, industrias igualmente competitivas, condiciones de empleo idénticas, en los diversos países y precios equilibrados en un mercado global.

Deben ser extirpadas, del Orden Económico Internacional, las fajas de mercado que, consecuentemente, señalan, equivocadamente, para los agentes económicos; promoviendo el desvío de comercio y manteniendo el nivel artificial de precios, como, también, impulsando el cambio de recursos económicos que pasan a ser empleados en otros procesos productivos ineficientes; posibilitando, en el largo plazo, la escasez de los bienes y la pobreza social en virtud de la expulsión de las masas de trabajadores que quedan desempleados y de los ciudadanos que pierden el acceso a las condiciones mínimas de sobre-vivencia. El mercado, ineficiente y socialmente indiferente distorsiona las expectativas económicas, generando negativa adjudicación de los recursos, pierde su natural atractivo para futuras inversiones en virtud del *costo social* que impone a sus agentes incluidos, sea por la no optimización de los recursos envueltos, sea por el costear de los gastos para manutención de la masa de excluidos – previdencia social, servicios públicos, etc.; sea por el encarecimiento causado en virtud de la operación del nivel de seguridad, cada vez mayor, para la clase insegura en el sistema económico, propia de la acción violenta y paralela de las categorías excluidas – necesidad de aumento del aparato de seguridad policial, del sistema de prisiones, etc.

Respectado, entretanto, el costo social de mercado, todo el emprendimiento eficiente debe ser bien venido en una economía de libre competencia - propia del capitalismo socio-liberal - mismo que ocasionando el cambio de factores productivos, mal alocados, para otras actividades que presenten mayor ventaja económico-social y en que, por consecuencia, el lucro sea mayor. Considerada, entonces, la necesidad de una nueva perspectiva para el instituido, aunque a partir de una visión intrínseca al propio Sistema Económico Capitalista de Mercado, permanece, para el presente planteo, verificar la forma como el AEDE puede ser utilizado como instrumental analítico-interpretativo del Orden Económico Internacional, integrándose la normatividad jurídica y la Ciencia Económica.

2. ¿Lo que es una Teoría del Consenso para Economía y Derecho?

En la actual etapa de desarrollo de las economías capitalistas de mercado, es verificable un fuerte cuestionamiento popular sobre la funcionalidad del Derecho para la solución de los conflictos sociales, sea cuando de la elaboración normativa, sea en su aplicación al caso concreto. Efectivamente, si el modelo jurídico kelseniano no corresponde a las necesidades sociales, también, no se puede defender el extremismo de desacreditar las instituciones y los sistemas jurídicos. Buscase solución intermedia y conciliatoria entre la racionalidad económico-comercial, la gobernabilidad substantiva y la formalidad jurídica, en favor de

un Derecho que; antes de ser un discurso totalmente liberal, o absolutamente dirigente, debe alcanzar una pragmática persuasiva cuanto a la aptitud socialmente eficiente.

De esta forma, tanto los poseedores como los desposeídos, tanto los incluidos como los excluidos, tanto los sometidos a la jurisdicción como los no sometidos pasan a tener un canal común de acceso a la justicia, no como ideal no apropiable y, sí, como solución instrumental del real y momentáneo que urge una decisión pragmática y eficiente.

Pugnase por una teoría de consenso que legitime la racionalidad económica por la justa distribución social de los beneficios del mercado, así como, *internalice los* costos sociales que pasan a ser circunstancias endógenas al propio sistema económico-jurídico que debe responder adecuada y concretamente sobre la efectividad de la Justicia económica con el imperio del PEES en el mérito jurídico-legal. La complementariedad entre el Derecho y la Economía rediscute la crisis del Estado intervencionista o *Welfare-State*, contribuyendo para la revitalización del Estado, ya, minimalista, y de sus instituciones, aun así, dentro de un contexto económico-social distinto – globalizado que exige, por su vez, una visión social, necesaria y justificadora de la intervención estatal en la orden económica - de mercado – una vez que persisten, en este, las fajas que determinan su imperfección y consecuentes costos para las sociedades envueltas. Apropiada a las nuevas circunstancias de la economía de mercado neoliberal y conforme a la transición entre el viejo Derecho Económico y el nuevo Derecho y Economía,¹ se debe esbozar un Orden Jurídico Económico Internacional vuelto para el desarrollo de todos los pueblos.

En cuanto el viejo Derecho Económico trataba de las legislaciones Antitrust, de política fiscal y otras de carácter macroeconómico, el nuevo Derecho y Economía - *AEDE*, trata de aplicar las premisas básicas de la microeconomía, subdivisión metodológica de la Teoría Económica, a los diversos ramos del Derecho, objetivando la eficiente respuesta para el conflicto social y para la adjudicación de riquezas en sociedad. Intenta-se, pues, la abordaje de la temática inherente a el *AEDE* y al ya referido *PEES*, mediante instrumental teórico-crítico capaz de posibilitar el camino doctrinario con carácter consensual y persuasivo, tornando exequible y efectiva la comprensión de la principiología que debe regir la operación de las premisas económico-jurídicas verificadas en la realidad del Orden Económico Internacional.

El *AEDE*, inicialmente, desarrollada en los Estados Unidos de América - *EUA*, inserida en el estudio del Derecho en el final de la década de sesenta, hace, aquí, cuestionar sino, como última sustancia del Derecho, su racionalidad económica, sirviendo, por lo menos, su

1 Al abordar el, entonces, nuevo discurso de Ronald H. Coase, Bruce Ackerman refiere a una continuidad entre el viejo Derecho Económico y la nueva *Análisis Económica del Derecho* explicitando: *Sólo con el nuevo "análisis económico del Derecho", el movimiento se convierte en un verdadero reto para la ortodoxia realista porque entonces es cuando se hace evidente que el realismo está siendo puesto en duda (...)*. Ver en ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, traducción López Guix, Juan Gabriel, Ariel, Barcelona, 1988. p. 85.

sorprendente capacidad metodológica para la análisis del fenómeno jurídico, propiciándole método seguro de evaluación de las diversas hipótesis posibles para la tomada de decisión, evitados la no-confortabilidad, o injusticia, de la política y de la aleatoriedad en la escoja de criterios de justicia. En así siendo, compete, al hombre, apropiar el ideario de justicia de la forma más amplia y exenta posible. Por lo que, se defiende la manutención de mínima equidad que posibilite al justo social, sin descuidar del uso racional de la riqueza. A pesar de los pensadores racionalistas del AEDE y de las *Economic Schools* no se esquivaren del uso de metodología apropiada a los principios ideológicos de la economía de mercado capitalista, despreocupados con la consideración de otros posibles parámetros de juzgamiento, el AEDE, antes de todo, es una opción de justicia que, al envés de ser aleatorio y político, asume su origen dentro del propio sistema, para resolver problemas que le son presentados, en este contexto sistémico, sin recorrer a fórmulas otras que no la racionalidad intrínseca al medio en el cual ocurren los cuestionamientos jurídico-económicos. Acreditase, así, que el AEDE puede ser utilizado tanto por los poseedores, como por los que no poseen, tanto por los incluidos, como por los excluidos desde que se propongan a probar sus legítimos intereses - derechos - según argumentación lógico-racional; criterio único y conocido de todos, incluso, antes mismo, de la ocurrencia del fenómeno a serle sometido. En esta perspectiva, el ideario del AEDE es, en última análisis, la preservación de la vida como ideal de justicia.

Por la adopción del AEDE como metodología para la creación y aplicación del Derecho se objetiva, en el mínimo, unidad y universalidad de principios a partir del criterio de uso eficiente de la propiedad social, aun que individualmente apropiada, que puede ser adecuado, incluso, para la manutención del uso social de la propiedad. El AEDE surge, pues, como opción para repensar el Derecho sin, con todo, destruirlo, pero dando significación a los hechos sociales. La eficiencia pasa a ser criterio que, se favorece los siempre agraciados con la seguridad jurídica, también, los exponen en favor de quienes los desafíe eficientemente en el uso de la riqueza. Optar por la visión racional-económica del Derecho objetiva el uso ético de la riqueza en su mejor posibilidad, aun así restando, al Poder Legislativo, coordinar el uso eficiente y la distribución de la renta, cuando de la elaboración de normas; y, al Poder Judicial, cuando de la apreciación del caso concreto.

Se observa, sin embargo, que, al analizar el Derecho tan solo por el ángulo de la eficiencia - como hice Posner² y como critica Calabresi³ - no se está satisfaciendo

2 Richard Posner evolucionó en su pensamiento inicial, expuesto en su trabajo *Economic Analysis of Law, de 1973*; defendiendo la maximización de la riqueza, para una visión, a partir de los años noventa, consideradora de otros valores sociales para inclusión en la tomada de decisión jurídico-económica. Entre otras, ver POSNER, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4 ed., Little Brown and Company, Chicago, 1992.

3 Ver CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en 70 Yale Law Journal, 499, 1961 y _____, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. Joaquín Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.

el posicionamiento ideal mínimo, por lo menos, correspondiente al comportamiento natural del hombre consciente de sus responsabilidades en sociedad. Este nuevo método analítico o interpretativo posibilita, en última análisis, verificar la influencia de las normas sobre las acciones de los individuos y el reflejo de estas acciones sobre los demás individuos de las sociedades participantes en el proceso rumbo al desarrollo, bien como, la respuesta de estos para con la propia norma posibilitando, así una real aproximación entre el ser - *sein* - y el deber ser - *solen* -, revelando el aspecto económico que se encuentra latente en el ideario de justicia del Derecho.

El AEDE, en cuanto praxis jurídico-legislativa, es capaz de antever resultados y posibilidades de forma a permitir una normatividad conforme leyes que mantengan mínima relación con los principios económicos, al mismo tiempo en que, tratando el fenómeno social de forma positiva. Tres posiciones relacionan la influencia de la Economía sobre el Derecho y viceversa. La primera trata de la absoluta relación de causalidad entre la Economía y el Derecho, en que aquella es la estructura en la cual es erguido este: es el determinismo marxista; la segunda, puede ser vista en Rudolf Stammler⁴, como relación de integración en la cual la parte substancial - Economía - es sumada a la parte formal - el Derecho - formando un único todo con relación a la realidad social y, finalmente, una relación de interacción entre los efectos de la Ciencia Económica para la creación del Derecho y del Derecho para la creación de hechos económicos. El propio AEDE, en cuanto movimiento, también presenta variaciones de entendimiento cuanto a la influencia cuestionada, entretanto, a bien de la verdad, la corriente mayoritaria de Posner defiende absoluta supremacía del económico sobre el jurídico de forma a ser justificado, por este entendimiento, una Teoría General del Derecho basada en el criterio de la eficiencia. Hecho otro, todavía, es que existe toda una crítica contundente formada sobre las premisas de las Escuelas Económicas que, realmente, no puede ser ignorada. Santos Pastor, por su vez, enseña sobre el agotamiento y la insuficiencia de los procesos jurídico-formales tradicionales de interpretación del Derecho afirmando, aun así, que tales métodos constituyen en análisis de la estructura de la propia norma - *doctrinal analysis* - sea a través de la *legal doctrine* o de la *legal analysis*; todavía, sin recorrer a otro campo del conocimiento. Continua, defendiendo el examen del *Derecho de una sociedad*, especialmente, para lo que entiende como *ciencia y política jurídicas*, a través de *métodos y técnicas* propios de las *ciencias sociales* tales como la Sociología, la Antropología, la Historia, la Sicología y la propia Economía⁵.

También enseña Juan Torres López cuanto a la necesidad de socorrer del método económico-científico de la Ciencia Económica para *entender, conocer, interpretar y valorar*

4 Ver STAMMLER, R., *Economía y Derecho, La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*, Editorial Réus, Madrid, 1929.

5 SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1989. pp. 29/30.

los actos jurídicos llamando la atención para la intervención del Estado en la vida social haciendo con que el jurista tenga de abandonar su hermético dogmatismo para asumir una *perspectiva teleológico-funcional*⁶ capaz de superar el *desfasaje entre la realidad legal y la realidad social*. En verdad, el autor reconoce una evolución cuanto la tradicional metódica interpretativa del Derecho hasta culminar, esta, con el AEDE.

La doctrina del AEDE ofrece condiciones analítico-metodológicas suficientes para un elaborar positivo o normativo del Derecho. Las normas jurídicas pueden, efectivamente, reflejar una realidad positivamente observada y, incluso, previsible; como, también, pueden ser, elaboradas conforme política previamente trazada según la ideología adoptada de forma a propiciaren, al Derecho, un carácter funcionalista y consecuencial. Así, el Derecho pasa de mero controlador social, para inducidor de políticas a través de sistemas de incentivos y de no estímulos normativos, consideradas, en primero plan, las orientaciones de la naturaleza económica del Derecho o reconocido el íntimo vínculo de este con la Ciencia Económica.

Si el AEDE caracterizase como Teoría de Consenso entre la racionalidad económica y la formalidad jurídica, así como, en metodología interpretativa o, aun así, inherente a una teoría del Derecho propio para posibilitar la gobernabilidad del Estado mínimo y las garantías de los agentes, preguntase: ¿Como se debe aplicar una teoría de consenso entre la Economía y el Derecho?

3. ¿Crítica a la Teoría de Consenso entre la Economía y el Derecho?

La Teoría Económica aplicada al Derecho puede traducirse como metodología interpretativa de la norma elaborada previamente o como fundamento institucional, del cual, el Derecho, no puede ser alejado, sea cuando de su creación o su interpretación. La verdad es que existe un mínimo de armonía entre las leyes económicas y el Derecho que no puede ser evitado, en función de la pena de esterilidad de este último.

El AEDE intenta la comprensión del universo jurídico partiendo de presupuestos y valores meta-jurídicos pertenecientes al mundo del económico, aplicables, tanto, cuando de la creación de la norma jurídica, como cuando de su verificación, ya en instancia de caso concreto, cuando de la tomada racional de decisión, sea en los tribunales; cuando los jueces hacen la adjudicación de la riqueza, sustituyendo el mercado para una negociación eficiente de los conflictos y, por consecuencia, reconociendo derechos y atribuyendo obligaciones; o aun así, sea cuando de la tomada de decisión administrativa por parte de los ejecutores de la política integracionista.

6 TORRES LÓPEZ, Juan., *Análisis Económico del Derecho, Técno, Madrid, 1987*, pp. 14/15.

A pesar de la tendencia económica más conservadora del AEDE o más progresista de conformidad con Calabresi; no se puede, entretanto, descuidar de posiciones críticas y capaces de volvieren para valores mayores como la distribución de la riqueza como justicia, así como la equidad y la preponderancia de una razón comunicativa incluyente de las masas populares y observadora de la voluntad popular. En la crítica, autores como Ronald Dworkin, John Rawls y Jürgen Habermas pueden, antes mismo de infirmar el AEDE, socorrerla haciendo notar la necesidad de observación de un mínimo ético legal que legitime su adopción, a través de la atenuación de sus máximas utilitaristas y consecuente adopción de parámetros sociales conformes al PEES, que se defiende. La crítica para el AEDE y, especialmente, la obra inicial de Posner está, básicamente, en el hecho de la comprensión dada por el autor cuanto a la aplicación del Análisis Económico al Derecho. Se trata del aplicar de métodos cuantitativos de eficiencia y optimalidade a relaciones interpersonales no-susceptibles de tal abordaje.

El propio Posner rebate algunas críticas cuanto a la aproximación de la Teoría Económica al Derecho. Una de ellas refiere al hecho de que, si los economistas no pueden ni mismo prever, con certeza, el resultado de sus incursiones teóricas lo que, entonces, tiene a hacer en el campo jurídico. Responde, el enseñador de Chicago que, también, *la medicina no cura resfriados, pero que no se deja de escribir sobre ella por causa de esto. (en inglés en el original)*⁷. Esperar que el cuerpo teórico de la Economía esté definitivamente delineado y testado es para Posner otro absurdo una vez, que, según ello, desde ya, deben los juristas aprovechar los recursos existentes en el aparato económico para analizar el Derecho.⁸

Como subsidios para una crítica para Posner, o, más específicamente, para el AEDE, pueden ser vistas las teorías de Ronald Dworkin y de John Rawls,⁹ así como, también, de Jürgen Habermas y su discurso basado en una razón comunicativa. Es de resaltar que estos discursos son presentados, en la línea crítica revisora de la orden instituida cuando se cuestionan los derechos individuales con relación al poder estatal, de forma a ser repensado el legal, el justo y el injusto, el papel del Estado y la situación del ciudadano relativamente a los demás y a las instituciones. Son, pues, posiciones teóricas que se estructuran sobre un *logos* de no consenso político-ideológico que refleje el Derecho como posibilidad de reacción al imperio del mercado neoliberal.

Un de los grandes críticos de Posner es el profesor Ronald Dworkin que desarrolló su obra en las Universidades de *Oxford* y de *New York*. En tres de sus obras básicas: *Taking Rights Seriously*, *A matter of Principle* y *Law's Empire* expresa su filosofía del Derecho basándola en puntos tales como: la teoría de los derechos básicos - *basic rights*, en que son

7 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, *Op. Cit.*, pp. 19 y 20.

8 *Op. Cit.*, p. 20.

9 John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Carlos Pinto Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993.

consagrados, para los individuos, derechos otros que no solo los políticos, los jurídicos o los legales¹⁰, la *tese de la respuesta cierta* inherente a toda pretensión jurídica, de forma original, en la análisis del propio ordenamiento, y según la revelación principiología de la norma¹¹, el *chain of law* que muestra la construcción jurídico-principiológico-interpretativa del *Derecho como integridad* visto según interpretación hermenéutico-constructiva de la *cadena o corriente de Derechos* que traduce una secuencia con unidad y coherencia histórica¹². Cuestiona, aun así, la visión anglo-americana de las teorías positivistas y utilitaristas del Derecho, enfatizando la cuestión de los Derechos individuales existentes mismo antes de una posible legislación impuesta por el Estado como principio político-jurídico fundamental que leva, el Derecho, a la máxima de equidad. Es posible detectar, en R. Dworkin, la tendencia intuicionista en determinar la preexistencia de Derechos innatos al ser humano que pueden ser aprendidos según una disposición meta-jurídica de estos Derechos a partir de una concepción hermenéutico-filosófica - Heidegger y Gadamer y del actuar comunicativo Habermasiano. En su trabajo utiliza de un abordaje interdisciplinar conforme a los discursos político, jurídico, filosófico y estético, entre otros de forma a defender una incondicional teoría normativa dirigida para la *adjudicación* de los Derechos individuales básicos de una democracia moderna.

Al pugnar por un neoliberalismo revitalizador del espacio democrático, R. Dworkin, tal como J. Rawls, intenta discurso libertador, de las amarras del utilitarismo y del discurso económico enfatizando la participación del individuo en el proceso democrático de decisión y cuestionando las virtudes de la eficiencia como valor supremo a ser perseguido por los individuos o, mismo, por la sociedad. Para este autor, la Teoría Jurídica anglo-americana positiva es producto elaborado en función del discurso dominante en el cual el *ser* y el *deber ser* del Derecho están dirigidos para valores utilitaristas. Refuta, pues, un positivismo que desconoce los valores transcendentales del propio individuo y que le son inmanentes de forma a considerarlos preexistentes; aunque, para las instituciones; sin, con todo, quedar en el *planteo* de las teorías jusnaturalistas. Los principios básicos están

10 Por la *tese de los derechos*, R. Dworkin defiende la existencia de derechos individuales distintos de los emanados del Estado sea por la legislación o por la decisión judicial y, mismo, emanados del costumbre - práctica social. Se tratan de derechos oriundos de decisiones tomadas mismo en función de los llamados - *Hard cases*. Ver en DWORKIN Ronald M., *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986. _____; *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988 o _____; *Law's Empire*, 6 Law & Phil, 1987.

11 A través de la *tese de la respuesta cierta*, R. Dworkin demuestra que toda la pretensión jurídica corresponde a una respuesta adecuada en términos de derechos individuales que no son criados por acto descriptivo del juez y que, por otra, están presentes en la legislación como que en una *cadena de derechos* preexistentes - *chain of law*. A partir de esto, el importante es, dentro de una praxis crítico-constructivista, identificar el Derecho como *integridad*.

12 Aunque verificando el Derecho como integridad, Dworkin lo hace, diferentemente de las concepciones utilitaristas dirigidas para la consecución de un *bien o felicidad general*, para una convención pretérita y consagrada o, mismo, para un futuro pragmático.

diseminados en todo jurídico que debe ser interpretado de forma a revelar, como que en un proceso de reconstrucción del Derecho, el afloramiento de una consistencia y unicidad conforme a la decisión política comunitaria.

El pragmatismo utilitarista se contrapone a la idea de Derecho como integridad, en la medida en que está dirigido para el futuro de forma a almejar la mayor riqueza y no necesariamente felicidad posible para todos según disposición normativo-judicial que, en nombre de la eficiencia, puede desautorizar derechos propios individuales consagrados en las fuentes tradicionales; caracterizando, por fin, una forma autoritaria de imposición. El trabajo de R. Dworkin, presenta dos momentos de especial atención para su crítica en relación a el AEDE y al utilitarismo pragmatista que pueden ser observados en los textos *Law's Empire*¹³, en especial, en los capítulos cinco y ocho en que, después de abordar el Convencionalismo y el Pragmatismo Legal concluye por una defensa incondicional de una solución ecléctica de una *Teoría General del Derecho como Integridad Política*; y, en el texto *A Matter of Principle*,¹⁴ en su Capítulo cuarto en el cual, cuestiona se, realmente, la riqueza es un valor a ser alcanzado como principio mayor y, aun así, se la eficiencia debe priorizar cualquier otro deseo social.

Acusando un *desacuerdo teórico ilusorio*¹⁵ en el Derecho, R. Dworkin analiza la posibilidad de una teoría general que se aparte de los extremismos conservadores y progresistas o de las teorías semánticas que caracterizan el discurso retórico-jurídico tan común entre abogados y jueces a perpetrar, no raras veces, equívocos interpretativo-analíticos de la Ley o, más ampliamente, del Derecho en la medida en que, a este último, faltan *fundamentos filosóficos*¹⁶ que indique unidad. Así, desconoce la imposibilidad de una posición inflexible y convencionalmente dirigida para el pasado y decisiones anteriormente tomadas, bien como, un pragmatismo legal en el cual jueces toman decisiones que *consideren apropiadas para el futuro de una comunidad, sin contar cualquier forma de coherencia con el pasado como valiosa por sí misma*.¹⁷

Al desarrollar el *Derecho como integridad* defiende dos principios a saber: un, legislativo, en que el conjunto de leyes debe ser coherente y otro adjudicativo conforme a la interpretación del Derecho que leve en cuenta las premisas del pasado - convencionalismo - y las posibilidades para el futuro - pragmatismo - como que descubriendo el sentido de una cadena y /o corriente de derechos¹⁸ a serien percibidos y analizados en un *continuum*.

13 Ronald M. Dworkin, *Law's Empire*, 6 Law & Phil., 1987, o su versión en español *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 115/128 y 198/219.

14 Ronald M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Claredon, Oxford, 1986., pp. 237/292.

15 Ronald M. Dworkin, *El Imperio de la Justicia*, *Op.Cit.*, p. 35.

16 *Op. Cit.*, p. 43.

17 *Op. Cit.*, p. 77.

18 *Op. Cit.*, p. 166.

Al tratar del Derecho Consuetudinario norte-americano, Dworkin, analiza el caso de responsabilidad por daños en accidentes a través de una crítica al Teorema de R. H. Coase¹⁹ destacando complejidades²⁰ observables en la tomada de decisión de un legislador al estilo del AEDE. Otra preocupación básica está en la cuestión distributiva como corolario de la equidad que no es alcanzada, según el autor, por las teorías jurídico-económicas. Acusando un equívoco en la apropiación de los conceptos de maximización de la riqueza y de óptimo de Pareto, diverge de las teorías posnerianas, inclusive, cuestionando si, este, a pesar de negar, no defiende, realmente, el utilitarismo.²¹

Una posibilidad crítica del AEDE es, también, la de Jürgen Habermas, que, conforme Pedro Mercado Pacheco, es uno de los teóricos seguidos por la tendencia de la *Critical Legal Studies o Estudios de la Crítica Jurídica - EJC*²². Habermas presenta subsidios para una crítica a la racionalidad tecnócrata. Partiéndose de la premisa de que la doctrina *AEDE* traduce una razón sistémica - racionalidad tecnócrata - puede ser contextualizada la polémica Habermas *versus* Luhmann en que el autor de la Escuela de Frankfurt asume posición contraria a la orden jurídica legitimadora del poder capitalista dominante. En este sentido, los argumentos de crítica al instituido derivan de la filosofía política y social influenciada por el pensamiento marxista.²³

Habermas parte de la idea de un actuar comunicativo, una pragmática universalista, una ética comunicativa, en fin, una racionalidad comunicativa distinta de la acción estratégico-racional conforme a los sistémicos y racionalistas que intentan legitimar el capitalismo indiferente al social. De esta forma, el autor desarrolla una sofisticada defensa de la modernidad condenando los extremismos de los valores iluministas y revolucionarios del Siglo XIX institucionalizados en programas político-ideológicos basados, ora en un socialismo ortodoxo, ora en un liberalismo interventor del bienestar social. Habermas, pues, critica los sistemas político-económicos destacando una modernidad en que la razón comunicativa difiere tanto de la razón instrumental como de la funcional, aun así destacando

19 En situación de mercado de libre competencia, la institucionalización a través del Estado y del Derecho, es redundante y desnecesaria para organizar una sociedad en cuyos sistemas desarróllense, ordenadamente, los intereses individuales y colectivos. Sea memorado el Teorema de Coase, por lo cual, cuando los costos de transacción equivalen a cero, pasa a ser indiferente que los derechos de propiedad sean determinados previamente, permaneciendo, siempre, la posibilidad de adjudicación de los recursos de forma eficiente, según intereses de los particulares participantes del proceso social. Sobre costos de transacción, ver COASE, Ronald H., *The Problem of social cost*, 3 *Journal Law & Economics* 1, 1960; pp.1/44.

20 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, *Op. Cit.*, pp. 201/206.

21 *Op. Cit.*, p. 260.

22 MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*, Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994, Colección El Derecho y la justicia. p. 174.

23 Kornhauser acusa la influencia de la Escuela de Frankfurt, con Habermas, la de Foucault, la de los estructuralistas, como Lévi-Strauss, la de Gramsci, bien como, la influencia de los fenomenólogos (Husserl y Heidegger) y de los hermeneutas (Gadamer y Ricoeur). Ver en KORNHAUSER, L. A., *The great Image of Authority* en "Stanford Law Review", v. 36 (1984); pp. 349 y ss.

el *empobrecimiento cultural moderno* y la necesidad de reconquistar la *auto-confianza* en la producción normativa. Según el autor, la crítica de la modernidad debe ser basada en el paradigma del entendimiento obtenido a través de una interacción lingüística continua o *acción comunicativa* en que relevase, en el discurso, la inter-subjetividad y la acción humana. Se trata, entonces de una valorización del sujeto y de su discurso que, sin embargo, no es individualizado a punto de ser liberto de consideraciones en relación al discurso de los demás sujetos en sociedad. Así Habermas cuestiona, en su trabajo, la posibilidad de un actuar comunicativo y cooperativo que concilie los intereses individuales de un agente racional que sea capaz de optimizar sus escojas con la posibilidad de constitución de una posición político constituyente del bien público o colectivo; para tanto, utiliza la lenguaje como medio de coordinación de la acción. Por tanto, a través de las reglas del discurso y del convencimiento, el sujeto cría el conjunto normativo de conducta social en que cada individuo - capaz de discurso y de acción - puede participar de estos discursos, cuestionando y presentando cualquier propuesta bien como expresando sus aptitudes, deseos y necesidades sin ser impedido por compulsión a abstenerse de sus derechos.

La cuestión básica está en verificar se es apropiado permitir que tecnócratas decidan los rumbos de la sociedad en el que concierne al aspecto económico relevándose una razón sistémica en detrimento de una razón comunicativa. Así siendo, cuestionable es, un Derecho creado a partir de una razón sistémica que, basada en la tecnocracia capitalista, abandona los intereses universalistas individuales caracterizados o evidenciados en el discurso y en la acción comunicativa. Habermas tiene los fundamentos de la ética del discurso práctico en la teoría del actuar comunicativo substituyendo la imposición normativo-racional por una normatividad moral consensualmente acepta. Enseña:

Solo pueden pretender tener validez aquellas normas capaces de obtener el asentimiento de todos los individuos envueltos como participantes de un discurso práctico. (...) una norma ética es válida, justificada, cuando pudieren ser aceptadas consensualmente, sin coacción, todas las consecuencias que advendrán para los intereses concretos de los individuos que pauparen su comportamiento por ella. Por lo tanto la norma constituye un interés, un punto de vista generalizable.²⁴

Adoptándose la política del *AEDE*, según la óptica Habermasiana, permanece evidente una política económica de *riba para bajo*, no-legitimada y no atentando para la democracia, aun así, siendo substituido, el ciudadano representado por su parlamentar, por un tecnócrata en contrario, aun así, del consenso comunicativo. El referido consenso comunicativo, en última análisis, representa un cambio activo y pacífico de informaciones

24 Jürgen Habermas, *Razão Comunicativa e Emancipação*, trad. Flávio Beno Siebeneichler 2 ed., Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 141.

y de puntos de vista de los participantes de una dada *praxis* social, a través del lenguaje referida para ciertas estructuras de racionalidad. Habermas afirma que la sociedad llegó a un punto en que son exigidos sacrificios sociales sí, pero que, absolutamente, no pueden ser determinados por tecnócratas.

J. Rawls,²⁵ también, intenta, en su obra encontrar una posible base común para la sobre-vivencia de los individuos en sociedad, o sea, una base moral capaz de suportar la construcción de una sociedad democrática. Esta base, para ello, es encontrada en el concepto de justicia. Partiendo de una situación hipotética - la posición original - a partir de la cual están consagrados los auténticos principios de la justicia - diseña un perfil del verdadero sentido de esta justicia que, en la teoría del contrato, percibe defendido. Los principios adoptados en la posición original corresponden, según J. Rawls, a juicios de justicia no distorcidos, o sea, a juicios exentos de irregularidades y distorsiones y que se encuentran en equilibrio reflexivo - equidad. Este equilibrio es resultante de la confrontación entre las diversas concepciones de justicia, implicando en la revisión de los juicios personales, relativamente a los principios establecidos por el contrato en la posición original.²⁶ Construyó su trabajo a partir de los deseos sociales, verificados en los EUA, en el fin de la década de sesenta y inicio de los años setenta, en que se pugnaba por una real democracia constitucional aseguradora de una sociedad y derechos justos.

A despecho de considerar el trabajo de grandes utilitaristas como David Hume, Adam Smith²⁷, Jeremy Bentham y J. Stuart Mill; J. Rawls intenta la creación de una *análisis sistemática alternativa de la Justicia* diferente del *utilitarismo tradicionalmente dominante*²⁸. Para el autor, antes de ser aplicado el principio utilitario, deben ser respetados los principios de la *igual libertad para todos y de la igualdad equitativa de oportunidades* haciendo surgir una Teoría de la Justicia Equitativa - TJE, de tal forma que no sean, los derechos básicos del ciudadano, susceptibles de cálculo de intereses sociales o negociación política. Reconoce, entretanto, que, a partir del conflicto de estos intereses, compete para la justicia social cuidar *de especificar los derechos y deberes básicos y determinar la forma apropiada de una repartición justa de la riqueza*.²⁹ Resaltando que el principio de la utilidad es incompatible con la cooperación social entre iguales destinada a asegurar beneficios

25 RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, trad. Carlos Pinto Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993. pp. 46/53.

26 En el mismo sentido, ver MARTINEZ GARCIA, Jesus I., *La teoría de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 80 y Ronald Dworkin, *Law's Empire*, *Op. Cit.*, pp. 227 y 228.

27 Ver SMITH, Adam, *The theory of moral sentiments*, Liberty Classics, Indianópolis, 1976._____, *The wealth of nations*, Ed. Cannan, 1976._____, *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, Introd. Edwin Cannan. Apres. Winston Fritsh. trad. Luiz João Baraúna, Abril Cultural, São Paulo, 1983, Colección Os Economistas.

28 John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, *Op. Cit.*, p. 14.

29 *Op. Cit.*, p. 29.

mutuos, basa la TJE en la *igualdad cuanto a la atribución de derechos y deberes básicos* bien como en la aceptación de *desigualdades económicas y sociales consideradas justas apenas se resultaren en ventajas compensadoras para todos y, en particular, para los más desfavorecidos miembros de la sociedad*.³⁰

La TJE tiene su valor, como teoría crítica de la Justicia, que, en función de un bien universal alcanzable por la equidad de Derechos, se opone a las decisiones pragmáticas que desconocen el ciudadano, mismo en función de un social que no fue legitimado por la posición original de un contrato propiciador de iguales condiciones y de una distribución de la riqueza; de ahí la crítica que es posible para el AEDE.

A pesar de toda la crítica para las posibilidades de la AEDE con relación al Derecho, inclusive, dirigido para la codificación, cual sea, la *Civil Law*, de forma a identificar su valor como instrumento metodológico-interpretativo o, mismo, conforme la naturaleza del propio Derecho normado; intentase, entonces, identificar el carácter económico de la norma, sea en función de una nueva posibilidad interpretativa del texto legal, sea en función de una real característica fundamental del Derecho observada en la propia Teoría Económica, aunque, según óptica incluyente de una perspectiva social conforme al PEES. Debidamente sopesadas las críticas que se observan para la racionalidad de maximización de la riqueza propia del AEDE, posible es *temperarla* con aires de democracia y de inclusión efectiva de los aspectos y valores de naturaleza social en el cálculo económico conforme valoración y respectiva inclusión de las circunstancias externas – externalidades - que envuelven la adjudicación de derechos en sociedad. A partir de la estructuración de pensamiento despedido de preconcepción, se puede teorizar un Orden Constitucional Económico para Brasil y para las economías europeas, según adopción de un Pluralismo Económico Libero-Social.

4. El Pluralismo Económico Libero-Social: Sus Fundamentos, Principios y el Consenso Jurídico-Económico

El medio social torna evidente la necesidad del hombre interaccionar cultural, científica, psicológica, política y, también, económicamente. A pesar de que el perfil económico no sea considerado, imperiosamente, el definitivo aspecto caracterizador de las relaciones humanas, se tiene a través de la lectura económica de los actos y hechos, practicados en sociedad, instrumental metodológico efectivo para la atribución o adjudicación de riqueza y mensuración de intereses según la incontestable verdad y realidad, en la cual, el hombre está inserido.

En cuanto *homo oeconomicus*, el ser humano, en especial el hombre occidental o, aun así, todo aquel que hace parte de las sociedades capitalistas neoliberales, está sometido a

30 *Op. Cit.*, p. 35.

las reglas de la economía de mercado. Ora, si esta convivencia social ocurre en medio a la economía de mercado y si, evidentemente, presente está, en el hombre, su necesidad de sobre-vivencia conforme uso de escasos recursos; su proceder debe ser pautado según racionalidad lógico-formal que lleve a la eficiencia y maximización de los intereses envueltos. En este cuadro compete, para el Derecho, espejar esta realidad social y adaptar sus criterios al ideal de justicia propio de una sociedad eficiente que maximiza el uso de sus bienes y que racionaliza mediante el uso de cálculo inclusivo de todas las variables necesarias para la difusión de las condiciones de bienestar entre sus partícipes.

Se tiene, de esta forma, que evaluar los beneficios y dificultades advenidas de una nueva teoría económico-jurídica, incluyente de valores libero-sociales, conforme sea aplicable en el mundo real; sin postergar, en el tiempo y en el espacio, el inevitable encuentro con la realidad. Dado, pues, un ambiente institucional de mercado, en tiempos de globalización y de neoliberalismo, compete, al sujeto, enterarse de esta realidad y, según percepción pluralista de valores y conocimientos, analizar las diversas posibilidades de coexistencia con los demás agentes, inclusive, adoptando innovadora Teoría General para el Derecho - con espíritu crítico, aunque, desproveído de preconceptos y premisas irracionales.

La temática económica debe, entonces, ser analizada en perspectiva jurídica consideradora de los aspectos liberales y sociales del uso dado a la riqueza según se observa en el *AEDE* que, por su vez, se torna discurso pluralista, en la medida en que permite transito, tanto para los agentes incluidos como, para los excluidos, socialmente; siempre que atribuida hegemonía para la eficiencia económica como criterio normativo general, universal y impersonal que no permite el malo uso de la riqueza, sea por unos, como por otros y determina el acceso de todos a la misma, conforme sus esfuerzos en tornarla productiva. De esta forma, la principiología económico-jurídica debe pugnar por la pluralidad de opciones oriundas de la libertad ideológica individual combinada con la obstinación para la conquista de objetivos sociales que vengán a culminar con un ordenamiento económico libero-social, por su vez, criado y analizado según la perspectiva del *AEDE* y del *PEES* conforme se propone. En verdad, todo sistema cerrado necesita de un estímulo externo que lo impulse para una esfera de mayor bienestar. Tanto la propiedad individualmente consagrada cuanto la socialmente distribuida pueden levar a una situación de acomodación indeseable. La primera porque, en función de las dificultades naturales para la acción aislada, como la falta de ayuda personal y de recursos técnicos para promoción de proyectos, la dificultad de capitales, o, en fin, por el propio desconocimiento del propietario sobre cómo trabajar su propiedad leva a la situación de estagnación productiva. La segunda, puede caracterizar la pérdida del intereses productivo en la propiedad socializada, porque con el pasar del tiempo, es posible ser perdida la *afecção* que unía las personas en torno del ideal inicial; o puede no existir un interese individual en la misma intensidad

para la acción colectiva, o, mismo, el retorno del trabajo investido no sea suficientemente satisfactorio, etc. En una aptitud libero-social conforme al PEES, pues, la propiedad, aunque sea patrimonio socialmente perteneciente de la humanidad, debe ser individualmente apropiado de forma que como contrapartida sea determinado, por el propietario, el uso racional – eficiente de la propiedad *in casu*.

La racionalidad económica del AEDE debe, pues, ser apropiada, por los países que adoptan la codificación jurídico-normativa³¹, como más un instrumento de *optimización* del propio Derecho, en crisis, ya, ha alguno tiempo. Es prudente, por lo tanto, proceder a la coherente retomada de la operación jurídico-legislativa que acompañe el fenómeno social de forma dialéctico-iterativa evitando lo descompaso de legislaciones arcaicas y ineficaces.

Deben ser superadas *las resistencias* tradicionales del *Derecho Clásico* de naturaleza positiva y individualista, conforme la racionalidad kantiana y la idea de justicia como ideal que se choca con el instituto de la eficiencia como valor último. En verdad, tanto los gobiernos, a través de planes económicos y de la adopción de políticas económicas neoliberales, como, a través de juzgados y creación de leyes; como los propios agentes privados, asumen, cada vez más, el carácter económico, como justificando su praxis, respectivamente, en nombre de la gobernabilidad y de la garantía de la propiedad privada; conforme Derecho moderno, actual y económicamente instrumentado para la valoración de objetivos racionalizados conforme cálculo económico de costos y beneficios. Debe, así, ser dada prioridad para la tomada de decisión económico – jurídica que favorezca el capital y su uso racional – eficiente – consideradas, entretanto, las variables sociales y individuales y los costos determinados, para terceros, por la exploración de la riqueza que, generadora de externalidades, debe importar en necesaria acción capaz de internalizar los costos, según principio flexible que determine el menor encargo para las partes envueltas. Así, el Derecho, antes de prefiar la internalización de las externalidades, condenando previamente una de las partes, debe apurar de forma racional, cual aptitud decisoria acrecienta mayor utilidad o felicidad para la sociedad como un todo, o, conforme Posner, cual solución agrega mayor riqueza para la sociedad, aunque sumada a la felicidad individual y social. El Derecho, en la versión económico-jurídica, pasa a determinar, sea para la solución del

31 Memórese, por ejemplo, las obras y autores que aplican el AEDE para el análisis de las codificaciones como TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho. Op. Cit.*; SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía: Una introducción al Análisis Económico del Derecho. Op. Cit.*; de origen española; así como, GIOFFRÉ, Marcelo A. y MORANDO, Mario J., *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994, de la Argentina; como, también, SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de Análisis Económico del Derecho, Op. Cit.*, de origen alemana; ROEMER, Andrés, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, trad. José Luis Pérez Hernández, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, de origen mexicana y ALPA, Guido, y otros, *Interpretazione Giuridica e Analisi Economica.*, Giuffré, Milano, 1982, de origen italiana.

conflicto social o para la adjudicación de la riqueza, cual agente tiene mejores condiciones de agregar riqueza para la sociedad a partir del uso racional de la propiedad. Incentiva, de la misma forma, la adopción de soluciones que correspondan a la adjudicación o redistribución de Derechos conforme sean, los agentes participantes, capaces de tornar eficiente el uso de la riqueza social, individualmente apropiada.

5. Pensamiento Síntesis: El Principio de La Eficiencia Económico-Social como Criterio Jurídico-Económico para la Tomada de Decisiones

La eficiencia económica es, en el contexto de Estado minimalista, propuesta como criterio de justicia. El enfoque posneriano del AEDE verifica, la justicia, conforme criterio económico de maximización de riqueza, obtenida la eficiencia económica. Aunque Posner³² niegue carácter meramente utilitarista a su teoría, al proponer la maximización de la riqueza en detrimento de la maximización de utilidades, dentro de una perspectiva económica urge que se trabaje la cuestión de la eficiencia como característica de una acción maximizadora de utilidades y de resultados. Existiendo múltiples y variadas necesidades a ser satisfechas y poseídos los escasos recursos, decisiones cuanto al empleo de estos deben, constantemente, ser tomadas. La cuestión que se presenta es inherente a la mejor manera de empleo de los recursos para la solución y satisfacción de los deseos y ansiedades de los individuos o, económicamente significando, en la satisfacción de las necesidades de los consumidores por parte de los productores que se encuentran en el mercado. El problema económico es, entonces, reducido a la única y no menos importante cuestión de la adjudicación de los recursos escasos; su empleo debe ser racional, siendo obtenida la plena utilización y la mejor combinación de estos en una escoja o opción que evite lo desperdicio, esto es, en otras palabras, se trata de la tomada de decisión que envuelve la utilización de medios disponibles para solucionar los problemas de escasez, según prioridad establecida de necesidades, de forma a retirar la máxima utilidad y satisfacción de la actividad económica.

La idea de eficiencia traduce acción o producción de un efecto con eficacia o bueno resultado. En términos económicos eficiente es la actividad económica que obtiene los mejores resultados posibles en la satisfacción de necesidades individuales y colectivas según premisa de racionalidad. La cuestión básica cuanto al problema está en la

32 Para Posner, eficiencia y valor pueden ser conceptuados como sigue: *Eficiencia (...) implica explorar los recursos económicos de tal modo que la satisfacción humana como mensurada por la voluntad agregada de los consumidores en pagar por mercaderías y servicios es maximizada. (...) Cuando los recursos están siendo utilizados adonde su valor es lo mayor posible, nosotros afirmaríamos que ellos están siendo usados eficientemente; en cuanto, valor, también, es definido por la voluntad en pagar, pues, por su vez, ocurre en función de la distribución existente de recursos y de riqueza en una sociedad.* (en inglés en el original). Ver en Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, (...) *Op. Cit.*, pp. 12 y 13.

determinación de criterio adecuado para la búsqueda de eficiencia de forma a ser posible obtener la máxima satisfacción personal sin perjudicar los demás y, aun así, atender un criterio de justicia - equitativo³³.

Al ser analizado por el AEDE, el concepto de eficiencia revela diversas matices que urgen ser verificadas. De manera general, en este concepto, se tiene el *tobillo de Aquiles del AEDE*; en la medida en que le es fuente de crítica la aptitud que privilegia la *eficiencia* en detrimento de un criterio de justicia equitativo. Autores como Posner defienden la eficiencia económica en términos de maximización de riqueza, en cuanto otros, como Calabresi, allende este criterio, optan por una aptitud distributiva para el Derecho; y, radicalmente, se tiene la doctrina de autores como R. M. Dworkin, J. Rawls, J. Habermas, Walter Eucken³⁴, Henry George³⁵, Adam Przeworsky³⁶ y Nozick entre tantos otros, que, decisivamente, no concuerdan con el carácter económico del Derecho.

La Escuela de Chicago-Virginia, partiendo del presupuesto de mercado, acredita que los temas y problemas político-jurídico-económicos pueden, efectivamente, ser resueltos a través del parámetro de eficiencia; por otro lado, intelectuales divergen de la posición conservadora de los seguidores de Posner, justificando en este un estrecho pensamiento, en el que hace respecto a la exclusión de criterios otros, como culturales y sociales, en la consecución de una Teoría General del Derecho. Así expresan, respectivamente Michael J. Trebilcock y Frank I. Michelman:

(...) La eficiencia asignativa, como piedra de toque política unimodal, resulta claramente demasiado estrecha para comprender las fuerzas centrales que actúan en el terreno político canadiense (...) Si todo lo que piensa investigar en otras culturas es la correlación entre las variaciones en las 'condiciones de coste' y la 'estructura de las instituciones políticas', está cerrando la posibilidad de identificar una cultura en la cual una de las 'condiciones' predominantes es que los móviles y dictados fundamentales no adoptan la forma 'mercantil de 'costes' marginalmente intercambiables en absoluto. Y, de este

33 A propósito de la dicotomía equidad-eficiencia Edwin Cannan expresa lo siguiente pensamiento: *La opinión del género humano sobre lo que es equitativo está sujeta a mudanzas, y (...) una de las fuerzas que la hacen mudar es la descubierta ocasional, por la humanidad, de que lo que se consideraba enteramente justo y equitativo en el tocante a determinada cuestión se tornó, o posiblemente tenga sido, antieconómico.* (en inglés en el original). Ver en CANNAN, Edwin, *The History of Local Rates in England*, 2 ed., Londres, 1912, p. 173.

34 Ver EUCKEN, Walter, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, trad. I. Illeg Lacoste, 2 ed., Alianza, Madrid, 1967.

35 GEORGE, Henry, *Progreso y Miseria*, trad. Baldomero Argente del Castillo, Robert Schalkenbach Foundation, New York, 1972.

36 Ver PREZEWORSKI, Adam, *Capitalismo e social-democracia*, trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 1989._____, *Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*. trad. Vera Pereira, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994._____, *Estado e economia no capitalismo*, trad. Angelina Cheibub Figueiredo y Pedro Paulo Zahluth Bastos, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1995.

*modo, usted puede fracasar a la hora de considerar que uno de los rasgos diferenciales y contingentes de nuestro propio proceso de pensamiento es su impulso inexorable a reducir cualquier móvil a un costo.*³⁷

Lo que se está a tratar es de la dicotomía entre los criterios decisorios político-jurídicos basados en nociones metafísicas de justicia y equidad o de interés público y de las ideas racionales de los juristas-economistas, que defienden soluciones económicas eficientes para problemas jurídicos; de forma a minar las ideas intervencionistas de la *economía del bienestar pigouviana*³⁸, en defensa, ahora, de una economía de libre mercado, aun así, sujeta a la intervención estatal, pero según premisa de internalización de costos pregonada por Coase.

El estudio del concepto de eficiencia se torna imprescindible para el AEDE una vez que, dentro del Derecho, compárase al de equidad. Ni siempre aquello que, aparentemente es eficiente, traduce algo equitativo. En cuanto no existe costos de transacción en la distribución de los Derechos, la solución eficiente es equitativa, todavía, por el contrario, se tiene el conflicto y la alteración de la riqueza de partes que participan en la disputa para adjudicación de la misma, sufriendo los costos o externalidades por el uso no autorizado por parte de tercero. Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott al abordaren la cuestión de la eficiencia y de la equidad, memoran que una sociedad con instituciones y un sistema jurídico eficiente no tiene que ser justa, aunque, una sociedad ineficiente generalmente resulta injusta. Así, los autores concuerdan con Calabresi en que, siendo la eficiencia compatible con la injusticia, debe objetivarse por la práctica eficiente en términos paretianos y llevar en cuenta la justicia distributiva³⁹.

Según la eficiente acción, cuando de la tomada de decisiones en el ámbito económico-jurídico, sea para el sector privado, sea para el sector gubernamental, debe, invariablemente, ser objetivada la creación de ambiente económico favorable a la libre competición saludable en mercado social que, reglamentado conforme perspectiva progresista y incluyente, indique el mejor uso de la riqueza social, individualmente apropiada, conforme el *desideratum* último de la eficiencia económica. Esta se traduce por situación de equilibrio en que las fuerzas económico-sociales tienen satisfechas sus necesidades de consumo y recompensados todos sus esfuerzos productivos de forma a serien compensadas cualesquier externalidades por ventura causadas a terceros. En esta situación ideal se verifica la real posibilidad de serien alcanzados valores como la distribución, la moralidad y la equidad una vez que los ingresos y costos marginales privados equivalen a los ingresos marginales sociales; o, aun así, los ingresos marginales de las naciones consideradas individualmente

37 *Apud Op. Cit.*, p.48.

38 Ver PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of welfare*, 4 ed., Macmillan, Londres, 1932 y. _____, *Socialismo y capitalismo comparados: la teoría general de Keynes*, Ariel Quincenal, Barcelona, 1968.

39 SCHÄFER, Hans Bernd y OTT, Claus, *Op. Cit.*, p. 25, 26 y 45.

equivalen a los ingresos marginales de los países del restante del mundo. Es adecuado recordar que los cambios económicos funcionan en un sistema cerrado en que las pérdidas de unos son los beneficios de otros y, siempre que fuera verificada diferencias entre los factores disponibles de unos y otros, así como en la intención psicológica de unos y otros cuanto al empleo de su propia riqueza, habrá condiciones de trocas.

Los autores que escriben sobre el AEDE, como visto, expresan sus ideas sobre la eficiencia de diversas formas, siendo de destacar, en términos económicos las teorías de Pareto, bien como, de Kaldor y Hicks. La eficiencia productiva es vista a partir de la óptica de la Teoría de la Firma según la obtención de la mejor asignación posible de los factores productivos, de tal forma que ningún otro arreglo pueda resultar en mejoría o aumento de producto final; de la misma forma, las teorías de Pareto y de Kaldor y Hicks se basan, conforme la perspectiva neoclásica, en la economía capitalista de mercado operando en la ideal situación de competencia perfecta en que se verifica elevado número de compradores y vendedores, los cuales no pueden influir, individualmente, en los precios y en la homogeneidad de los productos y, aun así, cuando poseedores de libertad absoluta, consiguen una situación de equilibrio denominada *óptimo de Pareto*, en la cual ningún de estos individuos puede mejorar su situación sin empeorar la de otro; o entonces, segundo Kaldor-Hicks en que, caso algún perjuicio sea causado, sea providenciada la respectiva compensación. De esta forma, en una economía de mercado de competencia perfecta, según el AEDE, restaría para el Derecho garantizar la seguridad y la libertad de este mercado no más interviniendo para regular o actuar económicamente. En estas condiciones, pues, el Derecho se torna estructura institucional redundante, una vez alcanzada la eficiencia social en función de la máxima eficacia individual.

Desarrollando su raciocinio, Pareto presentó dos conceptos de eficiencia, conocidos como superioridad de Pareto⁴⁰ y optimalidade de Pareto. Según el autor, un estado de cosas (P) es *superior* a (Q) si, y solo si, al moverse de (Q) para (P) nadie acabe por permanecer en peor condición que antes y por lo menos una persona mejora su posición. Cuanto a la *optimalidade*, se tiene que un estado de cosas es óptimo, si ningún otro estado es superior a él, en términos de Pareto, o sea, es la situación en que cualquier modificación con respecto a este estado de cosas hace con que por lo menos un individuo empeore su posición.

Considerando que los criterios de Pareto cuanto a la eficiencia son extremados, Kaldor y Hicks elaboraran el criterio de eficiencia basados en la idea de compensación de los perdedores⁴¹. En función de la verificación de pérdida social, cuando de la tomada

40 *Op. Cit.*, pp. 79/134.

41 KALDOR y HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n^o 549, 1939.

de decisiones, Hicks, en 1939, elaboró regla conocida por su propio nombre, que fue considerada como superior a la de Pareto. Trabajando con la misma idea de Kaldor, concibieran, juntos, un nuevo criterio de determinación de la eficiencia de dada situación. En efecto, partiendo del principio de que, en el mundo real, siempre existen ganadores y perdedores, Kaldor y Hicks⁴² desarrollaran raciocinio que levase a una compensación potencial. De esta forma, un estado de cosas (X) es eficiente, en términos de Kaldor-Hicks, en relación a otro estado (Y), se, después de modificarse del estado (X) para el estado (Y), verificarse la posibilidad de compensación de los perdedores por parte de los ganadores con esta mudanza.

Así, la Eficiencia Potencial de Kaldor-Hicks se caracteriza por toda la situación en que aquello que puede mejorar la posición de alguien es más valeroso de que los perjuicios causados a otro individuo que es disminuido en su bienestar o, aun así, eficiencia potencial es verificada cuando los beneficios totales - sociales - líquidos son máximos tornando posible *comprar* la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores. La regla exige, pues, que el perjudicado sea resarcido cuando ocurra el efectivo perjuicio; ya que, no ocurriendo tal indemnización, se tiene el criterio paretiano.

El criterio Kaldor-Hicks asume considerable importancia en el estudio de Posner⁴³ que, por su vez, trató el problema da regla de adjudicación en la tomada de decisión para la maximización de la riqueza conforme aplicación del referido criterio, por lo cual, un Derecho debe ser atribuido para quienes esté, potencialmente, en mejores condiciones de pagar - *willingness to pay* – por lo mismo, el precio más alto que compense la posible pérdida o perjuicio causado. La regla de maximización de la riqueza - *wealth maximization principle* - puede ser dictada por el criterio Kaldor-Hicks, según sea maximizada la suma de las variaciones patrimoniales que se produzcan para los afectados de una determinada decisión político-jurídica. Esta técnica, o criterio, también es aplicada con relación a la análisis de costo y utilidad de determinada política jurídica, en la medida en que la utilidad total sea superior a los costos totales de su implementación, valorados en dinero.

Si la tomada de decisiones en esfera legislativa, jurídica o administrativa debe ser racionalmente eficiente, necesario es el uso de metodologías apropiadas para, considerando el mayor número de variables, serien calculadas las diversas hipótesis y evaluados los definitivos resultados posibles. En este prisma, se defiende el Principio de la Eficiencia Económico-Social - PEES.

Toda la vez que es criada una norma, implícitamente, es adoptado un parámetro de decisión aplicable, cuando de la tomada de decisión, al caso concreto. La determinación

42 Verificar in SEN, Amarthia Kumer, *Collective Choice and Social Welfare*, 1970, p. 30 e ss.

43 POSNER Richard A, *Economic Analysis of Law, Op. Cit.*, pp.12/16. Ver, también, COLEMAN, Jules L., *The Economic Analysis of the Law en "Ethics, Economics and the Law"*, R. L. Pennock e J.W. Chapman, 1982, pp.83 e ss.

normativa, puede, entonces, adoptar el parámetro económico, como metodología de análisis o como naturaleza intrínseca al propio Derecho, para la efectiva tomada de decisión según el PEES, de forma que, cuando decidiendo, el legislador, el juez o el administrador; deben relevar, allende la distribución dada de la riqueza entre los sujetos de derecho, los medios jurídico-económicos disponibles para atingir fines específicos de racionalización del uso de esta riqueza, bajo la pena de ineficacia de la norma, haciendo urgir la aplicación del instrumental de análisis del costo y del beneficio de decidir, aun así, ponderando el objetivo a ser atingido y el consecuente costo para alcanzarlo. Cuando se impone la necesidad de la análisis de costo y beneficio, en primero lugar, está implícito, en la propia estructura de la análisis, como también, en toda la Teoría Económica, que existe escasez de recursos y, que siendo, estos, utilizados en proyectos determinados, se torna imposible, por consecuencia, su uso en otros emprendimientos – costos de oportunidad. En según lugar, en una economía de mercado, a pesar de la libertad individual inherente al sistema económico capitalista, las posibilidades de escoja, por lo menos en términos racionales, son indicadas por criterio de maximización de los resultados.

Procediéndose al análisis de costo y beneficio, actuase técnico-racionalmente sopeando, en términos monetarios, todas las posibles variables que influyen en el suceso de un emprendimiento con el retorno esperado, también, evaluado en moneda y considerado en el tiempo. Tales variables envuelven desde los costos materiales fijos inherentes a los factores de producción utilizados - naturaleza, capital, trabajo y iniciativa empresarial – los costos variables - energía utilizada, materia prima, servicios variados y tecnología - hasta la consideración del posible lucro en función de mercado, ventas y *marketing*, tiempo y tasa de retorno de inversión. Económicamente, se parte de la presuposición de que, incrementándose la eficiencia, aumentase la riqueza, o que, necesariamente, no lleva a la equidad y a la distribución, ya que, es visible, la desigualdad con relación a la distribución de atributos individuales de los hombres, tanto cuanto, la atribución de los diversos factores productivos entre las naciones. Si el análisis económico de costos y beneficios no considera criterios distributivos y, preconizando mayores lucros para un grupo, somete otro a carencias, por otro lado, la distribución regresiva leva a mayores injusticias en términos materiales. Distarte, deben ser considerados criterios progresistas de distribución y adjudicación de la riqueza, según proceso de tomada de decisión que no leve a la estagnación o inoperancia de la actividad económica. Se torna útil el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks para la adjudicación del Derecho, allende programas o políticas distributivas que deben ser, cautelosamente, implementados por el Estado, ya que, infelizmente, ni siempre son computadas, en el cálculo utilitario, cuestiones particulares no evaluadas, dentro del instrumental metódico disponible, como aquellas inherentes al mérito personal, social, ambiental, de la disciplina del trabajo, de seguridad y otros cuando de la tomada de decisión.

Si determinadas medidas tomadas son económicamente correctas, es posible inferir que las mismas representan la mejor forma de solución para dado problema entre las partes envueltas, según el aspecto de su eficiencia, dadas las variables conocidas y mensurables. A pesar de lo afirmado, no se desconoce la existencia de otras circunstancias, por veces negativas - externalidades - que deben ser incluidas en el cálculo económico, tal como defendido según el PEES. El hecho de determinada decisión ser adecuada, *u. g.*, para las partes envueltas en una contienda judicial o administrativa, no incurre en justicia; en la medida en que no son averiguadas las reales condiciones mercadológicas, el posicionamiento de terceros y el reflejo causado, en el transcurrir del tiempo, así como, la influencia de las pactadas condiciones en el medio social del país.

El PEES aplicado a la norma traduce la elaboración o aplicación de la misma de forma eficiente económicamente, maximizándose resultados esperados cuando de la adjudicación de derechos o de la determinación de obligaciones, todavía, de forma a considerar el reflejo social y el costo externo determinado para la sociedad presente, o mismo futura, de forma a serien compensados, en la totalidad, los perjuicios causados por la renta presente de las partes envueltas. Toda la tomada de decisión que, apenas y tan solo, representa el posicionamiento político y no-comprometido con el uso racional de la riqueza social, incurre en contrariedad al PEES, una vez que, mucho probablemente, en el futuro no remoto, por el empleo ineficiente o desvío de recursos, por los encargos causados al proceso productivo doméstico y por la creación de indicadores mercadológicos falsos, se verificará lo caos económico a partir de la constatación de la carencia de recursos en otras actividades, de alto costo para satisfacer la demanda interna, del mayor desempleo ocasionado en otros sectores, en virtud del mantenimiento de empleos en actividades ineficientes, y de tantos otros problemas reflejos generados a partir de la equivocada tomada de decisión.

El propio Posner, demostrando posición menos radical, intuye las premisas básicas para la concepción de este principio, en la medida en que defiende la maximización de la riqueza, a través de la adjudicación de los escasos recursos, así como por criterio ético a ser relevado cuando de la tomada de decisión.⁴⁴ No obstante, se tiene que el PEES es aquello que prima, cuando de la elaboración o aplicación normativa, por la esencia de carácter económico de la norma que, debiendo ser eficiente – capaz de maximizar resultados esperados cuando de la adjudicación de derechos entre los agentes, o cuando determinante de obligaciones - no debe olvidar la consideración, en el cálculo econométrico, de las variables de carácter personal, social y temporal que, correctamente valoradas, deben ser

44 Afirma, textualmente, que (...) *el termo eficiencia, cuando usado, en este libro, para denotar aquella adjudicación de recursos en la cual el valor es maximizado, tiene limitaciones en un criterio ético de escoja social. (...) A pesar de ningún esfuerzo ser hecho, en este libro, para defender la eficiencia como único medio valido como criterio de escoja social, el libro asume, y la mayoría de las personas probablemente concordarán, que se trata de un importante criterio. (en inglés en el original). Ver en Richard. A. Posner, Economic Analysis of (...) Op. Cit., p.13.*

internalizadas de forma que la relación de costo y beneficio demuestre la realidad de las utilidades que se recibe sacrificando determinados bienes y servicios de terceros, aun así, considerado el mayor número posible o la totalidad de los agentes envueltos y posibilitada la eliminación de las externalidades para las sociedades, presente y futura. El derecho aplicado de forma eficiente se torna moral; enseña el autor de Chicago, refiriendo al contenido moral de la *Common Law*

La aproximación entre el Derecho y la Teoría Económica, tornando el primero racional, según los parámetros de la segunda Ciencia, se torna posible, conforme la aplicación del PEES, una vez que el comando normativo sea exequible, a partir de restricciones materiales definidas, de la misma forma sea objetivada la equiparación de los niveles de satisfacción individuales y colectivos envueltos en el caso concreto y, aun así, mediante el implemento del tratamiento equitativo para los iguales, siendo diferenciado para los desiguales, y, por fin, siendo promovida la definitiva justicia en una perspectiva económica, al difundir incentivos para la acción socialmente deseada o obstáculos para la consecución de hechos condenados por el *acuerdo social* previamente establecido en normas, en los costumbres, etc.

6. Conclusiones

Las decisiones, en el proceso económico de mercado-social, deben ser tomadas según criterios técnicos y no aleatorios o sujetos a las vicisitudes momentáneas y casuísticas. No obstante mejor juicio, dentro de un contexto de integración regional y de inserción en el mercado mundial, es inadecuado que tales decisiones sean tomadas con fundamento meramente político, empírico o ocasional - según circunstancias de la conveniencia momentánea no económicamente racionales. El Derecho, antes de ser coactivo, debe ser persuasivo en el sentido de tener, como *última ratio*, la manutención del equilibrio económico-social del mercado interno, incluso, con relación a los niveles mercadológicos externos a través de la protección de la orden económica interna eficiente, de la protección del ambiente de mercado competitivo y socialmente justo. Por lo tanto, necesaria es la adopción de un criterio racional, técnico y eficiente para la toma de decisión jurídico-administrativa, como definitivo ideal de justicia.

La tesis principal que se defiende es que la racionalidad económica instrumenta el tomador de decisión de forma técnica, evitando la incertidumbre o la impropiedad en la consecución de objetivos que posan llevar al agotamiento o al no uso adecuado de recursos escasos, que, mal distribuidos, pueden generar situaciones de injusticia y, por consecuencia, ineficientes. No se niega la existencia de otros valores a ser observados como grado de justicia tales como la equidad, aspectos sociales, políticos, ecológicos, etc. Se reconoce que el ideal de justicia puede considerar, *v. g.*, que solo decisiones ecológicas deben ser tomadas, o políticas, o equitativas y, así adelante, según la escoja social y democrática.

Peores decisiones son tomadas, en función de trampas legales o pensamientos desconectados con las posibilidades materiales, por parte de tomadores de decisión que, antes de actuar junto y para la sociedad, apenas *desempeñan* papéis determinados socialmente, o mejor, representan cumplir estos papéis de forma sistémica, sin el verdadero compromiso con la consecución de decisiones que realmente importen aptitudes capaces de contribuir para sanar las cuestiones que envuelven el uso y la distribución de recursos. Es innegable que la creación del Derecho y su desarrollo están íntimamente ligados a la Economía. Este es el comportamiento verificable en el día-a-día: las personas, por lo menos las que crean normas y dirigen las relaciones económico-sociales que determinan el ambiente institucional de los pueblos visan - o deberían visar - el bienestar económico capaz, incluso, de envolver también, ideales sociales distributivos, humanitarios, ecológicos, ambientales, de seguridad en el trabajo, etc., en la medida en que estos valores integren el cálculo económico que es metodología de apreciación del real, tal como sugerido por el PEES.

En ningún momento, se está condenando o defendiendo, ni la libertad irrestricta y mucho menos el autoritarismo para la tomada de decisión, todavía, se está condenando la tomada de decisión ineficiente; sea esta, fruto de la voluntad individual o de una colectividad y que incurra en la adopción de criterio político-ideológico de decisión propio del *infructífero oscilar de las decisiones jurídico-políticas* cuando de los cambios y mudanzas de gobiernos y partidos. En un Planeta globalizado, en el cual impera el sistema de economía de mercado neoliberal, predominan prácticas y criterios técnicos de proceder dirigidos para la conquista de lucros, para un proceder racional y eficiente capaz de propiciar el mejor uso de los escasos recursos y el bienestar de las sociedades, en la medida en que la riqueza es incrementada. Idealmente, la racionalidad que visa la eficiencia, en ambiente competitivo, surge como parámetro de decisión administrativo-jurídica capaz de priorizar el uso racional y eficiente de la propiedad como solución propia de justicia y felicidad para los individuos; es el uso imprescindible y suficiente del criterio o Principio de la Eficiencia Económico-Social - PEES. Ocurre, entretanto, que disparidades sociales, situaciones de imperfección o fajas de mercado, mala distribución de la riqueza o ejercicio abusivo del poder, inclusive económico, están presentes en el día-a-día de las diversas sociedades inmersas en este ambiente competitivo internacional, compitiendo, entonces, al Derecho, a la norma, a la decisión del juzgador o del administrador corregir distorsiones - fajas de mercado - y recuperar la situación de equilibrio perfecto. En esta perspectiva, el Derecho, antes de coercitivo, es persuasivo.

Adoptar criterio técnico, cuando de la tomada de decisión, significa determinar los costos de la adopción de esta medida o de determinación de un Derecho definitivo, con relación a sus efectos restauradores de una dada condición de mercado o reparación de faja de lo mismo. No justifica, entretanto, la alegación de que el carácter económico es

parcial para la tomada da decisión jurídico-administrativa, pues no se está a excluir del cálculo econométrico valores como la vida, la libertad, la equidad o las vivencias humanitarias, ambientales, y otros aspectos que pueden ser internados conforme el PEES; pero, tan solo, se constata que, tal como en la matemática, no es coherente efectuar una operación de suma con las reglas propias de la operación de substracción; o sea, en cuanto inseridos en contexto internacional de mercado, compete para los países o para los individuos decidir según las reglas y objetivos del *juego* establecido, mayormente, bajo de la pena de eterno conflicto y desequilibrio no-sustentable en medio a las acciones que ora son políticas, ora filantrópicas, ora religiosas, ora pasionales, etc., todavía, siempre desconectadas con las reales posibilidades materiales.

Se defiende, entonces, como criterio de justicia para la tomada de decisión administrativo-jurídica, la aplicación de parámetros económicos, mayormente, ligados a la eficiencia en el uso y en la adjudicación de la propiedad de los escasos recursos; en una economía de mercado-social, amparada por el mínimo ético legal, o sea, una legislación adecuada para las necesidades y posibilidades del Sistema Económico de Mercado-Social y segundo el PEES.

El análisis económico, cuando de la tomada de decisión relativa al Orden Económico Internacional permite que se verifique el costo de oportunidad para la aplicación o refutación de la misma con intuito correctivo de una faja en el mercado - desvío de comercio. El análisis de costos y beneficios de las consecuencias de una determinada decisión posibilita, para el órgano decisorio, el ejercicio no temerario y despótico del poder de adjudicación de bienes y de consagración de relaciones sociales, cuando de la adopción de aquella, según norma suficientemente flexible que permita la transacción eficiente conforme el PEES. En este caso, la tomada de decisión racional pondera los beneficios posiblemente advenidos de la aplicación de medida y de las consecuencias económico-sociales de la no aplicación de las mismas.

Pugnase, para el balizamiento de la tomada de decisiones económico-jurídicas, el PEES como importante objetivo social a ser perseguido para la efectiva adjudicación de derechos; inclusive, defendiéndose la eliminación de toda la especie de externalidad impuesta para las generaciones participantes del proceso de atribución y redistribución de la riqueza social, privadamente adjudicada, bien como, para las futuras generaciones.

Sea, el concepto de justicia, analizado en la óptica de la distribución de los recursos o simples retribución de los mismos, a quienes de Derecho, en una perspectiva económico-jurídica, deben ser adjudicados derechos que determinen el uso racional de la riqueza social, mayormente, cuando, de forma superior, sean perseguidos los dictámenes del PEES como forma de hacer valer, por fin, la máxima inolvidable, por la cual, justicia es *hacer para los otros, lo que se quiere sea realizado o hecho para sí - alteridad*.

Dentro de una visión jurídico-económica pragmática, la justicia debe ser alcanzada según composición ideal de las partes – negociación, para, así, ser alcanzado estado superior de bienestar para todos los participantes del proceso de convivencia social, conforme sea alcanzado el empleo eficiente de los escasos recursos. En que pese el expuesto, no se desconoce las dificultades de aceptar las determinaciones de mercado como exclusivas inductoras de la justicia distributiva. En efecto, tal opción de justicia es cuestionable; una vez que, es indefendible la existencia de mérito definitivo o razón única que justifique, aceptablemente, la atribución efectiva de los Derechos que, en el mercado, están adjudicados de forma desigual entre los agentes y los Estados.

7. Referencias

- ACKERMAN, Bruce. *Del Realismo al Constructivismo Jurídico*, traducción López Guix, Juan Gabriel, Ariel, Barcelona, 1988.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, trad. Mário da Gama Kury, 3 ed., Editora da Universidade de Brasília. Brasília, 1992.
- CALABRESI, Guido, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en 70 Yale Law Journal, 499, 1961.
- _____, *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. Joaquín Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984.
- CANNAN, Edwin, *The History of Local Rates in England*, 2 ed., Londres, 1912.
- COASE, Ronald H., *The Problem of social cost*, 3 Journal Law & Economics 1, 1960.
- DWORKIN Ronald M., *A Matter of Principle*, Claredon, Oxford, 1986.
- _____, *El Imperio de la Justicia*, trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- EUCKEN, Walter, *Cuestiones fundamentales de la economía política*, trad. I. Illig Lacoste, 2 ed., Alianza, Madrid, 1967.
- GEORGE, Henry, *Progreso y Miseria*, trad. Baldomero Argente del Castillo, Robert Schalkenbach Foundation, New York, 1972.
- GIOFFRÉ, Marcelo A. e MORANDO, Mario J., *Economía y Orden Jurídico. El impacto de la Juridicidad en los Procesos Económicos*, Ad-Hoc, Bs. As., 1994.
- HABERMAS, Juergen, *A Crise de legitimação no Capitalismo Tardio*, trad. Vamireh Chacon, Biblioteca Tempo Universitário, v. 60, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980.
- _____, *Razão Comunicativa e Emancipação*, trad. Flávio Beno Siebeneichler 2 ed., Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989.

- KALDOR y HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n. 549, 1939.
- KORNHAUSER, L. A.; *The great image of authority* en *Stanford Law Review*, v. 36, 1984.
- MARTINEZ GARCIA, Jesus I; *La teoría de la Justicia en John Rawls*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica*, Colec. El Derecho y la justicia Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1994.
- MERCURO, Nicholas, *Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, Boston 1989.
- PARETO, Vilfredo, *Manual de Economía Política*, trad. João Guilherme Vargas Neto, Abril Cultural, São Paulo, 1984, Colección Os Economistas.
- PIGOU, Arthur Cecil, *The Economics of welfare*, 4 ed., Macmillan, Londres, 1932.
- _____, *Socialismo y capitalismo comparados: la teoría general de Keynes*, Ariel Quincenal, Barcelona, 1968.
- POSNER, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 4 ed., *Little Brown and Company*, Chicago, 1992.
- PREZEWORSKI, Adam, *Capitalismo e social-democracia*, trad. Laura Teixeira Motta, Companhia das Letras, São Paulo, 1989.
- _____, *Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*. Trad. Vera Pereira, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994.
- _____, *Estado e economia no capitalismo*, trad. Angelina Cheibub Figueiredo y Pedro Paulo Zahluth Bastos, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1995.
- RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Carlos P. Correia, Ed. Presença, Lisboa, 1993.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del Derecho*, trad. José Luis Pérez Hernandez, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía: Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1989.
- SEN, Amarthia Kumer, *Collective Choice and Social Welfare*, 1970.
- SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus, *Manual de análisis económico del Derecho*, Técnos, Madrid, 1991.
- SMITH, Adam, *The theory of moral sentiments*, Liberty Classics, Indianópolis, 1976.
- _____, *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, Introd. Edwin Cannan. Apres. Winston Fritsh. trad. Luiz João Baraúna, Abril Cultural, São Paulo, 1983, Colección Os Economistas.

SOUZA, Washington P. Albino de, *Lições de Direito Econômico*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

_____; *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 5 ed. São Paulo: Ltr. 2003.

STAMMLER, R., *Economía y Derecho, La concepción Materialista de la Historia: una investigación filosófico social*, Editorial Réus, Madrid, 1929.

TORRES LÓPES, Juan. *Análisis Económico del Derecho, Tècnos, Madrid, 1987.*