

Mercado y Justicia en el Derecho

LUIS MANUEL SÁNCHEZ FERNÁNDEZ

Abogado, Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) México D.F.

El fenómeno de expansión del mercado en el último decenio viene universalizando la economización de la vida; pero además en el propio campo epistemológico el discurso económico tiende a desplazar y subordinar a los otros discursos “científicos” posibles¹. Esto último es sin duda un hecho llamativo en la medida que la criticidad característica del discurso científico parece haber rendido sus armas ante la retórica formalizada de la Economía². El Derecho no ha permanecido invulnerable a esta circunstancia. Al comienzo los supuestos de la microeconomía neoclásica fueron extendidos al derecho privado en trabajos como los de Coase, Calabresi, Demsetz y Armen Alchian³. Después se ha llevado el esquema a los campos del derecho público y de la política en la obra de autores como Becker, Buchanan y Tullock, Anthony Downs o Mancur Olson⁴.

1. Algunos autores han calificado este hecho como “imperialismo económico”, caracterizado por los intentos de extensión de la teoría microeconomía a la explicación de la mayoría de problemas sociales, aunque estos no sean estrictamente económicos. Véase Pedro, Mercado Pacheco, *EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*, una reconstrucción teórica, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 75 y ss.

2. La propia Universidad tradicionalmente definida por su función en la promoción del pensamiento crítico, en la coyuntura se muestra más entusiasmada en promover el discurso económico. Es sorprendente la acogida que tiene en las aulas los temas de la “calidad total”, la “excelencia”, la “reingeniería”, “la competitividad”, “el derecho de la libre competencia”, etc. según creemos con una despliegue no conocido, en otras Universidades del continente.

3. Los trabajos de Coase, *The Problem of social cost* (1960), y de Calabresi, *Some Thoughts on risk distribution and the law of torts* (1961), marcan el punto de partida del Análisis Económico del Derecho más reciente. El artículo de Alchian, *Some Economics of property Rights*, es de 1961, y el de Demsetz, *Toward a Theory of property Rights*, de 1967.

4. Becker en realidad es un pionero del Análisis Económico del Derecho desde su Tesis Doctoral publicada en 1957 titulada *The Economics of discrimination*. Es conocido tam-

La “colonización” económica del Derecho parece operar a través de dos vías principales: una interna o estructural introducida por la aplicación del Análisis Económico del Derecho⁵ a los campos ya citados del derecho privado y público, y una externa manifiesta en el generalizado despliegue de las disciplinas vinculadas al crecimiento económico del tipo del Derecho Económico, Financiero, Derecho Patrimonial, Propiedad Intelectual, Derecho de la libre competencia, Derecho Empresarial etc. El fenómeno parece implicar una admisión tácita de una cierta superioridad del mercado como razón práctica colectiva. Si esta superioridad es aprobada estamos a las puertas de un cambio radical en el paradigma valorativo sobre el que se ha construido el Derecho. A diferencia de lo ocurrido en el pasado con la contraposición entre Seguridad Jurídica y Justicia planteado por el positivismo y el jusnaturalismo, lo que ahora tenemos es un aparente conflicto entre Justicia y Mercado o más exactamente entre Justicia y Eficiencia.

En este escrito, siguiendo a autores como Ernesto Garzón Valdez, Ruth Zimmerling y Reinhard Zintl, nos proponemos sugerir argumentos para responder a la pregunta de si esa hipotética superioridad práctica del mercado existe, y, en todo caso, si puede justificarse un cambio de paradigma teleológico en el Derecho, tradicionalmente orientado a la Justicia, para colocar al Mercado y la Eficiencia como

bién su Análisis sobre el castigo *Crime and punishment: an economic approach* (1968). Buchanan y Tullock se ocupan por su lado de los problemas de la democracia Constitucional en *The Calculus of consent* (1962). Anthony Downs desarrolla su *Economic Theory of Democracy* (1957) y Mancur Olson aplica el modelo del hombre racional en *The Logic of collective Action* (1965).

5. Sin descuidar la obra de los autores antes referidos, el Análisis Económico del Derecho aparece sin embargo específicamente asociado con la obra de Richard Posner, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, Little, Brown and Company, Boston, 1972.

los valores prioritarios hacia los cuales orientar su función. Es necesario advertir que por mercado estamos entendiendo, en estricto, una situación de encuentro de voluntades ofertantes y demandantes de algún bien⁶, carente de regulaciones extrínsecas a los intercambios, a la manera como se lo imaginaría un liberalismo negativo⁷ llevado hasta sus últimas consecuencias. Asumimos este modelo porque si se admite la inclusión de regulaciones externas a los intercambios pasamos a una situación en la que es difícil o imposible sostener, analíticamente, si se trata de una situación de Mercado o una situación de Estado.

JUSTIFICACIONES DEONTOLÓGICAS Y CONSECUENCIALISTAS DEL MERCADO

Ernesto Garzón Valdez, de la Universidad de Maguncia, reúne las diversas justificaciones que se han dado del mercado en dos grupos: justificaciones deontológicas y justificaciones consecuencialistas o pragmáticas⁸.

Las justificaciones deontológicas atribuyen al mercado un valor propio o inherente. En algunos casos esto proviene de considerar al mercado como bueno en sí mismo, lo que surge por ejemplo del primer y segundo Teorema de la Economía del Bienestar. El primer Teorema afirma que todo equilibrio conseguido en un mercado competitivo es óptimo

en el sentido de Pareto⁹, es decir que no es posible realizar una transacción adicional sin que alguien pierda. El segundo afirma que cualquier asignación de recursos puede conseguirse como un equilibrio competitivo¹⁰, existiendo la posibilidad entonces de que una redistribución de las dotaciones pueda conducir a una mejor Justicia distributiva. El problema es que la situación de mercado competitiva

exigida por el primer Teorema, como indica Varian, supone una ausencia de externalidades en la producción y el consumo¹¹, situación imposible de conseguir sin una intervención estatal. Por su lado el segundo Teorema deslegitima inmediatamente al mercado porque una reasignación de dotaciones supone de por sí una intervención estatal externa o un funcionamiento inicial sujeto a restricciones públicas, es decir una situación de no mercado.

La segunda justificación deontológica es la que surge de exposiciones como la de Nozick, quien postula que el mercado es bueno en sí mismo porque a él se llega como resultado del ejercicio de la libertad del individuo y su derecho a disponer de su propiedad¹². En este caso, como indica Garzón "no se trata que el mercado conduzca a buenos resultados sino que el mercado es el resultado del ejercicio de derechos básicos de la persona"¹³. Se presuponen, por tanto, derechos y un conjunto de reglas destinadas a protegerlos. Si ello es así no se ve por qué los resultados del mercado no deberían ser alterados cuando afectan empíricamente los derechos básicos de algunos de los que toman parte en los intercambios.

Las injustificaciones pragmáticas resaltan el valor instrumental del mercado para la obtención de ciertos bienes que se consideran valiosos¹⁴.

"...lo que ahora tenemos es un aparente conflicto entre Justicia y Mercado o más exactamente entre Justicia y Eficiencia".

6. Cfr. Ruth Zimmerling, MERCADO LIBRE Y JUSTICIA SOCIAL, en ISONOMIA, Nº 2, ITAM, México D.F. abril de 1995, p. 56.

7. Por "Liberalismo negativo" estamos entendiendo un contexto estatal con predominio exclusivo de ausencia de impedimentos, es decir, un Estado de Libertad negativa en el que las únicas reglas a observarse son las que se obligan consuetudinariamente las partes en cada intercambio. Se trataría de un estado más mínimo que el de Nozick pero que tiene la ventaja, según creemos, de presentar de manera consecuente una situación de mercado en pureza.

8. E. Garzón Valdez, MERCADO Y JUSTICIA, en ISONOMIA No. 2, edición citada, p. 7.

9. Robert H. Frank, MICROECONOMÍA Y CONDUCTA, Mc Graw Hill, 1992, p. 680.

10. Frank, op. cit. p. 681.

11. H. Varian. Microeconomía Intermedia, Antony Bosch Editor, Barcelona, 1986, p. 619.

12. Garzón V. Op. cit. p. 13.

13. Ibid, p. 14.

14. Garzón, op.cit. p. 7.

Siguiendo siempre a Garzón se distinguen en este caso la siguientes posiciones:

a) el argumento de la eficiencia que justifica al mercado porque provee los mejores medios para conseguir la máxima riqueza social en el sentido utilitarista. Esta función quedaría asegurada por el denominado Teorema de Coase que afirma que en ausencia de costos de transacción los intercambios voluntarios pueden conseguir una asignación óptima de los recursos independientemente de la forma en que estén asignados los derechos de propiedad¹⁵;

b) las que afirman (como en la posición de Friedman) que la libertad económica conseguida por el mercado es condición necesaria y suficiente para la consecución de la libertad política¹⁶;

c) las que afirman que el mercado coordina mejor los objetivos individuales obteniéndose como resultado el bienestar de la comunidad¹⁷.

d) las que afirman que el mercado realiza mejor la libertad de elegir, es decir, la libertad negativa¹⁸.

Garzón critica el teorema de Coase porque deja de lado el problema del daño a terceros. De este modo cualquier daño podría justificarse a cuenta de demostrar, a posteriori, que su producción era la alternativa menos costosa “de esta manera, dice Garzón, es posible justificar la formas más radicales de explotación y llegar a la situación éticamente grotesca de la puesta en duda de toda autodefensa hasta tanto se hayan aclarado los costos de producción que ella implica”¹⁹.

Para refutar el argumento de Friedman, caso b) Garzón Valdez refiere el caso de Chile de Pinochet,

liberalización y dictadura, indicando que las relaciones entre libertad económica y libertad política son más complejas de lo que Friedman cree²⁰. El mercado dispersa el poder pero no tanto como para colocar a cada ciudadano en la situación equitativa de una persona un voto. En cierto punto, por el contrario, el mercado produce resultados de acumulación asimétrica de poder “afectando la igualdad fáctica de las personas hasta el punto de volver irrelevante la igualdad jurídica”²¹.

En tercer lugar, la situación idealizada por Smith según la cual persiguiendo los individuos su propio interés la “mano invisible” lleva a que aumente el bienestar general, es criticada por Garzón, que en este punto sigue a Alan Gibbard, porque ello sólo podría ser posible en condiciones de un mercado idealizado: agentes perfectamente racionales, información perfecta, bienes perfectamente divisibles, ausencia de bienes públicos, costos de transacción

cero²², etc. Esta situación no ocurre ciertamente en la realidad.

Por último, el argumento de que el mercado realiza mejor la libertad negativa no toma en cuenta dos cuestiones. El primero es que la libertad de elección de un plan de vida no depende úni-

camente de que exista un sistema de precios sino también de la capacidad adquisitiva de las personas²³, con lo cual no todos resultan teniendo la misma “libertad de elegir”. El segundo es que al privilegiar los deberes negativos se dejan de lado los deberes positivos, es decir las “acciones de asistencia al prójimo”, los cuales se justifican sobre la misma base de los primeros; la protección de bienes que se consideran valiosos²⁴.

La conclusión eventual de Garzón es que deben abandonarse los intentos de justificación deontológica del mercado, sin que ello signifique que no deban considerarse como válidos algunos de

“La libertad de elección (...) no depende únicamente de (...) un sistema de precios sino también de la capacidad adquisitiva de las personas”.

15. Cfr. R. Coater y T. Ulen, LAW AND ECONOMICS, Haper COLLIS Publisher, USA, 1986, p. 5

16. Garzón, op. cit. p. 9.

17. Ibid. p. 10.

18. Ibid. p. 11.

19. Ibid. p. 15. Garzón señala además que el argumento de la eficiencia deja de lado los problemas de individualidad de las preferencias, así como las cuestión de las conductas “parasitarias”.

20. Ibid.

21. Ibid. pp. 16-17.

22. Ibid. p. 17.

23. Ibid. p. 20.

24. Ibid. p. 26.

los argumentos consecuencialistas. "No es que el mercado sea buen en sí mismo -señala -sino que su valor depende de los bienes primarios que permite alcanzar o garantizar²⁵". El mercado tendría un valor instrumental restringido en relación a otros valores superiores, específicamente puede decirse en relación a la Justicia. Su presunta superioridad ética o práctica queda debilitada.

¿ES EL MERCADO JUSTO?

Si la conclusión anterior es cierta correspondería averiguar a continuación qué tipo de mercado es justo, o hasta qué punto un mercado es justo, o planteado de otro modo, hasta dónde el mercado contribuye a la realización de la justicia²⁶. De acuerdo con el Teorema I del Bienestar una situación de ventaja mutua podría alcanzarse en una situación de equilibrio Pareto óptima. El caso es que ello requiere un mercado de competencia perfecta en el que habría inexistencia de todos los fallos de mercado que los economistas describen²⁷. Ello, como se refirió antes, es sólo una situación ideal imposible de conseguir en la práctica.

Sin embargo, incluso en una situación de eficiencia es posible que el mercado propicie situaciones de injusticia. Estos casos se presentan por lo demás de manera generalizada en las sociedades actuales cuando existen disparidades parcializadas en las notaciones iniciales de los participantes en el

"Incluso en una situación de eficiencia es posible que el mercado propicie situaciones de injusticia".

intercambio, o incluso por existir una distribución arbitraria de talentos naturales y preferentes personales²⁸. La distribución de la propiedad sobre los recursos escasos es, en este sentido, claramente condicionante del tipo de óptimo

paretiano-justo o injusto-que se consiga. Dicho simplemente esto significa que la Justicia no se deriva necesariamente de la Eficiencia, aunque en ciertas condiciones pueda concurrir. Esto permite decir, de acuerdo con Reinhard Zintl, que el mercado alcanza una moralidad en la acción, en la medida en que los participantes actúan libremente, pero no alcanza una moralidad ex ante en relación a las capacidades de los participantes, ni ex post en relación a los resultados distributivos que produce²⁹.

Argumentos como los anteriores son objetados por David Gauthier quien niega de que la Justicia y el Mercado tenga alguna área de evaluación común³⁰. El mercado, según Gauthier, sería una "zona normalmente libre" y por lo tanto no es pertinente preguntarse sobre la Justicia de sus procedimientos o de sus resultados³¹. El ámbito de la justicia, quedaría reducido a los bienes excedentes producidos en actividades cooperativas, en las cuales los asociados han aceptado desde el principio restricciones a la maximización de su utilidad³². Intuitivamente esto se revela como un escamoteo del problema, en absoluto injustificable si se toma en cuenta que las situaciones de injusticias constatables en el mundo no son única ni mayoritariamente las que se producen por la actividad de las sociedades cooperativas, sino aquellas que resultan directa o indirectamente del funcionamiento de los mercados libres o no regulados.

25. Ibid. p. 23.

26. Para el caso podemos servirnos de cualquiera de las dos nociones de justicia descritas por Brian Barry: justicia como ventaja mutua o justicia como imparcialidad. Véase, B. Barry, TEORÍAS DE LA JUSTICIA, Gedisa editorial, Barcelona, 1995, pp. 385 y ss.

27. La literatura sobre los fallos del mercado, como se conoce, es abundante. Puede verse entre otros, J. Stiglitz, LA ECONOMÍA DEL SECTOR PÚBLICO, Antony Bosch editor, Barcelona, 1988, D. Gowland y A. Patterson, MICROECONOMIC ANALYSIS, Harvester Wheatsheaf, Gran Bretaña, 1994, G. Fitzpatrick, MICROECONOMICS, NEW THEORIES AND OLD, Oxford University Press, Gran Bretaña 1990.

28. Rodolfo de la Torre, PROPIEDAD LIBERTAD Y DERECHOS EN UNA ECONOMÍA COMPETITIVA, en ISONOMIA, Nº 2, Edición citada, p. 31.

29. Cfr. Reinhard Zintl, LA ÉTICA DE LAS TRANSACCIONES VOLUNTARIAS Y LA EQUIDAD EN EL MERCADO, en ISONOMIA. Nº 2, edición citada, pp. 35-53.

30. Véase, Ruth Zimmerling, MERCADO LIBRE Y JUSTICIA SOCIAL, en ISONOMIA Nº 2, Edición citada, p. 59

31. Ibid. p. 60.

32. Ibid.

Tomando en cuenta el tipo de procedimientos y de resultados que el mercado promueve se debería decir, entonces, según Zimmerling, que “en el mejor de los casos... el mercado libre puede ser un mecanismo de justicia procedimental imperfecta”. Su aceptación moral viene condicionada, entonces, “en la medida que promueve la persecución libre de las preferencias de las personas dentro de ciertos límites, es decir dentro de un marco de comportamiento restringido por los deberes y obligaciones con los demás que impone la justicia que es anterior al mercado y a su funcionamiento”³³.

LA SUPERIORIDAD DE LA JUSTICIA

La escueta revisión anterior da fundamento para sostener que no se podría justificar un cambio de paradigma a favor del mercado—o la Eficiencia—en la estructura de razones prácticas del Derecho. La Superioridad práctica de la Justicia se revela en que propone circunstancias consistentes para la realización de la libertad tanto en condiciones iniciales, en sus procedimientos y en sus resultados. La actuación del mercado de libertades negativas es en este sentido falaz e inconsecuente con la libertad individual que dice promover, porque protegiendo la libertad en los procedimientos, no la protege sin embargo en las condiciones iniciales, ni tampoco la protege en los resultados que acentúan las asimetrías en las posibilidades de elección.

Se debería aspirar según esto a mercados que siendo eficientes, contribuyan de la mejor forma a los fines de Justicia. Esto supone ciertamente algún tipo de regulación, o más bien una regulación adecuada. En este punto la Justicia podría ser descrita como una situación de regulación de los intercambios interdependientes para obtener una distribución mutuamente ventajosa de los recursos escasos. Esta función de regulación institucional de los intercambios corresponde ineludiblemente ser realizada por el Derecho, y por cierto con intervención del Estado. El criterio absoluto de libertad de acción con el que se defiende la moralidad del mercado puede ser útil en condiciones de unidades económicas autárquicas y autosuficientes, pero no lo es en condiciones de interdependencia productiva. El hecho que los agentes dependan inevitablemente uno de otros

para su subsistencia justifica una intervención de la regulación jurídico estatal externa para asegurar que no se invada las esferas de los derechos, libertades y bienes de cada participante. Esta regulación debe, en consecuencia, ser justa, para garantizar la sostenibilidad de las condiciones éticas precontractuales.

Argumentos adicionales, aunque de este tipo empírico, abonan a favor de la primacía de la Justicia. Basta revisar la situación de pobreza de la inmensa mayoría de la población, o las cifras de distribución del ingreso nacional, para darse cuenta que la sociedad peruana está extremadamente urgida de Justicia. ¿Podrá la promoción de un mercado irrestricto atenuar esta desigualdad?. No lo creemos, a menos que simultáneamente se afirmen por los órganos productores de Derecho lo que Garzón Valdez ha llamado las “circunstancias éticas del mercado”. Un mercado que se imponga sobre la Justicia sólo puede conducir a una situación social insostenible. En este sentido Garzón afirma que la promoción del mercado debe sujetarse al predominio de tres condiciones:

- a) la existencia de lo que llama el “coto vedado” de la democracia en el que se incluyen todos los derechos fundamentales, individuales y sociales, del mercado no puede ni debe atropellar,
- b) la promoción de deberes positivos para la protección de la libertad, lo que implicaría afirmar la moralidad social, la solidaridad y los vínculos comunitaristas, y poner freno a la competencia exacerbada,

- c) la práctica por el estado de un paternalismo éticamente fundamentado el cual Garzón entiende definido por dos condiciones: “a) El destinatario de la medida parlamentarista es un incompetente básico, y b) La medida parlamentarista tiene por objeto evitar un daño a su destinatario y no se realiza con la intención de manipularlo”³⁴.

En definitiva, como recuerda Zimmerling, reclamar la primacía de la Justicia sobre el Mercado significa recuperar para el Derecho la vieja idea Kantiana según la cual todas las cosas tiene un precio, pero el hombre tiene Dignidad, y como tal debe ser tratado. DYS

33. Ibid. p. 68.

34. Garzón Valdez, op. cit. p. 27.