

Derecho económico y justicia. Positivismo, neoclasicismo y transversalidad de las ciencias sociales

*Juan Manuel Terán y Contreras**

*G. Augusto Bolívar Espinoza***

En el entorno pedagógico de las ciencias sociales parece esencial la discusión de la economía y el derecho para la construcción de una conciencia ciudadana moderna. La postura autonomista y antisincrética de Kelsen sobre la teoría del derecho, las tesis de la economía neoclásica y, en especial, las tendencias neoliberales convergen en la concepción positivista estricta. Este pie forzado las cantona en sus propias murallas pero las unen en su rechazo al tratamiento de la justicia por pertenecer al ámbito de la metafísica. La apertura mutua del derecho y la economía aparece como una necesidad de ser adoptada en las relaciones entre las disciplinas en el contexto de las ciencias sociales. Para la academia es necesario que se retome esta discusión no sólo como tema teórico relevante sino como indispensable en la consideración de la ciudadanía.

In the pedagogical environment of social sciences, it seems fundamental the debate about Economics and the right to build a modern civic consciousness. The autonomist stance and anti-syncretic of Kelsen about the law theory and neo classic economic theses, specially free market economics trends concur on the strict positive conception. This convergence forces them against its own walls; nevertheless join the rejection of justice treatment about to belong to metaphysics field. Mutual opening of law and economics appears as a need to be taken by social sciences disciplines. The academy needs to resume this issue, not only like a relevant theoretical subject but as essential citizenship consciousness.

SUMARIO: Introducción / I. El Positivismo en el derecho y la economía / II. La crítica de Kelsen al derecho / III. Causalidad e imputación / IV Oscilación entre derecho y economía / V. El derecho y su rol indispensable / VI. Libertad, igualdad y fraternidad en la economía / VII. El derecho ante los fracasos de la ideología económica / VIII. Visión jurídica de la economía, las finanzas y la contabilidad / IX. Derecho económico, ramas del derecho y globalización / X. Derecho económico, entorno académico y coyuntura actual / XI. Conclusiones / Bibliografía

* Maestro en Derecho, Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

** Doctor en Ciencia Política, Profesor Investigador del Departamento de Sociología, UAM-A, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI).

Introducción

La universidad —en especial las facultades de ciencias sociales— han perdido la capacidad de discutir sus límites y compartir dominios como lo hacían antes y después del surgimiento triunfal del positivismo, las consecuencias son muchas, entre ellas la actual división disciplinaria, que ha hecho perder el hábito de la permanente discusión interdisciplinaria al carecer de disposiciones formales que lo aliente. Uno de estos campos relevantes era el tratamiento formal entre la economía y el derecho en el contexto político de la justicia. Más allá de la cuestión académica, de por sí fundamental, esta cuestión se releva esencial para la construcción de una ciudadanía moderna.

Las tesis de la economía neoclásica, en especial las tendencias neoliberales, pueden calificarse entre aquellas que dejan radicalmente fuera de su campo toda axiología y metafísica y, concretamente, valores como la justicia y la equidad. Aunque, pareciera que la economía manifiesta también tesis contrapuestas, como las de las “capacidades” propuestas por Amartya Sen, entre muchos.

Por su parte, en el derecho tienden a predominar las tesis que excluyen la filosofía y la moral, adoptando enfoques autonomistas y antisincréticos. Una parte de la obra de Kelsen, en especial la llamada *Teoría pura del derecho*, parece ser un ejemplo paradigmático. Esta teoría nos parece un buen esquema para revisar bajo nuevos auspicios, la legitimidad de la autarquía del derecho y la reivindicación de un análisis interdisciplinario del derecho.

Este trabajo pretende mostrar la necesidad de una apertura mutua del derecho y la economía en la enseñanza universitaria. Para la academia es necesario que se retome esta discusión, no sólo como tema teórico relevante si no como indispensable en la consideración de la ciudadanía.

El presente texto presenta el campo de la disputa entre el derecho y la economía; algunos de las categorías del antisincretismo metodológico propuesto por Kelsen a la luz de las tesis de Calsamiglia; los avatares de la relación derecho y economía desde la perspectiva latinoamericana y, especialmente, desde México; finalmente se proponen algunas tesis de nuestra concepción sobre el derecho económico en las divisiones de las ciencias sociales.

I. El Positivismo en el derecho y la economía

Los temas del derecho y la economía han recorrido juntos un largo y sinuoso camino —estrechamente acompañados por los de la política y la historia— antes de convertirse, en el siglo XIX, en ciencias positivas autónomas: objetos propios y métodos adecuados a ellos.

En Platón y Aristóteles se formaliza la idea de la *politeia* que permea tanto los aspectos globales de la constitución ciudadana como la acción particular justa. También en la contraposición griega y romana del *oikos* y el *domus*, el hogar, se enclava la dimensión privada desde donde se desarrollan los temas futuros de la economía atravesados por la discusión jurídica política. El *oikos* es la unidad básica de la sociedad en casi todos los Estados antiguos griegos. Es un espacio donde conviven: la cabeza, generalmente el hombre más viejo, las mujeres, los hijos, y los esclavos a veces comprende fincas trabajadas por esclavos que lo convierte en la unidad básica de la economía antigua.¹ Si bien el *oikos* griego, como distribución del hábitat “privado”, difiere del *domus* romano, éste llega a ser parte del Imperio romano por varios siglos. En la Roma antigua el *domus* fue un tipo de casa ocupada por las clases altas los hombres libres acomodados tanto en la República como en el Imperio.² El término proviene de la antigua Grecia *domi* (“δομή”) que significa estructura. Se encuentra en casi todas las grandes ciudades del imperio en las que muchas familias ricas preferían vivir en las afueras de las ciudades fortificadas, en las llamadas Villas.

El proceso del *oikos*, inicia un gran periplo que durara siglos de la actividad privada de la antigua Grecia, en su transición y difusión en el Imperio germano romano, hasta la paz de Westphalia con la creación del Estado moderno. El espacio del *oikos* y el *domus*, la concepción privada de la economía, se va transformando en la sociedad civil burguesa, como le llama Marx, conservando explícitamente las dimensiones jurídicas pasadas pero que gradualmente se irán transformando por las exigencias del desarrollo material hasta convertirse, en el esquema hegeliano, en un momento imprescindible del Estado moderno.

De estar unidos en un mismo ámbito, el hogar, la satisfacción de las necesidades particulares y el derecho positivo que las sustentan, éste se separa para distinguir y profundizar diferencias que, en su forma primitiva, son los mercados al exterior de los burgos. Probablemente el último intento más completo de mantener la totalidad compleja ha sido, al decir de Habermas, la concepción del derecho postulada por Hegel,³ en la que la *sociedad civil*, como la *sociedad del entendimiento* y de los *intereses egoístas* se confabulan para coexistir en una *sociedad ética*. La razón histórica, el espíritu, se conforman en el *derecho objetivo*, y el *derecho abstracto* se transforma en contrato. Marx terminará de ligar la política y la economía en una profunda sospecha por lo jurídico como representación de la universalidad hegeliana. En plena modernidad, el empeño de comprensión se dispersa en las cada vez más diversas ciencias, sociales, humanas y de la cultura, excluyendo paulatinamente la

¹ C. Cox, *Household interests: property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1998.

² A. Frazer, “The Roman villa”, University of Pennsylvania, Museum Publication, Pennsylvania, 1998.

³ G. W. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J. Hyppolite, Paris, Gallimard. Habermas, J. 1978. *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris, Payot, 1940.

moral y la metafísica. Una propuesta dulce de comprensión de este proceso será *la acción comunicativa*.⁴

Bajo los supuestos de la nueva ciencia positivista del siglo XIX, el derecho y la economía, por separado, aspiraron a definir su autonomía frente al resto de las ciencias sociales nacientes bajo el modelo de la física newtoniana; con un poco más de retardo se independiza la ciencia política y la sociología pierde su monopolio. Ambos empeños, fracasados, posibilitaron la multiplicación de la hibridación: derecho-económico y economía-ética son su mejor expresión para el enfoque que presentamos. Pero, ¿de qué derecho y de qué economía se está hablando?

El positivismo jurídico, como parte del gran movimiento científico-social que comprende a las ciencias naturales, se opone radicalmente a la especulación ius-naturalista del siglo XVIII; y se apoya en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX que aspira a constituir una teoría de la sociedad real como sociología del derecho positivo. Su método está inspirado por la crítica kantiana de la razón pura⁵ especialmente en la díada *ser/deber ser*; sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia; transformación de antítesis absolutas en relativas, cuantitativas e intrasistemáticas.⁶

El nuevo estatuto de la ciencia positiva, en gran medida, se pagó a costa del desapego de la filosofía y de la moral. Este logro, propio del siglo XX, no eximió a estas nuevas ciencias de tal desapego; por el contrario, en ellas se refinó y se cubrió con el manto de la certeza y la rigurosidad. Los antojadizos niveles de análisis, la retórica filosófica y matemática, y las posturas excluyentes y rígidas ocultaron apenas un sustrato de intereses políticos.

En el caso del derecho la postura de Kelsen es paradigmática y persistente en su definición. Previa a la acusación de sincretismo metodológico a Jellinek, inventor del concepto, instala la idea de una perspectiva pura del derecho. No se trata que el derecho sea o deba ser puro sino que es una la perspectiva científica particular frente a los hechos sociales. La idea de pureza supone la concepción crítica de Kant aunque sesgada por la versión neokantiana de la escuela de Marburgo. Alejado del espíritu crítico kantiano, Kelsen se deja seducir por el positivismo en boga y fundamenta la idea del derecho que no lo abandonará en las múltiples defensas de su teoría. El rigor del tratamiento científico —afirma Kelsen— exige atenerse al método y no *mezclar* métodos sociológicos, propios de las ciencias de la naturaleza, con los métodos jurídicos que corresponden a las ciencias normativas. Su propuesta consistirá en olvidarse del dualismo metodológico y de todas sus consecuencias y propone el monismo metodológico como único criterio científico riguroso.⁷

⁴ J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978.

⁵ Immanuel Kant, *Crítica de la razón pura*, Madrid, Alfaguara, 2002[1781].

⁶ H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, 5a. ed., México, UNAM, 1995. Calsamiglia, Albert. *En defensa de Kelsen*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1997.

⁷ Albert Calsamiglia, *Ibidem*.

II. La crítica de Kelsen al derecho

Kelsen es un positivista y se considera un heredero de esa dirección de pensamiento. En 1925, en el prólogo a su *Teoría general del Estado*, hace un reconocimiento de deudas con sus predecesores y afirma:

[...] mi labor descansa en el positivismo alemán y en sus representantes más ilustres a Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek” que se apartan de “la nebulosa metafísica del Estado”, pretendidamente positivista, “estrictamente jurídica” y sin matiz político alguno [...] “Cuando reconozco el orden jurídico como un conjunto de normas [...] cuando suprimo las distinciones entre derecho público y privado, subjetivo y objetivo, norma jurídica y sujeto de derecho [...] no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia.”⁸

Su reconocimiento explícito a Jellinek quién: “ha sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del estado de la última centuria sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio”

Cabe recordar los antecedentes. Gerber aplicó el método de la pandectística al derecho público y crea la escuela de dogmática alemana del derecho público dominante en la segunda mitad del siglo XIX, Laband —el gran jurista del derecho público del Imperio— sigue la senda trazada por Gerber y exigió la utilización del método jurídico. A pesar de los esfuerzos realizados por esta escuela, ya en el siglo XX Jellinek advertía sobre la gran confusión metodológica que sufría la ciencia jurídica y en su *Teoría general del Estado* afirmaba que “quien trate hoy de llevar a cabo una investigación de los problemas de ciencia social se encuentra con que carece de una doctrina del método. La literatura de las ciencias del Estado padece en este punto una confusión extraordinaria”. Jellinek también muestra su insatisfacción y propone una alternativa dualista que constituya una doctrina completa del estado. Sostiene

[...] que la doctrina general del estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes de problemas que corresponden a los puntos básicos para esta ciencia: el estado es, por una parte, una construcción social y, por otra, una institución jurídica. Conforme a esto, se divide la doctrina del estado en doctrina social y doctrina jurídica del estado. Por consiguiente, la doctrina general del estado abarca la doctrina sociológica del estado y la doctrina jurídica del estado. Esta última, o sea, el conocimiento de la naturaleza jurídica del estado y los conceptos fundamentales del derecho político, es tan sólo una parte de la doctrina general del estado [...] Una vez comprendida esta distinción y el enlace

⁸ H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (5a ed.), México, UNAM. 1995.

entre ambos órdenes de fenómenos cuyo conjunto constituye la doctrina del estado, desaparece un error fecundo en sus consecuencias: que la única explicación justa, exacta del estado es la sociológica, la histórica, en una palabra la no jurídica; o bien la opinión opuesta: que sólo el jurista puede descifrar, mediante su método de trabajo, los enigmas que están enlazados con la vida del estado.⁹

El fundamento filosófico de la crítica kelseniana a Jellinek se encuentra en la *Teoría del conocimiento kantiana*. La revolución copernicana-kantiana fue una revolución epistemológica que trasladaba el centro de atención del conocimiento del objeto al sujeto cognoscente: era éste quien creaba su objeto. Es la ciencia la que crea el objeto y con base en este criterio un mismo objeto científico no podía ser abordado por dos métodos distintos. Kelsen lo argumenta del siguiente modo:

La revolución copernicana-kantiana fue una revolución epistemológica que trasladaba el centro de atención del conocimiento del objeto al sujeto cognoscente: era éste quien creaba su objeto.

El Estado, se dice, es un ser con dos caras, una la de la naturaleza accesible al conocimiento de las ciencias de la causalidad, otra, la jurídica orientada al conocimiento jurídico normativo. Esta teoría de las dos naturalezas del estado debe ser considerada como la doctrina dominante en la actualidad. Pero es impotente para salvar una objeción suscitada por la teoría del conocimiento; a saber: que la identidad del objeto de conocimiento no está

garantizada más que por la identidad del proceso cognoscitivo, es decir, por la identidad de dirección, de los caminos del conocimiento.

Con este argumento propondrá el monismo metodológico como alternativa y criticará a Jellinek por haber utilizado un método apropiado para analizar datos empíricos en una investigación de carácter normativo. Y eso no representa otra cosa que incurrir en el sincretismo metodológico. Kelsen denominó a su teoría “pura” porque quería depurarla de todos aquellos métodos que no fueran el estrictamente jurídico. Su gran prescripción metodológica fue la de atenerse al método.

Kelsen se opone radicalmente a la propuesta metodológica de la teoría de Jellinek, quién, sin ningún espíritu crítico, incurre en el grave defecto de sincretismo metodológico —crítica que el propio Jellinek dirigió a sus antecesores. El rigor del tratamiento científico —afirma Kelsen— exige atenerse al método y no mezclar métodos sociológicos, de corte naturalista, con otros jurídicos, de corte normativo.

Kelsen se muestra insatisfecho con el positivismo de Jellinek por dos razones fundamentales: la primera, porque la ciencia jurídica no había sido capaz de cons-

⁹ G. Jellinek, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana. Calsamiglia, Albert. *En defensa de Kelsen*, Barcelona, *op. cit.*, 1997[1900].

truir un método específico sino que había incurrido en el grave defecto de sincretismo metodológico, comprometía con ello uno de los ideales de toda ciencia que es el rigor metodológico; la segunda, porque la ciencia jurídica había violado la exigencia de objetividad, en muchas ocasiones había traicionado su compromiso con la verdad para defender poderes políticos determinados. Todo ello le lleva a una conclusión bastante pesimista: no existe, hasta hoy, una verdadera ciencia jurídica. Pero ese diagnóstico pesimista no le lleva a la inacción sino que le conduce a la tarea constructiva: Kelsen tiene propuestas muy concretas que hacer y cree que ha conseguido abrir la senda de la ciencia jurídica. La *Teoría pura del derecho* es la respuesta a este desafío.¹⁰

La ciencia jurídica se había caracterizado por su falta de neutralidad política. Una cosa es la ciencia y otra muy distinta la política. “Desde el principio siempre fui fiel a este espíritu: elevar la jurisprudencia que —de manera abierta o encubierta— se perdía casi completamente en el razonamiento de política jurídica, al nivel y rango de una verdadera ciencia, una más entre las ciencias morales. Su concepción “pura del derecho” reside en su virtud de tener carácter anti ideológico y de poner su objeto al descubierto al contrario de la ideología política que “vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad”. La ideología se funda en la “libertad de la voluntad” y no en el conocimiento. Ahí se genera “el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo *desideratum* de la política, [...] Una ciencia política auténtica radica en la separación de la jurisprudencia y la política”.¹¹

Las teorías de la voluntad suponen que “una norma era válida porque era querida mientras que Kelsen coloca la validez como criterio prioritario y considera que una norma es querida porque es válida”. Y el querer aquí es la voluntad jurídica, cuyo sentido es estrictamente normativo. La norma es el esquema de interpretación de la conducta humana y las interpretaciones psicológicas de la voluntad o las sociológicas no introducen nada más que confusión y sincretismo metodológico. Y siguiendo esta senda, toma todos los dualismos positivistas decimonónicos y los somete a crítica. La *Teoría pura del derecho* se presenta como una doctrina monista. La obra de Kelsen constituye un armazón especialmente crítico también contra el iusnaturalismo porque no ha sido capaz de distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El iusnaturalismo es un saber que no ha sabido mantener la objetividad propia de toda ciencia. Pero sus armas no sólo se dirigen contra éste, también contra el positivismo que ha servido para justificar el poder traicionando así uno de sus ideales básicos y a él dedica también sus críticas más severas. Kelsen denomina a su teoría pura porque la quiere depurar de la política.¹²

¹⁰ Albert Calsamiglia, *op. cit.*

¹¹ H. Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, Biblioteca de ética, *Filosofía del derecho y política*, 2001[1953]. Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, *op. cit.*

¹² A. Calsamiglia, *op. cit.*

El proyecto kelseniano propone el rigor metodológico y la objetividad, y consiste en la creación de una teoría pura general, autónoma, sistemática, unitaria y descriptiva, estructural, analítica y formal de cualquier derecho positivo. Su objeto son “[...] las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos. Se especifica en un análisis descriptivo estructural del lenguaje normativo jurídico del derecho positivo más que en una explicación psicológica-económica de sus condiciones o una estimación moral o política de sus fines”. No pretende imponer ni prescribir ni resolver los problemas jurídicos prácticos más bien es neutral e intenta describir sus categorías fundamentales.¹³

Pero el hecho histórico es que en el ámbito del discurso jurídico siguió vigente la preocupación por la justicia, la ciencia jurídica no se conforma con el rigor descriptivo de las estructuras jurídicas. Este provee una orientación dentro del mapa del derecho pero no toca los contenidos decisionales que propician o acotan la injusticia.

El kantismo de Marburgo¹⁴ condujo a Kelsen a no apreciar las relaciones entre el lenguaje del derecho y el lenguaje de los juristas, cuestión que con el tiempo verá como imprescindible y aparecerá en abundantes polémicas con otros juristas.¹⁵ La opción positivista, además del influjo de los tiempos, probablemente, se deba a la filosofía de Cohen.¹⁶ Por esta vía, Kelsen no sólo pretende “corregir” a Kant si no que lo hace a partir de Kant mismo. Adoptando el criterio de Cohen que sostiene a “la filosofía como presuposiciones lógicas de la ciencia” lleva a Kelsen directo a la gran crítica pero sólo en lo que se considera como científico.¹⁷ La opción de Kelsen excluye las críticas segunda y tercera,¹⁸ y le aleja de las obras mayores destinadas especialmente al derecho que hubiesen alejado o atenuado de la visión positivista,¹⁹ Este deslinde de la obra completa de Kant y en especial de la Crítica a la facultad de juzgar podría haber llevado a la línea del análisis del lenguaje jurídico que intentará adoptar al final de sus días cuando se acerca a la teoría analítica y especialmente

¹³ H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado op. cit.*; Calsamiglia, Albert, *Ibidem*.

¹⁴ Natorp, P. Propedéutica filosofía, *Kant y la escuela de Marburgo, 1912. Curso de pedagogía social*, 1905. 2a ed., (Trad. F. Larroyo, Ed., & F. Larroyo) México, Editorial Porrúa, 1988.

¹⁵ H. Kelsen, Klug, U., & E. Bulygin, (pról.), *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

¹⁶ Cfr., Cohen, H. *Lógica del conocimiento puro*, 1997, págs. 61-163; *Ética de la voluntad pura*, 1904; *Estética del sentimiento puro*, 1912; *La religión en el sistema de la filosofía*, 1915; Los textos de Cohen son citados por Felipe González Vicen en la “Introducción” al libro Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 1997.

¹⁷ Immanuel, Kant, *Crítica de la razón pura*, Madrid, Alfaguara, 2002[1781]. Cfr., (pról. trad. nota e índice) de Pedro Rivas, Santafé de Bogotá, Colombia, Aguilar, AlteaTaurus, Alfaguara, 2002.

¹⁸ Immanuel, Kant, *La Crítica de la razón práctica* (1a ed.), (D. M. Granja Castro, Ed., & D. M. Granja Castro, Trad.) México: UAM-Iztapala, 1787 y *Crítica de la facultad de juzgar*, (P. Oyarzún, trad.) Caracas, Monte Ávila editores, 1991.

¹⁹ Immanuel, Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, *Ariel y la fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1999.

al pensamiento de Wittgenstein, cuestiones confusamente planteadas en su trabajo póstumo.²⁰

III. Causalidad e imputación

Según Calsamiglia, la pregunta de Kelsen es de clara inspiración kantiana. ¿Cuáles son las condiciones de posibilidad de la ciencia jurídica? Y la respuesta kelseniana será buscar un criterio metodológico —el *principio de imputación*— que permita seleccionar su objeto y una categoría lógico-trascendental —la *Norma fundamental hipotética*— que hace posible el conocimiento jurídico. La autonomía se consigue si se diseña un método que permita seleccionar el objeto. Kelsen considera que la ciencia física ha sido posible porque ha conseguido construir un principio básico —el de causalidad— que permite seleccionar el objeto formal. El *principio de causalidad* —formalmente— une ciertas condiciones a ciertas consecuencias mediante un nexo de necesidad o de probabilidad. La física ha sido posible porque se ha construido este principio diferenciador y, al mismo tiempo, ordenador. Aunque la física contemporánea, claro, ya no está tan segura de la universalidad de lo causal.

La ciencia jurídica —si debe tener como objeto el conjunto de normas— no puede utilizar este principio ordenador. El principio de causalidad es inadecuado para seleccionar normas. Lo único que puede seleccionar son hechos o conductas. Kelsen, por tanto, llega a la conclusión que la utilización del principio de causalidad no es útil para seleccionar su objeto y debe inventarse un principio que permita diferenciar las ciencias que se ocupan de hechos, de las ciencias que se ocupan de normas. Una de las aportaciones más importantes de Kelsen —fuera del campo específico de la teoría del derecho, pero relacionado con él— es la emergencia del *principio de causalidad* como una derivación del principio de imputación y del de retribución. Véase por ejemplo *¿Qué es la justicia?*²¹

Para Kelsen, la ciencia jurídica no era una ciencia verdadera porque no había sido capaz de construir un método que ofreciera una descripción objetiva de las normas. Así es que propone el principio de imputación como el criterio metodológico fundamental. A diferencia de la causalidad que vincula hecho con un nexo necesario o de alta probabilidad, el nexo del principio de imputación es un nexo de deber ser, es un nexo normativo. Lo que caracteriza a las normas es que el acto ilícito y la sanción están unidos por un vínculo de deber ser. Siempre que se produce un acto ilícito debe producirse una sanción. Obsérvese que existen analogías importantes entre el principio de causalidad y el de imputación en cuanto a la forma, pero su diferencia se encuentra en un tipo de nexo distinto. En el principio de causalidad la relación entre

²⁰ G. Bolívar Espinoza, *Una paradoja de la situación intelectual contemporánea: de la reforma del derecho, una reflexión desde Kelsen y Kant*, Santiago de Chile, Polis Universidad Bolivariana, 2006.

²¹ Véase, H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 1998.

condición y consecuencia es independiente de la voluntad humana mientras que en el principio de imputación existe la intervención de una voluntad jurídica.

Con este criterio formal Kelsen pretende distinguir —con claridad— las ciencias del ser que vienen determinadas por el principio de causalidad y las ciencias del deber ser que vienen determinadas por el principio de imputación. La sociología no es una ciencia del deber ser porque se ocupa de hechos y de conductas sociales, la física no es una ciencia del deber ser porque se ocupa de fenómenos explicables en los términos del principio de causalidad. En cambio, la ética o la jurisprudencia son disciplinas que se ocupan del deber ser, de las normas morales y de las normas jurídicas y tienen el principio de imputación como criterio metodológico delimitador.

La autonomía no es suficiente para elevar la jurisprudencia a la categoría de ciencia. Es necesario, además, que la teoría carezca de contradicciones. La ciencia presupone la lógica y no la discute.

Todos estaríamos de acuerdo —con Kelsen— que la ciencia no debe tener contradicciones y que la ciencia presupone la lógica y no la discute. Pero de ese postulado Kelsen extrae un conjunto de consecuencias difícilmente aceptables. Kelsen cree que existe una armonía preestablecida entre las proposiciones descriptivas de las normas y las normas jurídicas. Ese paralelismo supone que si se produce una contradicción entre las normas, también se producirá una contradicción entre las proposiciones que las describen y, por tanto, llega a la conclusión de que si queremos que la ciencia no tenga contradicciones, el derecho no puede tener contradicciones. Si la teoría del derecho debe ser sistemática, entonces el derecho también debe serlo.

Esta teoría de la sistematicidad del derecho la mantuvo hasta los años sesenta. Por ejemplo en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen afirma todavía que:

Los principios lógicos pueden ser aplicados, si no directamente, sí indirectamente en tanto que son aplicables a las proposiciones jurídicas que enuncian normas jurídicas, proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas. Dos normas se contradicen, —y no se puede afirmar a la vez que ambas son válidas, si las dos proposiciones que las describen se contradicen: y una norma puede ser deducida de otra norma si las proposiciones jurídicas que las describen pueden entrar en el cuadro de un silogismo lógico.²²

Kelsen no distingue bien entre el plano de la ciencia del derecho y el lenguaje jurídico. La sistematicidad del derecho no es una condición de la sistematicidad de la teoría. La función principal de una teoría —desde los presupuestos kelsenianos— no es modificar el derecho ni prescribir cómo debe ser, sino describir el derecho tal y como es con todas sus imperfecciones, lagunas y contradicciones. Un postulado

²² H. Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, México, Fontamara, Biblioteca, de ética, *Filosofía del derecho y política*, 2001[1953].

de racionalidad excesivamente rígido conduce a Kelsen a conclusiones inaceptables aunque el presupuesto de racionalidad, entendido de otra forma, ejerce una gran influencia en la teoría jurídica contemporánea preocupada por el cómo debe actuarse o cómo debe decidirse.

Kelsen reconoció muy tardíamente que el derecho podía tener contradicciones y que la ciencia del derecho no podía modificar el derecho pero eso no le condujo a

un replanteamiento del carácter sistemático del derecho.²³ El ideal de sistematicidad es hoy importante y Kelsen propuso una concepción equivocada que puede ser sometida a crítica. Pero podríamos rescatar algo muy importante en el planteamiento kelseniano: el carácter sistemático y no contradictorio de la teoría.

Ahora bien, con independencia de algunos problemas en su concepción de la ciencia jurídica y del sistema, Kelsen es el autor que ha señalado el camino que la teoría del derecho debería seguir. Las relaciones entre las normas son muy importantes y por eso la teoría general del derecho de la segunda mitad del siglo XX ha prestado especial atención al estudio de los sistemas normativos. Las obras de Hart, Raz o Alchourrón y Bulygin están en diálogo crítico con la propuesta kelseniana. Kelsen sostuvo que el derecho es un orden de la conducta humana.

Las relaciones entre las normas son muy importantes y por eso la teoría general del derecho de la segunda mitad del siglo XX ha prestado especial atención al estudio de los sistemas normativos.

Un orden es un conjunto de normas. El derecho no es como a veces se dice una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho.²⁴

Kelsen sugirió como ideas centrales de las relaciones inter-normativas los conceptos de jerarquía, de delegación de competencias, la relatividad de la distinción entre forma y contenido, creación y aplicación del derecho y también la disolución de la noción tradicional de fuente del derecho. Sin duda, las teorías de los sistemas normativos contemporáneos están construidas —críticamente— sobre los cimientos kelsenianos. La aportación kelseniana ha supuesto un enfoque que la teoría general del derecho contemporánea ha continuado y perfeccionado.

²³ H. Kelsen, *Teoría general de Estado y el derecho*, op. cit.

²⁴ M. Friedman, *La metodología en la economía positiva*. En F. Hahn, & M. Hollis, *Filosofía y teoría económica*. México, FCE, 1953.

IV. Oscilación entre derecho y economía

Sin embargo, no todos han seguido el camino de la pureza positivista en las ciencias sociales.

En el caso la economía, su pureza de esta ciencia será defendida por la mayoría de los economistas, hasta hoy, pese a que su referente clásico, Adam Smith, funda la ciencia de la economía política clásica sobre las normas y los sentimientos morales como constitutivos de su propuesta sobre la riqueza.

Por ejemplo, Friedman cita a Keynes quien dice que el jurista alemán distingue: a 1) “una ciencia positiva [...], como un conjunto de conocimientos sistematizado acerca de lo que es; 2) una ciencia normativa o regulativa [...], como un conjunto de conocimientos sistematizado que examina los criterios de lo que debiera ser [...], 3) un arte como un sistema de reglas para el logro de un fin dado[...]. Keynes sostiene que es común la confusión entre ellos lo que ha generado muchos errores graves [...] por lo que reconoce una ciencia positiva clara de la economía política”.²⁵ Pero también existen economistas que se separan de la teoría pura económica y aceptan la hibridación con la antropología y la historia.²⁶

Para Carl Schmitt,²⁷ tradicional oponente de Kelsen, muy por el contrario, su realismo sociológico presenta al *nomos* como punto de partida de la cuestión jurídica:

[...] todo jurista que adopta consciente o inconscientemente, un concepto del derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos [...] lo significativo en la distinción de los modos de pensar científico del derecho es que la diferencia fundamental se pone de manifiesto en los presupuestos y fundamentos de un orden global, en las características de lo que se puede considerar una situación normal, una persona normal, y en los concretos tipos de la vida que debe ser considerada justa —reconocidamente propuestos en la vida y en el pensamiento jurídico.

Por su parte según la teoría de los tres círculos respecto del derecho, las grandes corrientes doctrinales representativas del pensamiento contemporáneo son; el positivismo jurídico, el realismo sociológico y las posiciones iusnaturalistas.²⁸ No se trata aquí del sincretismo de un derecho puro si no de la confluencia de posturas científicas e ideológicas que se nutren de la sociología y la filosofía.

²⁵ J. Robinson, *Libertad y necesidad. Introducción al estudio de la sociedad*. México, Siglo XXI, 1969.

²⁶ C. Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1934.

²⁷ E. García Maynéz, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1967.

²⁸ Jorge Witker, *Introducción al derecho económico*, 4ª ed., México, UNAM-McGraw-Hill, 1999, p. 23 y ss. (728).

Y, en rigor, no hay duda de que como instrumento de organización social el Derecho siempre puede ser analizado y evaluado desde las tres dimensiones, tres ángulos en paralelo si se quiere conforme a las corrientes doctrinales del positivismo jurídico, el realismo sociológico y las posiciones iusnaturalistas. Se puede analizar y evaluar sólo normativamente en el sentido estructural de las reglas operativas del sistema jurídico con la guía positivista lograda por la teoría pura del Derecho desarrollada por Kelsen principalmente. Bajo la óptica de las disciplinas sociológicas es susceptible de análisis y evaluación como hecho social, a diferencia de su dimensión normativa. Y también puede ser analizado y evaluado axiológicamente en cuanto a los valores superiores que realiza o aspira a realizar, principalmente la justicia con todo su complejo y elusivo sentido.

Cualquier norma jurídica, conjunto de normas jurídicas, cuerpo normativo o sistema jurídico es susceptible de estudio bajo cada una de las ópticas o ángulos mencionados. Y claro hay diversas escuelas, teorías o enfoques que corresponden a cada una de tales ópticas. Son complementarias, no excluyentes, para la comprensión del derecho.

El Derecho económico oscila en su contenido y sentido, de acuerdo a las ideas imperantes sobre el buen manejo de la economía; en su origen próximo en el siglo pasado, propone el intervencionismo gubernamental profundo para conducir las economías nacionales a una situación cercana al pleno empleo permanente y al crecimiento económico como un objetivo indiscutible de la política gubernamental; además de un compromiso con la justicia social en cuanto a la distribución del ingreso y la riqueza. En esos momentos y hasta principios de los años setenta, el Derecho económico se vincula estrechamente con la planeación gubernamental para el desarrollo económico y la justicia social. Aún en las democracias occidentales el gobierno asume legítimamente la propiedad y control de un sinnúmero de empresas de todo tipo, la política fiscal anticíclica desempeña una función central de estabilización económica mediante tasas de imposición altamente progresivas en los impuestos al ingreso, y mediante la inversión y el gasto gubernamentales a contrapelo del ciclo económico.²⁹ La conducción de la economía mediante la planeación centralizada al estilo soviético es, por decir lo menos, una tentación permanente en los círculos intelectuales y de izquierda de las democracias occidentales.

Hacia los años ochenta del siglo pasado se presentan cambios en el panorama geopolítico y las ideas neoliberales de la ciencia económica neoclásica, ello aunado a ineficiencias a veces extremas de la burocratización gubernamental en la administración de empresas, lleva a que el intervencionismo del gobierno caiga en el desprestigio. El fracaso económico de los países con planeación centralizada³⁰ y la consecuente fe en la eficiencia del mercado impulsa una oscilación radical del

²⁹ Raúl Munte, "Tesis de Izquierda Hispánica sobre la caída de la Unión Soviética", *Izquierda Hispánica: hacia la séptima generación de izquierda*, <http://izquierdahispanica.org/2011/caida-union-sovietica/>

³⁰ Véase, Carlos Sabino, con la colaboración de América Vásquez de Sabin, *El fracaso del intervencionismo: apertura y libre mercado en América Latina*, Caracas, Ed. Panapo, 1999, p. 288.

La eficiencia económica aconseja, y la tecnología permite, que las actividades productivas se desplacen al sitio más barato, con impactos súbitos y dolorosos en los patrones tradicionales de empleo.

péndulo histórico hacia la privatización de toda actividad económica como receta utópica.³¹

En México, la oscilación del péndulo significa un giro de ciento ochenta grados en la política económica, de la sustitución de importaciones, y el gobierno empresario para promover el crecimiento económico pasamos a la incorporación a los acuerdos multilaterales de liberalización del comercio y a la privatización del anterior sector paraestatal.³² Entre lo po-

co que se salvan está Petróleos Mexicanos y la Comisión Federal de Electricidad. Las políticas fiscal y monetaria emulan las de los países de la OCDE, a la cual también nos incorporamos con inusitado entusiasmo.

En todo este proceso pendular la llamada globalización eleva el movimiento oscilador con el impresionante despliegue de las tecnologías de transporte, comunicaciones y procesamiento informativo. La eficiencia económica aconseja, y la tecnología permite, que las actividades productivas se desplacen al sitio más barato, con impactos súbitos y dolorosos en los patrones tradicionales de empleo. Viejos arreglos laborales se hacen obsoletos, expectativas pensionarias de retiro se van esfumando. La abundante mano laboral de Oriente irrumpe destruyendo industrias establecidas de Occidente.

V. El derecho y su rol indispensable

En el oscilar de las políticas, las economías y las ideas de la ciencia económica, el Derecho económico pasa de ser una esperanza visionaria para orientar un cúmulo de ramas jurídicas que afectan la actividad económica al riesgo de que todo el derecho quede como siervo de la eficiencia postulada por la fe ciega en el libre mercado. Digamos, el cambio del Derecho económico al cuestionamiento económico de todo el derecho, porque éste interfiere con la libertad que requiere el mercado para producir su ansiada y fatal eficiencia.³³

Aún en el curso de ese oscilar histórico no fue necesariamente claro el campo definido del Derecho económico. No sólo por las variantes en el Derecho positivo en

³¹ Lorenzo Meyer, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, 1a. edición, México, Ed. Océano, 1995.

³² Véase, Carlos Sabino, *op. cit.*, y Parisi, Francesco y Charles K. Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, Cheltenham, U. K., Edward Elgar Publishing Ltd, 2005, p. 529.

³³ Jorge Witker, *Introducción al derecho económico*, 4ª. ed., México, UNAM-McGraw-Hill, 1999, p. 728.

diferentes países con divergencias en la graduación legítima del intervencionismo gubernamental, sino también por las peculiaridades técnicas de sus diversas ramas. El Derecho fiscal, por ejemplo, no siempre fue incluido en el ramillete acotado del Derecho económico, no obstante su evidente impacto en la conducción económica.³⁴

En este oscilar histórico del entorno eidético relativo a la economía y al papel o ausencia de papel del gobierno en su conducción, así como en la encrucijada del acotamiento del Derecho económico, una primera pregunta puede referirse a si el derecho ha de subordinarse a las necesidades de la economía o si ésta depende necesariamente del primero. Desde luego, aún bajo el dogma de la fatal eficiencia del libre mercado, el funcionamiento del mercado presupone que hay seguridad en la apropiación de los recursos económicos, en los acuerdos contractuales y en la información para las decisiones económicas de consumo, ahorro e inversión; ésta seguridad exige normatividad jurídica efectivamente aplicada por autoridades de gobierno. Y el funcionamiento del gobierno mínimo requeriría la necesaria transferencia de recursos económicos desde la economía privada y el control de su aplicación. Sería el Derecho económico mínimo que incluiría las ramas relativas a la propiedad, la contratación, la transparencia informativa y el fisco. Pero, además, sería necesario garantizar la libertad de concurrencia, de nuevo con la normatividad jurídica necesaria y su aplicación efectiva.³⁵ Ese derecho económico mínimo tendría que incorporar desde luego las instituciones penales indispensables para minimizar los delitos patrimoniales.

En este elemental razonamiento acerca de las necesidades jurídicas mínimas para la operación real de los supuestos del libre mercado eficiente, desafortunadamente hemos hecho a un lado el supuesto esencial de ese dogma, a saber, el *homo economicus*, para introducir el supuesto esencial del Derecho en general: que el *homo socialis* es capaz de ejercer la violencia, la trampa y el engaño en su interés. Dejo a la especulación intelectual cuál de estos supuestos corresponderá mejor a la realidad evolutiva del *homo sapiens*, o al ánimo de Adán y su descendencia. En lo personal afirmaré que el *homo economicus* está más cerca de ser un constructo cultural³⁶ y que ese *homo socialis*, capaz de ejercer la violencia y la trampa en su interés, está más cerca de ser el producto de la naturaleza, o de Dios en cuanto pecador para el creyente.

En el otro extremo del péndulo se subordinaría toda la economía al derecho para ser conducida hasta en sus detalles más mínimos por el gobierno. Sería el modelo de

³⁴ Marco Antonio Contreras Méndez, “El Paradigma del Derecho Económico en Siglo XXI”, TLA-ME-LAUA, México, Puebla, año XIII, núms. 19-20, verano, http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/tlame/19y20/p_247.pdf

³⁵ Véase vgr. Arcuri, Alessandra, “Eclecticism in Law and Economics”, *Erasmus Law Review*, vol. 1, núm. 3, mar. 2008, pp. 59-81.

³⁶ El vínculo del Derecho con la justicia en el Derecho moderno occidental, puede presentar múltiples variantes sin dejar de ser un vínculo a manera de constante, véase vgr. Rodríguez Gómez Edgardo, “La idea del derecho en la filosofía política de Gustavo Radbruch” en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, julio 2007, pp. 29-56., <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>.

la planeación económica centralizada al estilo soviético, donde inclusive el derecho se subordina a las decisiones de planeación central y, por tanto, donde los planeadores centrales pueden hacer prevalecer su interés, aun mediante la violencia, el engaño y la trampa.

En el fondo, la visualización en abstracto del papel del derecho en ambos extremos del péndulo y la experiencia histórica reciente con el intervencionismo gubernamental, inclusive al extremo de la planeación centralizada, así como con el neoliberalismo, permiten aquilatar la función que puede desempeñar el Derecho económico en sentido lato. En Occidente el derecho moderno siempre confronta el reto de armonizar los intereses individuales con los intereses colectivos, sociales o comunitarios en un afán o pretensión de lograr la justicia.³⁷ El viejo apotegma guía del derecho: mi libertad termina donde se inicia la de los demás. El derecho es una herramienta de organización social cuyo objetivo es que la vida transcurra de la manera más armónica posible en el contexto de la realidad, en que los intereses individuales y comunitarios son potencialmente conflictivos. La guía para ello es la justicia como valor último del Derecho. El Derecho económico orientaría el papel de las diversas ramas del derecho, para armonizar los intereses económicos individuales y comunitarios hacia un afán último de justicia económica. Todo esto partiendo del supuesto realista del *homo socialis*, muy capaz de acudir a la violencia de todo tipo y a la trampa y el engaño en su propio interés.

VI. Libertad, igualdad y fraternidad en la economía

La complejidad del reto armonizador no es menospreciable, en particular por lo sobrevaloración actual de lo económico, y más bien del dinero en la sociedad de consumo. La libertad en la concurrencia económica de producción, distribución y consumo tiende a generar riqueza como lo demuestra el proceso tecnológico e industrial desde la Revolución francesa, pero el derecho tiene que intervenir para evitar la explotación despiadada de los más débiles y, desde luego, para acotar las trampas financieras y en los negocios, así como la destrucción de los recursos naturales. Es decir, para evitar la injusticia y propiciar la justicia. La extrema desigualdad económica a que tiende la libre concurrencia en la economía también corroe el sentido de solidaridad comunitaria indispensable para limitar la violencia social, la frustración y el desencanto vital. Como constructo cultural, el *homo economicus* ignora totalmente la fraternidad social más allá de, si acaso, su inmediata familia nuclear.³⁸ Del lema jacobino de la Revolución francesa, el supuesto del *homo socialis* por el Dere-

³⁷ Ramón Alcoberro, “¿Homo Economicus o Idiota Moral”, en *Filosofía y Pensamiento*, <http://www.alcoberro.info/VI/liberalisme5.htm>.

³⁸ Véase vgr. Thurow, Lester, “Hacia una definición de justicia económica”, Ensayo, Traducido de *The Public Interest*, núm. 31, primavera de 1973. p. 116, Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_793_1058/rev24_thurow.pdf.

cho económico, tendría que tenerse presente hoy para revalorar, no sólo la libertad, sino también la igualdad y la fraternidad, sin el extremo de su sentido literal.

La igualdad económica en sentido jurídico ameritaría maximizar las oportunidades de contribución a la economía y de recompensa económica para todos. Este objetivo toca los temas de nutrición, salud y educación principalmente, en un sentido que rebasa los conceptos en boga. La creatividad que puede tener un alto valor económico implica parámetros de salud física, psíquica y anímica, así como opciones educativas, que la inercia institucional en boga ni siquiera puede imaginar. El Derecho económico puede proponer pautas de acción normativa en el Derecho financiero público para redirigir en ese sentido los recursos destinados a la alimentación, la salud y la educación. Sería retomar la ruta de la justicia económica despreciada por el liberalismo neoclásico.³⁹

La solidaridad social o fraternidad en sentido moderno significa atemperar los supuestos simplificadores del *homo economicus* y promover la conciencia de que toda acción económica conlleva externalidades, tanto positivas como negativas, para el bienestar comunitario y la sustentabilidad de los recursos naturales.⁴⁰ Estaría en la esencia del Derecho económico el equilibrio armonioso entre el egocentrismo característico del *homo economicus* y los efectos de sus decisiones para su entorno social y natural, que imponen límites a sus apetitos egocéntricos.

Con lo anterior se trasluce una propuesta en la que el Derecho económico se orienta por los valores clásicos del instrumento jurídico, principalmente la justicia, más que como una herramienta de los designios oscilatorios pendulares de los dogmas económicos de la izquierda y la derecha. No puede ser siervo ni de la planeación económica central ni del liberalismo económico a ultranza. Al fin y al cabo se trata del Derecho como armonizador de intereses en el terreno de la economía de acuerdo a sus valores más tradicionales de justicia, equidad y certidumbre jurídica.

VII. El Derecho ante los fracasos de la ideología económica

Contra profecías razonables, el fracaso económico de la planeación central es históricamente indiscutible. El mercado como mecanismo descentralizado de decisiones ha sido más atinado para generar riqueza y tecnología; es más compatible con la aventura libertaria que la cultura de Occidente ha emprendido. Pero el fracaso del mercado desregulado también es indiscutible; la desregulación no ha impedido los excesos, los engaños y las trampas; es decir, la injusticia; además, con dramáticas consecuencias para la fábrica económica misma. La crisis de 2008 se disparó a partir de la desregulación financiera y aún no se resuelve, quizá porque los dogmas

³⁹ Larissa Guerrero, “¿Justicia: es posible internalizar las externalidades?”, *Fortuna*, <http://revistafortuna.com.mx/contenido/2010/08/15/justicia-%C2%BFes-posible-internalizar-las-externalidades/>.

⁴⁰ Véase. Robert Skidelsky, *El regreso de Keynes*, Barcelona, Crítica, 2009, p. 249.

económicos neoliberales obstaculizan las necesarias decisiones de política fiscal de impulso a la demanda. La timidez de la dosificación monetaria es insuficiente para el impulso requerido.⁴¹ El equilibrio armonizador de intereses en la realidad económica, al margen de toda utopía, no es asequible desde el análisis y la receta de fe en la planeación central o en el mercado. La complejidad de la economía moderna reclama la descentralización decisional del mercado, pero con el sustento normativo regulador indispensable para que el *homo socialis* no incurra en excesos socialmente destructivos por las injusticias que conllevan y para que, mejor aún, contribuya al desarrollo socioeconómico con justicia y equidad.

La regulación gubernamental indispensable plantea el problema de la supervisión del regulador para mantener honesta y en curso la regulación sin entorpecer la eficiencia, creatividad e innovación del regulado. En el logro de un punto fino de equilibrio entre los intereses conflictivos que surgen en el proceso regulatorio hay una tarea titánica para el Derecho económico. La transparencia y accesibilidad de la información son elementos básicos pero de seguro insuficientes para que la regulación gubernamental no se desvíe de sus objetivos legítimos. El fantasma de la corrupción, más o menos sofisticada, siempre persigue al *homo socialis*.⁴²

Como visión panorámica de la normatividad económica, el Derecho económico también puede clarificar la problemática implícita en la división y postulada autonomía de las ramas convencionales del derecho y las contradicciones que conllevan. Por ejemplo, el Derecho de la competencia económica frente a los monopolios del Derecho de la propiedad intelectual.

Así tenemos que el Derecho económico se fincaría en la función tradicional del derecho como herramienta de organización social que busca armonizar intereses conflictivos hacia el logro de la justicia, en este caso en el campo económico, con la ventaja de trascender en su visión la parcelación de las diversas ramas del derecho que tocan la actividad económica.

VIII. Visión jurídica de la economía, las finanzas y la contabilidad

Pero en el diálogo del Derecho económico así concebido, y no como siervo de alguna visión económica de derecha o izquierda, con la economía como preocupación y saber, habría que preguntarse sobre las coincidencias y discrepancias de óptica entre ambos enfoques o disciplinas. La economía se preocupa de la eficiencia en el uso de los recursos económicos para maximizar su rendimiento social y en su saber actual utiliza modelos abstractos a partir del supuesto arcaico del *homo economi-*

⁴¹ Véase vgr. James Rickards, "Why Big Banks are Above the Law", *Economic Intelligence*, US News, <http://www.usnews.com/opinion/blogs/economic-intelligence/2012/07/30/why-big-banks-are-above-the-law>.

⁴² Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, McGraw-Hill Interamericana, CIDE, p. 810. PDF.

cus. El Derecho económico se preocupa de armonizar los intereses conflictivos en ese campo a partir del supuesto del *homo socialis* capaz de violencia, engaño y trampa en la persecución de su interés.

Por otra parte, la claridad conceptual exige acotar el campo económico y aquí la economía es la que precisa que se trata de las decisiones, conductas y actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios escasos que satisfacen necesidades humanas.⁴³ Se distingue del aspecto financiero que se refiere a los *medios convencionales* para facilitar el intercambio económico, así como la contabilización y conservación de valor de cambio. También se distinguen el campo económico y el financiero de lo contable,

Debido a que lo económico, lo financiero y lo contable siendo diferentes se vinculan, en el sentido de que los fenómenos o variaciones en alguno de ellos puede afectar a otro, el Derecho económico tendría que preocuparse de los tres, es decir incluir en sus reflexiones la normatividad relativa tanto a la economía como a las finanzas y a la contabilidad.

o sea las *reglas del gremio contable para registrar y valorar operaciones*.⁴⁴ Esto es importante para evitar confusiones entre la economía real, por un lado, y las finanzas y lo contable, por otra parte, como medios convencionales y gremiales respectivamente. La distinción conceptual no implica que variaciones o impactos en uno de los aspectos o campo no puedan afectar al otro. Por ejemplo, la crisis financiera de 2008 provocó una crisis económica en el crecimiento y el empleo. En nuestro país, en los años ochenta, la megadevaluación financiera del peso frente al dólar dio lugar al cambio de las reglas contables, del registro a valor histórico, al registro a valor actualizado atenta la inflación.

Debido a que lo económico, lo financiero y lo contable siendo diferentes se vinculan, en el sentido de que los fenómenos o variaciones en alguno de ellos puede afectar a otro, el Derecho económico tendría que preocuparse de los tres, es decir incluir en sus reflexiones la normatividad relativa tanto a la economía como a las finanzas y a la contabilidad. Desde sus orígenes, el Derecho económico ha incluido en su ámbito tanto al Derecho financiero privado como al Público, aunque sin precisar si este último es un género que incluye el Derecho tributario y fiscal.⁴⁵ Por el contrario, no es común que incluya preocupaciones serias sobre lo contable, no obstante que son importes las convenciones de la contabilidad para la vida mercantil y los mercados financieros, así como para múltiples decisiones de impacto económi-

⁴³ Margoth Olguín Gálvez, *Los estados contables, sus limitaciones*, México, UNAM, 1965, p. 86.

⁴⁴ Jorge Wittker, *op. cit.*

⁴⁵ Véase, vgr. Marco Antonio Contreras Méndez, "El Paradigma del Derecho Económico en el Siglo XXI", TLA-MELAU, Puebla, México, año XIII, núms. 19-20, verano, 2003, http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/tlame/19y20/p_247.pdf.

co. En mi opinión debería ser preocupación primordial del Derecho económico, por ejemplo, que las arcaicas convenciones contables no consideren las externalidades negativas de operaciones claramente nocivas para el entorno natural, ni prevean reservas de contingencia por los intermediarios financieros para hacer frente a las crisis recurrentes de confianza colectiva. También sería importante cuestionar, desde el Derecho económico, que las convenciones contables muestren utilidades en los resultados de los intermediarios financieros rescatados con dinero público en 2008, que además les permitan distribuir jugosos bonos de desempeño a sus empleados cuando sus gravísimos errores de juicio desencadenaron la crisis económica aún en curso.

Así, sería conveniente abrir el ángulo de visión desde el cual el Derecho económico se aboca a orientar la normatividad en las diversas ramas que le conciernen, para tocar temas tanto económicos como financieros y contables sin perder las precisiones que los distinguen.

IX. Derecho económico, ramas del derecho y globalización

Desde esta perspectiva el Derecho económico podría explorar los propósitos, a veces claramente contradictorios, de las diversas ramas del derecho. Por ejemplo: ¿son compatibles los objetivos del Derecho de la competencia económica y los del Derecho de la propiedad intelectual y cómo se pueden compatibilizar mejor hoy?, ¿cuáles propósitos deben prevalecer en el caso de conflicto?, ¿se ameritan las mismas repuestas en un país de economía industrial que en uno aún en desarrollo? Por ejemplo: ¿son compatibles los objetivos del Derecho migratorio y los del Derecho del Comercio Internacional y cómo se pueden hacer menos incompatibles hoy?, ¿se ameritan las mismas respuestas en cualquier economía? Y, finalmente, cómo participa cada rama del derecho, con sus peculiares propósitos, para lograr la justicia en el terreno económico.

La consabida globalización impide hoy aplicar políticas económicas de acotamiento nacional.⁴⁶ La movilidad del capital financiero y de las inversiones que permite la transnacionalidad empresarial, aunado a los postulados de fe del neoliberalismo económico que rigen las decisiones financieras conforme a convenciones internacionales, significan que el margen de maniobra de los gobiernos nacionales para promover políticas proteccionistas del empleo y políticas fiscales de promoción del crecimiento es, si acaso lo hay, muy estrecho. En esos terrenos, es poco lo que el Derecho económico puede orientar como pudo haberlo hecho otrora cuando el rango de discreción para las políticas económicas nacionales era más amplio; con realismo y pragmatismo, el Derecho económico tendría que reconocer esas restricciones sin perjuicio de cuestionar su racionalidad y sus efectos, así como proponer fórmulas que propicien mejores valores socioeconómicos en el nuevo contexto histórico del mundo.

⁴⁶ Marco Antonio Contreras Méndez, *op. cit.*

En cierta forma hoy el Derecho económico también debe ampliar su visión hacia los aspectos internacionales de la economía, las finanzas y la contabilidad, además de los aspectos nacionales y regionales.⁴⁷ Así como los temas nacionales fueron prevaleciendo sobre los regionales en la historia reciente, ahora los temas internacionales van prevaleciendo sobre los nacionales, conforme se transnacionaliza sucesivamente la actividad económica al *tempo* del éxito de la tecnología del transporte y las comunicaciones. El dilema central para el Derecho económico elevado a la perspectiva internacional, es profundo, porque el marco jurídico transnacional sólo parcial y débilmente depende de los gobiernos nacionales. Depende mucho más de redes de tratados multilaterales y bilaterales, de mecanismos del Derecho privado multinacionalmente aplicado y, sobre todo, de convenciones y prácticas comerciales y financieras. Ninguna soberanía estatal o autoridad supranacional puede conducir la economía transnacional.

Sin embargo, las preocupaciones inmanentes del derecho sobre la justicia distributiva y la preservación de bienes públicos en la economía no pueden abandonarse por el Derecho económico, por débil que sea su impacto ante el mundo comercial y de negocios transnacionalizado. Quizá por ello, las reflexiones del Derecho económico hoy deben concentrarse en los objetivos sustantivos de las políticas económicas convencionales y su inercia. Por ejemplo: ¿Dónde y para qué sirve el crecimiento económico y sacrificando qué recursos?, ¿cómo se puede mejorar el bienestar de la mayoría de la población mundial?, ¿cuáles son hoy los mínimos en las relaciones económicamente justas entre las personas, los países, las regiones, etcétera? ¿Cuál es la normatividad pertinente para mejorar las condiciones actuales de producción, distribución y consumo de bienes y servicios?

Muchos viejos paradigmas jurídicos del orden nacional e internacional requieren revisión profunda a la luz de las modalidades de interacción económica que ha traído consigo la tecnología y la transnacionalización de la organización económica. Si la empresa y los negocios se transnacionalizan, ¿puede seguir siendo efectiva la autoridad de gobierno confinada nacionalmente? ¿qué nuevas modalidades de autoridad económica requerirá ese fenómeno?, ¿qué modalidades exige esto para la soberanía nacional? Son sólo algunos de los acertijos probables para el Derecho económico de hoy.

X. Derecho económico, entorno académico y coyuntura actual

La nueva estructura departamental de la UAM, que hoy se promueve para remplazar la antigua idea de escuela o facultad, debe facilitar la interacción interdisciplinaria.⁴⁷

⁴⁷ Véase Jaime Castrejón Diez, "El proceso de departamentalización", Ponencia presentada a la XVI Asamblea General de la ANUIES, http://www.anuies.mx/servicios/p_anuies/publicaciones/revsup/res015/art3.htm

Es una estructura que no hemos aprovechado aún para la construcción científica que hoy se requiere.

En el contexto académico, en la medida en que los supuestos de las recetas de fe del neoliberalismo se retroalimentan por los supuestos de la ciencia económica neoclásica a partir del supuesto del *homo economicus*, con modelos simplificados del funcionamiento económico dominados por afanes de perfección matemática, sería importante que los profesionistas dedicados al Derecho económico interactuaran de manera interdisciplinaria con los dedicados a la ciencia económica, a fin de retroalimentarse recíprocamente. Ambas disciplinas parten de supuestos muy diferentes sobre la realidad del ser humano y de su funcionamiento social; de seguro se podrían enriquecer mutuamente.

En esta coyuntura se puede aquilatar lo crucial que resulta atemperar el dogma de que la intervención gubernamental es siempre nociva para la eficiencia del mercado. En nuestro vecino del norte hoy es obsesión el comentario político-económico con el inminente “precipicio fiscal” al inicio del próximo año si no hay acuerdos idóneos para sostener la actividad económica y, sobre todo, para sobreponer la economía a la crisis iniciada en 2008. Se trata de la cancelación de reducciones de impuestos y de recortes al gasto público programados legislativamente. Es decir, todo lo contrario a lo que se requiere impulsar la demanda y la inversión. Y, curiosamente,

Las reflexiones más productivas del Derecho económico para enfrentar esa contradicción estarían orientadas, a minimizar, la incertidumbre en la economía con los mecanismos normativos de la certidumbre jurídica.

la obsesión va acompañada de críticas acerbas a la política monetaria flexible que ha adoptado la Reserva Federal estadounidense para combatir la atonía en la inversión y el consumo. Menos puede recurrir el gobierno a mayor inversión y gasto público para impulsar la demanda, no obstante la experiencia histórica de las posguerras cuando esa política fue exitosa. Con la inercia del dogma neoliberal la economía mundial corre el riesgo de una grave recesión con consecuencias políticas destructivas inimaginables. A veces parece increíble la cortedad de visión y la falta de sentido común.

En el fondo hay una contradicción sustancial entre la economía y el derecho, que concierne discernir al Derecho económico. La contradicción entre la incertidumbre consustancial al futuro económico, siempre inescrutable, y el objetivo de certidumbre jurídica que el derecho debe proveer. Las reflexiones más productivas del Derecho económico para enfrentar esa contradicción estarían orientadas, a minimizar, la incertidumbre en la economía con los mecanismos normativos de la certidumbre jurídica.

XI. Conclusiones

1. El Derecho económico debe retomar la función tradicional del derecho para armonizar los intereses individuales y colectivos en el campo de la actividad económica, para promover la certidumbre, la justicia y la equidad, sin subordinarse al péndulo ideológico de los dogmas economicistas.
2. Con una visión que trascienda la división de ramas del derecho que inciden en la economía, el Derecho económico debe abocarse a resolver las contradicciones que se presentan con frecuencia entre los objetivos de esas diversas ramas.
3. Sin perder las diferencias conceptuales entre lo económico, lo financiero y lo contable, el Derecho económico debe atender los problemas de normatividad en los tres aspectos por sus necesarias interrelaciones.
4. Hay retos especiales para el Derecho económico en la atinada regulación requerida en los mercados y en la búsqueda de los nuevos paradigmas que requiere el impacto de la globalización y transnacionalización de la empresa y los negocios.
5. El Derecho económico debe impulsar un diálogo productivo interdisciplinario y transdisciplinario con la ciencia económica, para enriquecer recíprocamente el análisis y las propuestas de solución a los problemas de la economía en la vida real.

Bibliografía

- Alcoberro, Ramón. “¿Homo Economicus o Idiota Moral?”. En *Filosofía y Pensamiento*, <http://www.alcoberro.info/V1/liberalisme5.htm>.
- Arcuri, Alessandra. “Eclecticism in Law and Economics”. *Erasmus Law Review*, vol. 1, núm. 3, mar. 2008.
- Aristóteles. *Ética nicomaquea política*. México, Porrúa, 1973.
- Bolívar Espinoza, G. *Una paradoja de la situación intelectual contemporánea: de la reforma del derecho, una reflexión desde Kelsen y Kant*. Santiago de Chile, Polis Universidad Bolivariana, 2006.
- Calsamiglia, Albert. *En defensa de Kelsen*. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1997.
- Castrejón Diez, Jaime. “El Proceso de Departamentalización”, Ponencia presentada a la XVI Asamblea General de la ANUIES. http://www.anuies.mx/servicios/p_anuies/publicaciones/revsup/res015/art3.htm.
- Cohen, H. *Lógica del conocimiento puro*. Apud. González Vicen, F. “Filosofía del Estado en Kant”. En I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1997.

- _____. *Ética de la voluntad pura*. Apud. González Vicen, F. “Filosofía del Estado en Kant”. En I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- _____. *Estética del sentimiento puro*. Apud. González Vicen, F. “Filosofía del Estado en Kant”. En I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- _____. *La religión en el sistema de la filosofía*. Apud. González Vicen, F. “Filosofía del Estado en Kant”. En I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Contreras Méndez, Marco Antonio. “El Paradigma del Derecho económico, Siglo XXI”. TLA-MELAU, Puebla, México, Año XIII, Núms. 19-20, verano, 2003, http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/tlame/19y20/p_247.pdf.
- Cox, C. Household. “Interests: property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens”. Princeton, N. J, *Princeton University Press*, 1998.
- Frazer, A. “The Roman villa”. University of Pennsylvania Museum Publication. Pennsylvania: University of Pennsylvania Museum Publication, 1998.
- Friedman, M. *La metodología en la economía positiva*. En F. Hahn, & M. Hollis, *Filosofía y teoría económica*. México, FCE, 1953.
- García Maynéz, E. *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. México, Fontamara, 1967.
- González Vicen, F. *Filosofía del Estado en Kant*. En I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- Guerrero, Larissa. “¿Justicia: es posible internalizar las externalidades?”. *Fortuna*, <http://revistafortuna.com.mx/contenido/2010/08/15/justicia-%C2%BFes-posible-internalizar-las-externalidades>.
- Habermas, J. *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris, Payot, 1978.
- _____. *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris, Payot, 1978.
- Hahn, F., & Hollis, M. *Filosofía y teoría económica*. México: FCE, 1986.
- Hart, H. *El concepto del derecho*. Trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.
- Hegel, G. W. *Principes de la philosophie du droit*. Trad. J. Hyppolite, Paris, Gallimard, 1940.
- Jellinek, G. *Teoría general del Estado*. México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1997.
- Kant Immanuel. *Crítica de la facultad de Juzgar*. Trad. P. Oyarzún, Caracas, Monte Ávila editores, 1991.
- _____. *Crítica de la razón pura*. Madrid: Alfaguara, 2002.
- _____. *Crítica de la razón práctica*. 1a ed., trad. D. M. Granja Castro, Ed., & D. M. Granja Castro, México, UAM-Iztapala, 1999.

- _____. *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*. Barcelona, Ariel, 1999.
- _____. *Crítica de la razón pura*. Madrid, Alfaguara, 2002[1781].
- Kelsen, H. Derogation. En H. Kelsen, "Essays in Jurisprudence in Honor of Rascoe Pound". Indianapolis: Bob Merril Hill Co., 1962.
- _____. *Teoría general de las normas*. México, Trillas, 1994.
- _____. *Teoría general del Derecho y del Estado*. 5a ed., México, UNAM, 1995.
- _____. *¿Qué es la justicia?* México, Fontamara, 1998.
- _____. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* México, Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, 2001[1953].
- _____, Klug, U., & E. Bulygin (pról.), "Normas Jurídicas y análisis lógico". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Keynes, J. *The Scope and Method of Political Economy*. Londres: MacMillan & Co., 1891
- Meyer, Lorenzo. "Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano". México, Ed. Océano, 1a edición, 1995. Muniente, Raúl. "Tesis de Izquierda Hispánica sobre la caída de la Unión Soviética". Izquierda Hispánica, hacia la séptima generación de izquierda. <http://izquierdahispanica.org/2011/caida-union-sovietica/>
- Natorp, P. *Propedéutica filosofía* (1903). Kant y la escuela de Marburgo (1912), Curso de Pedagogía social (1905) (2a ed.), (F. Larroyo, Ed., & F. Larroyo, Trad.) México, Editorial Porrúa, 1987.
- Olguín Gálvez, Margoth. *Los estados contables, sus limitaciones*. México, UNAM, 1965.
- Parisi, Francesco y Charles K. Rowley. *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, Cheltenham, U. K., Edward Elgar Publishing Ltd, 2005.
- Rickards, James. "Why Big Banks are Above the Law". Economic Intelligence, US News, <http://www.usnews.com/opinion/blogs/economic-intelligence/2012/07/30/why-big-banks-are-above-the-law>.
- Robinson, J. *Libertad y necesidad. Introducción al estudio de la sociedad*. México, Siglo XXI, 1969.
- Rodríguez Gómez, Edgardo. "La Idea del Derecho en la Filosofía Política de Gustavo Radbruch". En Universitas. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 6, julio 2007. <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>.
- Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1963[1953].
- _____. *El concepto de Validez y otros ensayos*. México, Distribuciones Fontamara, 1991.
- Sabino, Carlos. Con la colaboración de América Vásquez de Sabin. *El fracaso del intervencionismo; apertura y libre mercado en America Latina*. Caracas, Ed. Panapo, 1999.
- Samuelson, Paul A. y William D. Nordhaus. *Economía*, McGraw-Hill-Interamericana, CIDE, PDF.

Sección Doctrina

Schmitt, C. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid, Editorial Tecnos, 1934.

Skidelsky, Robert. *El regreso de Keynes*. Barcelona, Crítica, 2009.

Thurow, Lester. "Hacia una definición de justicia económica". Ensayo, trad. de *The Public Interest*, núm. 31, primavera de 1973. www.cepchile.cl/dms/archivo_793_1058/rev24_thurow.pdf.