

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO ECONÓMICO

HÉCTOR CUADRA

Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre la noción de derecho económico. III. El derecho económico, disciplina jurídica nueva. IV. Apreciación crítica de las primeras tesis. V. Tesis que niegan un derecho económico como rama autónoma. VI. Derecho económico: Derecho de la democracia económica. VII. ¿Autonomía relativa y disciplina didácticamente autónoma? VIII. Consideraciones finales

I. INTRODUCCIÓN

1. Ha sido nuestro propósito, en este trabajo, retener, para incorporarlos en nuestro medio jurídico, ciertos planteamientos sobre la problemática del derecho económico que, en otros ambientes jurídicos extranjeros, ya han sido objeto de quehacer intelectual desde hace buen rato.

Ello nos obliga, por otra parte, a ser sencillos y, en ciertos puntos, más o menos tradicionales en el método, puesto que es nuestro deseo facilitar un punto de partida común para enfoques posteriores más complejos y tratamientos más sofisticados de la materia, y porque además, en esta cuestión, no queremos dar por supuesto el conocimiento de cierto desarrollo doctrinario extranjero y de la polémica existente en torno al concepto mismo y al contenido del derecho económico.

Parecería como si, demasiado fieles al espíritu de la escuela exegética, nuestro medio jurídico se resistiese al reconocimiento de ramas o autonomías sin código propio o sin algún principio de sistematización legislativa, desconociendo o pretendiendo desconocer ciertas manifestaciones evidentes y poderosas del derecho económico.

Ante tales circunstancias, nos proponemos repasar fundamentalmente el problema conceptual del derecho económico en la medida en que ello sea necesario, para presentar una imagen clara de lo que pretende ser el objeto de estudio de esta nueva serie de trabajos jurídicos.

2. En la doctrina contemporánea, la problemática en torno del derecho económico comenzó a delinearse en la Alemania de Weimar, con motivo de las grandes modificaciones que ese país fuera el primero en experimentar, como consecuencia de los desajustes provocados por la primera guerra mundial. Es así como surge el concepto de *Wirtschaftsrecht*.

Si la doctrina forjó el concepto de derecho económico, hace poco más de cincuenta años, es porque pretendía designar una nueva realidad jurídica que los conceptos tradicionales eran incapaces de caracterizar. El concepto de derecho económico tendería así a dar cierta coherencia a nuevos fenómenos jurídicos.

En los hechos, el derecho económico se manifestó fundamentalmente como el derecho relativo a la dirección de la economía o “derecho de la economía organizada”, como lo denominara Hans Goldschmidt.¹ Comprendería según ello, no sólo lo relativo a la intervención del Estado y otras corporaciones de derecho público, sino también a la de agrupaciones particulares, siempre bajo el signo de concepciones de tipo social.²

Pronto se dibujaron, como era de esperarse, en el campo de la doctrina, diversos matices en el esfuerzo por diferenciar el ámbito del derecho económico y porque le fuese reconocida cierta autonomía científica.

Para Hedemann,³ por ejemplo, en el derecho económico, más que de una nueva rama del derecho, se trataría de un nuevo enfoque o método —realista, económico— para la consideración y renovación de las disciplinas existentes. Otros, como Kiraly,⁴ lo conciben como el derecho de la empresa. El argentino Julio G. Olivera ha desarrollado una concepción importante para el esclarecimiento del derecho económico, al que centra en torno de la noción de actos de asignación coactiva de los recursos disponibles, destacando asimismo que no basta que el Estado realice ocasionalmente actos de asignación, sino que, en línea de principio, debe

¹ Cfr., respecto a este autor, Roberto Goldschmidt, *El derecho económico*, Revista “La Ley”, t. 61, 15 noviembre 1952, pp. 754 y ss.

² Es lo que se desprende de un sistema no de “economía de mercado”, llana y simplemente, sino lo que el economista y político alemán Erhard llamaba “economía social de mercado”, lo que implica el señalamiento de una determinada dirección a los procesos económicos por parte del Estado.

³ Se considera a este autor como uno de los creadores y fervorosos propugnadores de la nueva disciplina, su obra fundamental es *Deutsches Wirtschaftsrecht* publicada en Alemania en 1939.

⁴ Cfr., F. de Kiraly, *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique*, “Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény”, 1934, pp. 111 y ss.

tomar a su cargo una parte del propio proceso de asignación. Así, es misión del derecho económico “limitar el funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación”.⁵

El jurista argentino E. R. Aftalión, se muestra reticente con respecto a la liberalidad con que muchos doctrinarios suelen atribuir cartas de autonomía a algunos sectores de la experiencia jurídica. En verdad, dice, hay mucho de pseudo problema en estas cuestiones: “todo depende del alcance que se le asigne a la palabra autonomía. Si sólo se significa con ella la conveniencia de su independencia docente, con fines didácticos, nada hay que objetar. Pero no estimo correcto hablar de nuevas ciencias, de autónomas ramas del saber, cada vez que nos encontremos con criterios contingentes para efectuar nuevas formulaciones sistemáticas de los datos dogmáticos de un ordenamiento jurídico.”⁶

Las instituciones del derecho económico contemporáneo son por demás heterogéneas, están unidas por criterios axiológicos y metodológicos contingentes y, en rigor, afincadas en las viejas ramas del derecho, el administrativo, el civil, el mercantil, el penal, el laboral, etcétera. De allí las dificultades que ha encontrado la doctrina en uniformar su criterio para establecer bases de apoyo indiscutibles para la formulación de su perfil científico.

Frente a esas dificultades existe, por otra parte, un innegable proceso de crecimiento y consolidación del derecho económico, nominado o innominado, en virtualmente todos los sistemas jurídicos contemporáneos y en multitud de órdenes jurídicos concretos.

Es nuestro propósito, en este trabajo, elaborar una serie de reflexiones sobre el concepto, la definición y la ubicación de este sector del derecho dentro de la ciencia jurídica, tal como se presenta en nuestros días, con el mero fin de ir acumulando esfuerzos en la clarificación de numerosas cuestiones preliminares sobre el derecho económico —tan importante y desatendido— que quedan todavía por ser resueltas por los juristas, que ya se adentran en el análisis de contenidos sin una clara idea de las fronteras de esta disciplina.

3. El derecho económico correspondería a una realidad jurídica presente en todas las sociedades industriales contemporáneas; es decir, en los países actualmente desarrollados. Pero esa misma realidad jurídica, que comportaría algunas particularidades, en los

⁵ Cfr., Julio H. G. Olivera, *Derecho económico. Conceptos y problemas fundamentales*, Buenos Aires, 1969, pp. 21, 23 y 27.

⁶ Cfr., Enrique R. Aftalión, *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires, 1955, p. 35.

países en desarrollo se designaría más bien como derecho del desarrollo.⁷

Esto tendería a marcar, a pesar de la afirmación de la existencia de una sola realidad jurídica, identificable en todas las sociedades industriales contemporáneas y en la mayoría de los países en vías de desarrollo, una diferencia entre esas categorías de países que se reflejaría necesariamente en el orden jurídico respectivo, puesto que el derecho económico no sería exactamente lo mismo que el “derecho del desarrollo”.

Más adelante veremos si se justifica una denominación diferente para un cuerpo de normas que, *a priori*, regulan un sector semejante de la realidad social en diversos países.

Haciendo a un lado esta digresión, el hecho de existir una realidad jurídica que se denomina genéricamente derecho económico, no bastaría para justificar por sí un estudio autónomo, específico, de ese derecho.

Ello obedece a que presenta un aspecto singular. No apareció como una rama particular del derecho, mientras que así aparecen generalmente las “novedades” de cierta envergadura en las estructuras jurídicas (el derecho del trabajo, por ejemplo, o el derecho espacial). Lo que en realidad se ha observado, son ampliaciones y progresos relativos a lo “económico” en casi todas las ramas existentes del derecho clásico. De tal suerte, habría un derecho constitucional económico, un derecho penal económico, y sobre todo, un derecho mercantil y un derecho administrativo económicos. Parecería como si hubiese una evolución general del derecho en esta dirección.

En virtud, precisamente, de esta “vocación general” del derecho económico, se ha puesto en duda la posibilidad de una síntesis. El estudioso, a pesar de trazar “diagonales” a través de las ramas tradicionales del derecho —siguiendo el hilo conductor económico—, no lograría llegar a demostrar la existencia de una rama o de una disciplina nueva. En Alemania misma, en donde apareció el concepto de derecho económico y surgieron los primeros estudios inmediatamente después del fin de la primera guerra mundial, se sigue discutiendo, en los manuales y tratados de derecho económico, sobre el campo propio de ese derecho nuevo.

Una primera gran dificultad es definir el objeto mismo del derecho económico, con todo lo arbitrario que, real o aparentemente, tiene en sí una definición. Por lo mismo, para todo autor que quiera aprehender al máximo posible la realidad del derecho

⁷ Cfr., Gérard Farjat, *Droit économique*, Paris, 1971, p. 9.

económico, la exposición que haga tendrá necesariamente, en el estado actual del derecho económico, el aspecto de una tesis.

II. SOBRE LA NOCIÓN DE DERECHO ECONÓMICO

4. Sobre la noción de derecho económico, la doctrina se ha dividido principalmente en dos tendencias opuestas. Para una de ellas se trataría de una rama nueva del derecho: el derecho público económico.⁸ Para la otra tendencia, se trataría llanamente de la rama *económica* de un antiguo derecho: el derecho público.

Es lógico que si se admite el derecho público económico como rama del derecho público, en una u otra de las modalidades referidas, se está reconociendo la existencia de un derecho nuevo, el derecho económico, lo que trastorna la clasificación tradicional.

El estudio del derecho en general se ha fundado tradicionalmente en una clasificación, heredada del derecho romano, que distingue el derecho privado y el derecho público. Esta llamada *summa divisio* presenta no solamente un interés pedagógico, sino también un interés científico. Es verdad que entre esas dos disciplinas no es absoluta la oposición, ni es tampoco inmutable su frontera.

Desde hace ya bastante tiempo, es manifiesta la interpenetración del derecho público y del derecho privado, por lo menos en el plano de las técnicas jurídicas. Sin embargo, es sobre otro hecho, relativamente novedoso, en el que los partidarios del derecho económico fundan su tesis. Tal hecho es la intrusión de la economía en el derecho, es la penetración de lo económico en lo jurídico.

III. EL DERECHO ECONÓMICO, DISCIPLINA JURÍDICA NUEVA

5. Los que sostienen esta posición sobre la existencia de una disciplina jurídica nueva parten de una constatación para llegar a una sistematización. La constatación es el reconocimiento de las reglas de derecho con un objeto económico. La sistematización consiste en deducir de lo anterior la existencia de una disciplina jurídica nueva.

En casi todas las ramas del derecho, desde hace algunos decenios, aparecen reglas —cada vez más numerosas— con un objeto

⁸ Este derecho público económico sería el que constituyese particularmente el nuevo objeto de preocupación, por el papel que el Estado ha venido asumiendo a partir de los años veintes en el campo de la economía.

económico. Dichas reglas forman, en cierto modo, un estrato que se sobrepone al conjunto existente. Así el derecho constitucional conoce de reglas relativas a la organización económica del Estado, y a las funciones socioeconómicas del mismo. El derecho administrativo se ha venido enriqueciendo con una serie de normas concernientes a las intervenciones administrativas en la vida económica. El derecho civil, particularmente en el campo contractual, comprende una parte reciente de medidas que reglamentan la actividad económica de las particulares. La libertad contractual antes ilimitada, bajo la única reserva del respeto al orden público, es restringida por consideraciones económicas que constituyen lo que ciertos autores llaman el orden público económico. El derecho penal, por su parte, conoce de infracciones económicas cuya represión obedece a reglas particulares.

La literal invasión del derecho por la economía, debida esencialmente a la evolución reciente de la sociedad industrial, es tan intensa, que parecería que nos encontrásemos en presencia de un orden jurídico nuevo.

6. Todos esos elementos invocados han llevado a varios autores científicos a proclamar el nacimiento de un derecho nuevo: el derecho económico.

Como ya lo mencionamos, el concepto de derecho económico apareció en Alemania (*Wirtschaftsrecht*), inmediatamente después del final de la guerra del 14-18, en donde adquiere con bastante rapidez cierta autonomía. En la Unión Soviética, en razón de la colectivización de los bienes de producción y del carácter obligatorio de la planificación, el derecho económico constituye una de las principales disciplinas jurídicas. En los demás países europeos, es particularmente después de la Segunda Guerra Mundial cuando el derecho económico ha logrado ser el objeto de estudios sistemáticos.

Italia, Bélgica, Francia, los países anglosajones, le consagran estudios, coloquios, cursos.^{8 bis} De todos estos países se desprende un acuerdo casi general, hoy en día, para reconocer la existencia del derecho económico. La doctrina, sin embargo, está muy lejos

^{8 bis} Hamel, *Vers un droit économique*, "Économie contemporaine", Paris, nov. déc. 1951; Mazard, *Aspects du droit économique français*, "Revue de science criminelle et droit pénal comparé", núm. 1, Paris, 1957; K. Svoboda, *La notion de droit économique. Études sur les conceptions récentes du droit économique en France et dans les pays socialistes*, Nancy, 1965; J. Limpens, *Contribution à l'étude de la notion de droit économique*, "Il diritto dell'economia", Milano, 1966; A. Jacquemin et G. Schrans, *Le droit économique*, Paris, 1970.

de ser unánime cuando se trata de precisar la noción de derecho económico.

7. Vamos a tratar de ubicar el punto en el cual se encuentra la dificultad de precisar la concepción misma del derecho económico. Al respecto se puede decir que existe una concepción amplia y otra restringida del derecho económico. Y entre ambas, las concepciones intermedias.

7.1. Para los defensores de la concepción más amplia, “una regla es de derecho económico desde el momento que rige relaciones humanas propiamente económicas”.⁹ Concebido así, el derecho económico es entonces el “derecho de la organización y del desarrollo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada, o del concierto de uno y otra”.¹⁰ Esta concepción extiende desmesuradamente el campo del derecho económico, que incorporará —según esto— una parte del derecho social, del derecho mercantil, del derecho administrativo y aun del derecho fiscal.

Para otros autores, como Hamel y Lagarde, el derecho económico tendría como misión regir la vida económica.¹¹ En ese caso se ve difícilmente de qué manera se le podría distinguir del derecho mercantil.

La principal falla —por llamarla de alguna manera— que se puede atribuir a esta concepción extensiva es su heterogeneidad. Carece de un particularismo suficiente para fundar válidamente su autonomía, y de límites lo suficientemente precisos para evitar que se encabalgue con otras ramas jurídicas.

Es sin embargo muy interesante la defensa que de esta concepción amplia hace un autor como Champaud,¹² cuando nos dice que el error está probablemente en querer definir el derecho económico como disciplina jurídica, es decir, como un cuerpo de normas particulares y homogéneas, cuyo estudio y enseñanza constituirían una especialidad.

En realidad —añade— más que una disciplina, el derecho económico es un orden jurídico que responde a las normas y a las necesidades de una civilización aún en vías de formación. Si se adopta este punto de vista, debe admitirse que el derecho económico no es una nueva rama del derecho, sino un derecho nuevo que coexiste

⁹ Cfr., Claude Champaud, *Contribution a la définition du droit économique*, Dalloz, 1967, chron. xxiv, p. 215.

¹⁰ *Idem*, p. 217.

¹¹ Cfr., Hamel et Lagarde, *Traité de droit commercial*, Paris, 1954, p. 14.

¹² Cfr., Champaud, *op. cit.*, p. 217.

con el cuerpo de reglas jurídicas tradicionales de la misma manera que el orden social industrial que se elabora cohabita con las instituciones del orden social precedente que no podrían extinguirse bruscamente. Un buen número de dichas reglas habrán de sobrevivir todavía mucho tiempo a través de las nuevas instituciones, como ya sucedió con las precedentes mutaciones económicas y sociales.

7.2. Para la concepción restrictiva, el derecho económico es el derecho de las intervenciones del Estado en la vida económica. Este punto de vista es defendido particularmente por los juristas privatistas y los economistas. Es verdad que los juristas publicistas definen el derecho público económico como el derecho del intervencionismo estatal, pero se colocan en una óptica completamente diferente. Ya que ellos consideran el derecho público económico como una simple rama del derecho público, o una simple parte del derecho administrativo. Están muy lejos de la idea de un derecho económico autónomo.

Considerado restrictivamente, el derecho económico es definido como “el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto dar a los poderes públicos la posibilidad de obrar activamente sobre la economía”. Para otros, el derecho económico comprende las medidas de organización económica tomadas por el Estado.¹³

Con relación a la concepción amplia precedente (ver párrafo 7.1), la oposición es manifiesta. La primera define el derecho económico como aquel que engloba a la vez la acción económica de las empresas y la del Estado. La segunda toma únicamente en consideración la acción económica del Estado, de ahí su calificación por ciertos autores de “concepción parcial”.

Una de las observaciones críticas a menudo formuladas respecto a esta concepción restrictiva o parcial es que, en los países de economía liberal, en que las empresas privadas siguen jugando un papel importante, la intervención del Estado no constituye los únicos ni los más importantes fenómenos económicos.

7.3. Entre las dos concepciones extremas se sitúan concepciones que se pueden calificar de intermedias. Entre éstas destacan la de dos distinguidos autores, el profesor Farjat y el decano Savy.

Para el primero,¹⁴ el derecho económico es “el derecho de la concentración o de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados o

¹³ Cfr., F. C. Jeantet, *Aspects du droit économique*, “Études de droit commercial offertes a J. Hamel”, Paris, 1961, p. 33.

¹⁴ Cfr., G. Farjat, *op. cit.*, p. 14.

públicos". Esta definición se pretende aplicable tanto para los países socialistas como para los capitalistas, porque en todos esos países existe un derecho económico, por el cual se trata de encontrar una formulación universalmente válida.

La definición propuesta puede descomponerse en dos fórmulas: una concerniente a las economías socialistas (derecho de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes públicos), y la otra, a las economías liberales (derecho de la concentración de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados y públicos). Esta definición se asemeja más a una yuxtaposición de dos concepciones diferentes del derecho económico que a una concepción única.

Para el profesor Savy, el derecho económico es el conjunto de normas que tienden a garantizar un equilibrio, en un momento y en una sociedad determinadas, entre los intereses particulares de los agentes económicos públicos y privados y un interés económico general. En resumen, es el derecho del interés económico general.¹⁵ Es una concepción finalista, en el sentido de que es la finalidad de una regla de derecho la que determina o no su carácter económico. Si la norma tiende hacia la satisfacción del interés económico general, forma parte del derecho económico. Este último comprende a la vez el derecho macroeconómico, el derecho económico sectorial y el derecho microeconómico. La dificultad radica aquí en la definición de lo que es el interés económico general y en la disociación de éste del simple interés general.

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA DE LAS PRIMERAS TESIS

8. Sobre las tesis del derecho económico, como derecho nuevo, se han formulado tres objeciones principales. No es un derecho autónomo. Los partidarios del derecho económico así concebido se encuentran ante un dilema. Si ven en él simplemente un conjunto de normas jurídicas con un objeto económico, independientemente del criterio aducido para definir las, esta reunión de normas corre el riesgo de dislocarse, al poder reintegrarse sus diferentes elementos a las ramas jurídicas de las que surgieron. Así, un derecho privado económico se reuniría simplemente al derecho privado; un derecho público económico lo haría al derecho público. Por el contrario, si lo consideran como una disciplina jurídica autó-

¹⁵ Cfr., R. Savy, *Droit public économique*, Paris, 1972, p. 11.

noma, es menester demostrar que es irreductible a las dos disciplinas clásicas: derecho privado y derecho público; que presenta una naturaleza y una técnica jurídicas enteramente distintas.

En otras palabras, la división bipartita tradicional sería reemplazada por una nueva clasificación tripartita: derecho privado, derecho público, derecho económico. Afirmación difícilmente demostrable, en el estado actual de la ciencia jurídica. En este punto cabe hacer referencia que, a pesar de ciertas resistencias, en otro ámbito de discusión se ha sacado la fórmula tripartita para dividir al derecho en derecho público, derecho privado y derecho social,¹⁶ y que la polémica no ha sido menor.

Al respecto, E. Aftalión expresa que si, a pesar de todo, se quiere calificar de autónomo al derecho económico, no hay inconveniente en complacer a sus cultores, pero siempre que admitan que nunca podrá ser insertada esta rama en una clasificación al lado de los troncales derecho civil, penal y administrativo, por la sencilla razón de que responde a otro *principium divisionis*: el derecho económico no puede ser contrapuesto a esas mentadas ramas, sino en todo caso, a un derecho no económico.¹⁷

El derecho económico no puede ser parangonado con las ramas básicas de la enciclopedia jurídica, porque sólo puede concedérsele autonomía en un plano transversal a ellas.

Limpens impugna vigorosamente la coherencia del derecho económico en cuanto disciplina autónoma. El investigador podrá trazar diagonales refulgentes a través del derecho, “no por ello habrá descubierto un derecho nuevo . . . ni demostrado la existencia de una nueva disciplina”.¹⁸

A pesar de dichas objeciones, hay autores que han osado dar el paso afirmando que el derecho económico no es una nueva rama del derecho, sino un derecho nuevo que coexiste en el cuerpo de normas jurídicas tradicionales. El derecho económico no podría ser reducido al derecho público, ni al derecho privado. Ya que el primero tiende a conciliar los intereses particulares con el interés general; el segundo, los intereses particulares entre sí. En tanto que el derecho económico tiende a armonizar tres intereses dife-

¹⁶ Cfr., Jorge Carpizo, *La división del orden jurídico en el último tercio del siglo XX*, “Anuario Jurídico” 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, pp. 51 y ss.

¹⁷ Cfr., Enrique R. Aftalión, *Derecho penal económico*, Buenos Aires, 1959, p. 22.

¹⁸ Cfr., J. Limpens, *Contribution a l'étude de la notion de droit économique*, p. 735.

rentes: interés general, interés de cada empresa, interés de los particulares. Es pues un equilibrio triangular el que tiende a realizar, y no un equilibrio simplemente bipolar, como en las disciplinas de derecho clásicas.¹⁹

Hay autores aun más categóricos. Ellos pretenden demostrar la autonomía del derecho económico con relación al derecho público y al privado. “El derecho económico sólo puede salir ganando en cuanto a su coherencia se refiere, si se le reconoce que ha introducido una nueva división de los sistemas jurídicos, una división tripartita.”²⁰ Pero, a pesar de todo, “el derecho económico no tiene sino una autonomía y una cohesión relativas”.

9. No es un verdadero derecho. El derecho ha sido siempre un conjunto coherente de reglas que responden a cierto número de criterios y cuyo contenido puede ser determinado con suficiente precisión. Tal parecería que éste no es el caso del derecho económico.

Una norma jurídica debe llenar ciertos requisitos y ciertas exigencias. Es menester su carácter general y abstracto. Necesita ser igualmente, si no permanente, cuando menos suficientemente estable. Por último, se requiere que sea sancionada por la autoridad pública. No encontramos todas esas características en el derecho económico.

El derecho macroeconómico, en su deseo de eficacia, se esfuerza por adaptarse a la coyuntura económica. Ahora bien, ésta evoluciona rápidamente y a menudo de manera imprevisible. Las normas jurídicas que la rigen sufren su influencia y se hacen móviles, flexibles, carentes de permanencia y de estabilidad. Por último, el derecho económico se ve desprovisto, en la mayoría de los casos, y por lo menos en los países de economía liberal, de coactividad y de sanción. Para hacerse obedecer, pretende convencer, más que obrar con severidad; persuadir, más que obligar.

Ese nuevo derecho, surgido de la unión del derecho y de la economía, difiere del derecho tradicional. Es un derecho instrumentalista²¹ puesto que está al servicio de la economía. Es un derecho del antiazar, ya que es prospectivo y destinado a encuadrar jurídicamente lo aleatorio.²² Es un derecho realista, puesto que es más sensible a la eficacia que a la coherencia intelectual y a la segu-

¹⁹ Cfr., C. Champaud, *op. cit.*, p. 215.

²⁰ Cfr., G. Farjat, *op. cit.*, p. 425.

²¹ *Idem*, p. 387.

²² Cfr., A. Hauriou, *Le droit administratif de l'aléatoire*. “Mélanges Trotabas”, Paris, 1970, p. 197.

ridad jurídica;²³ derecho evolutivo, ya que se preocupa más de las fluctuaciones de la coyuntura que de la estabilidad y de la permanencia. Es, en resumen, un derecho complejo ambiguo, cambiante, inasequible.²⁴

10. Tiene un contenido impreciso. Cada vez que aparece una rama jurídica nueva, se plantea el problema de la delimitación de su contenido. En cuanto hace al derecho económico, ese problema parece particularmente arduo. En la misma Alemania, en donde dicho derecho comenzó a ser estudiado inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, se sigue discutiendo hoy en día su verdadero campo.

En otros países europeos, las tentativas de delimitación del derecho nuevo no convergen, pues, es una empresa delicada. Y qué decir de los países latinoamericanos en donde, aparte de algunos distinguidos autores, nada se ha hecho virtualmente al respecto.

Cómo no calificar las tentativas de delimitación del derecho económico de empresa delicada si, en efecto, se encuentran en él elementos provenientes de ramas diversas: derecho civil, derecho mercantil, derecho social, derecho administrativo y hasta economía política.

Si se toman en cuenta, por otra parte, las diferentes funciones de la economía, habría un derecho de la producción, un derecho de la distribución y un derecho del consumo. Si nos refiriésemos a las diferentes ramas de la actividad económica, la lista sería aun más larga: derecho rural, derecho industrial, derecho de la construcción, de la energía, . . . ¿Cómo trazar la frontera entre el derecho nuevo y las ramas existentes?

Si se considerara que todas las reglas con una repercusión en lo económico constituyen parte del derecho económico, todo el orden jurídico virtualmente entraría dentro de esa categoría. Si reservamos esta calificación solamente a las normas con finalidad económica, nos encontramos con la dificultad de distinguir la finalidad económica del objeto económico.

Si el derecho económico es una disciplina tan controvertida, ¿no sería más prudente —se preguntan ciertos juristas— simplemente considerar al derecho económico como una parte del derecho público?

²³ Cfr., Prosper Weil, *Le droit international économique. Mythe ou réalité?*, "Aspects du droit international économique", Colloque d'Orléans, Paris, 1972, p. 18.

²⁴ Cfr., R. Savy, *op. cit.*, p. 93.

V. TESIS QUE NIEGAN UN DERECHO ECONÓMICO COMO RAMA AUTÓNOMA

11. Un número considerable de juristas, generalmente publicistas, sostienen que el derecho público económico se relaciona simplemente con el derecho público. Tales autores argumentan que el nombre mismo de derecho público económico usual en las obras europeas, está delatando ya la posición referida.

Por afán de precisión, puesto que el término “derecho X público” forma parte de la expresión “derecho público económico”, los autores proporcionan las precisiones sobre aquél antes de abordar la definición de éste.

Discusión tan prolongada no es nuestro propósito aquí. Nos hemos de referir brevemente a tal asunto simplemente para ubicar el problema que nos preocupa.

El derecho público, que se distingue tradicionalmente del derecho privado, puede ser definido a la vez por su objeto, por su fundamento y por su técnica.

En cuanto a su objeto, la diferencia con relación al derecho privado es muy clara. El derecho privado rige el estatuto de las personas privadas y sus relaciones recíprocas. El derecho público rige el estatuto de las personas públicas y sus relaciones entre ellas o con personas privadas. Es a la vez el derecho de la organización y del funcionamiento del Estado y el derecho de las relaciones del Estado.

En cuanto a la diferencia de derecho privado y derecho público basada en su fundamento, la cuestión es más difícil pues el criterio es muy impreciso. Nos referimos al criterio del interés según el cual las reglas de derecho público están fundadas en el interés general, distinguiéndose del derecho privado el cual está fundado en los intereses particulares.

Además, el criterio del interés está lejos de tener un valor absoluto; ¿se trata de una noción cuantitativa? En ese caso, el interés general sería el interés de todos, o al menos del mayor número. Pero todas las reglas de derecho apuntan a situaciones generales y no individuales. ¿Se trataría entonces de una noción cualitativa? El interés general sería entonces definido en razón de su naturaleza y se tendría que oponer el interés público al interés privado. Volviendo en este caso al problema de la definición de lo que es uno y lo que es el otro.

En cuanto hace a la técnica del derecho público, una antigua concepción surgida de la revolución individualista del siglo XVIII,

presenta a la sociedad compuesta, por una parte, por el Estado, dotado de la potestad pública y, por la otra, por los individuos, teóricamente iguales, haciendo abstracción de su situación económica y social. De lo que se deriva que los poderes públicos y los particulares se encuentran en una situación de relaciones desiguales; pudiendo emplear los primeros respecto de los segundos, procedimientos autoritarios.

Por eso el derecho público es considerado como un derecho autoritario y su técnica jurídica es una técnica de mando. Por el contrario, siendo la situación entre los particulares teóricamente idéntica, sus relaciones son establecidas sobre la base del libre consentimiento. La técnica del derecho privado es pues una técnica contractual. El derecho privado se presenta como el derecho de la autonomía, en oposición al derecho público que es el derecho de la sumisión.²⁵

Sin embargo, hay hipótesis, cada vez más frecuentes, en que la administración pública puede colocarse a veces dentro del marco de su misión de interés general, en el terreno de las relaciones de particulares a particulares, en las condiciones que impone el derecho privado, y renunciando de esta manera a sus prerrogativas de potestad pública. Esas hipótesis se habían conservado como la excepción, hasta que el derecho público económico vino a modificar esta "hermosa ordenación".²⁶

El Estado, al hacerse empresario, se comporta, a menudo, como cualquier industrial y comerciante, recurriendo así a la técnica jurídica del derecho privado.

Por el contrario, la igualdad jurídica y teórica de los individuos no podía disfrazar más tiempo la desigualdad real de sus condiciones sociales y económicas. El libre consentimiento se transforma frecuentemente en una adhesión a las condiciones dictadas o impuestas por los más poderosos.

Llegamos así a la conclusión que de los diversos elementos de definición del derecho público: objeto, fundamento y técnica, es el elemento "objeto" el que parece el mejor. Según lo cual, el derecho público es el derecho de las personas públicas y de sus relaciones entre ellas o con los particulares, definición que, a pesar de todo, sigue siendo válida.

12. Concepción restringida del derecho público económico. El profesor Laubadere define el derecho público económico como

²⁵ Cfr., Jorge Carpizo, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

²⁶ Cfr., J. Rivero, *Droit public et droit privé*, Dalloz, 1947, chron. xviii.

“el derecho que rige las intervenciones de la potestad pública en el campo de la economía”. La potestad pública significa en este contexto, a la vez, el Estado, las colectividades territoriales, es decir, los estados, departamentos o provincias y los municipios, así como los organismos públicos descentralizados.

En cuanto se refiere al término “intervención”, tenemos que abundar un poco más al respecto. La intervención económica del Estado puede materializarse de diversas maneras. Es menester distinguir “la acción del Estado sobre la economía”, de “la acción del Estado en la economía”.²⁷

La acción del Estado en la economía, está formada por intervenciones directas que comprenden, por una parte, las medidas financieras que emanan de los poderes públicos y conciernen al sector privado y, por la otra, comprenden a las empresas económicas administradas por el mismo Estado.

La acción del Estado sobre la economía es el resultado de las intervenciones indirectas, tales como las medidas monetarias, las medidas concernientes al crédito, la tasa de descuento, la política del mercado público; etcétera.

Sólo las intervenciones directas, es decir, la acción del Estado en la economía, forman parte del derecho público económico, según la definición anterior.

Pero aun así, es necesario todavía hacer una observación. El Estado puede intervenir en la economía, no por motivos económicos, sino más bien por consideraciones de política, es decir, consideraciones relativas al mantenimiento del orden público. Es el caso particularmente de las intervenciones que tienden a remediar crisis que amenazan la economía liberal como, por ejemplo, las medidas de congelación de precios, de abastecimiento en periodos de crisis o penuria. Cuando el Estado interviene en esas condiciones, aparece como un Estado-guardián; en este caso, el guardián de la economía liberal. Este intervencionismo de política económica, en principio, no forma parte del derecho público económico, porque apunta al mantenimiento del orden público. La acción económica persigue aquí una finalidad política.

13. Concepción amplia. Según esta concepción amplia del derecho público económico, éste estudiaría “los instrumentos jurídicos de la política económica”, ya que siendo, en un primer paso del análisis, el derecho público, el armazón jurídico del poder, por la

²⁷ Cfr., A. de Laubadere, *Droit public économique*, “Cours de Droit”, Paris, 1969-1970, pp. 11 y 12.

misma razón, el derecho público económico vendría a ser el derecho que estudia los armazones jurídicos que enmarcan la acción económica del poder. Esta concepción amplia, expresada en términos muy generales, abarcaría así todos los instrumentos jurídicos, así como toda la política económica del Estado.²⁸

Se trataría de todos los instrumentos jurídicos, cualquiera que fuese su naturaleza. Poco importa que se trate de leyes, decretos, circulares, decisiones nacionales o internacionales. Poco importa que sean normas generales o actos jurídicos particulares. No interesa que la reglamentación sea flexible o autoritaria, que se haga por medio de prohibiciones u órdenes, por el otorgamiento de subvenciones o de favores subordinados a cierto comportamiento de las empresas.

Se trataría además de todos los instrumentos jurídicos, cualquiera que fuese su objeto. Ordenando tanto las decisiones particulares impositivas, como las que atribuyen licencias de importación o de exportación; tanto las medidas concernientes a la producción de bienes y servicios como aquellas relativas a su distribución o a su consumo.

Comprendería también el conjunto de leyes que enmarcan las actividades económicas como la agricultura, el comercio, la industria: legislación agrícola, legislación comercial, legislación industrial, conciernen aquí igualmente al derecho público económico.

Habíamos mencionado que para esta postura el derecho público económico engloba no sólo la totalidad de los actos jurídicos, sino también la totalidad de la política económica. Luego el conjunto de la política económica está implicado.

Ya sea que se trate de política de precios o de política de salarios, política del comercio interior o del comercio internacional, política de inversiones o de obras públicas, de infraestructura o de planificación; que se trate de política de crédito o de política monetaria, de acción directa o de intervención indirecta del Estado; todo ello forma parte del derecho público económico.

El conjunto de la vida económica, desde el momento que está enmarcada por actos jurídicos que emanan de los poderes públicos, constituye el campo del derecho económico.²⁹

14. El derecho público económico, ya sea definido de una manera amplia o restringida, forma parte del derecho público. Este

²⁸ Cfr., Bernard Chenot, *Droit public économique*, "Cours de Droit", Paris, 1957-1958, p. 7.

²⁹ *Idem*, p. 8.

hecho es el que valdría la pena de enfatizar, estudiando más a fondo, las razones y el alcance del mismo.

Tanto por el origen como por el objeto de sus normas se explica ese pertenecer del derecho público económico al derecho público.

Las reglas del derecho económico son de origen estatal. Dependen del derecho público y toma buena parte de sus técnicas del derecho administrativo. El derecho público económico, merced al hecho de emanar del Estado, pertenece al derecho público. Es la cualidad del autor la que determina la naturaleza jurídica del acto.³⁰ Sin embargo, esta argumentación no parece decisiva. Ya que no toda intervención del Estado engendra necesariamente derecho público. El Estado legislador que hace la ley, el Estado juez que crea el derecho jurisprudencial elaboran reglas de derecho, pero pueden crear tanto normas de derecho privado como normas de derecho público.

De igual modo no toda intervención de la administración pertenece fatalmente al derecho público. No hay que confundir el procedimiento con el fondo. La operación puede ser pública; las normas producidas pueden ser de derecho privado. Dicho de otra manera, todas las reglas de derecho, sean derecho público o derecho privado, tienen por autor a las autoridades públicas.

En las relaciones de los particulares entre sí, las convenciones regularmente elaboradas son como ley frente a las partes. Pero son textos de ley de origen estatal los que determinan las condiciones de validez, las posibilidades de ejecución, etcétera. En todas las demás materias de derecho privado, son la ley y los reglamentos elaborados por los poderes públicos los que rigen las relaciones de los particulares.

Luego, esta primera razón sólo puede ser aceptada con una extrema prudencia.

La segunda razón para justificar la unión del derecho económico al derecho público se funda en el objeto de sus normas.

El razonamiento sería el siguiente. La intervención de los poderes públicos, sean legisladores, administradores o jueces, en las relaciones privadas engendra el derecho privado. Su intervención en las relaciones públicas o mixtas (entre las personas públicas y las personas privadas) engendra el derecho público. Pero, ¿la intervención del Estado en el campo económico engendra derecho privado o derecho público?

Lógicamente tendría que admitirse que, en el caso en que esta

³⁰ Cfr., R. Savy, *op. cit.*, p. 85.

intervención económica involucra personas públicas y privadas al mismo tiempo, se trata del derecho público económico.

Para que pueda relacionarse el derecho público económico con el derecho público, será necesario: que haya intervención o acción de la potestad pública; que dicha intervención o acción se sitúe en el campo económico; que concierna a la organización o al funcionamiento de los poderes públicos, o que rija las relaciones entre una persona pública y una persona privada.

En cuanto al alcance de esa relación, la doctrina que mantiene la tesis que analizamos es más explícita acerca del grado de integración del derecho público económico dentro de la disciplina del derecho público, aunque no todos los autores de esa corriente atribuyen a dicha unión el mismo alcance. Para unos, no es sino una parte del derecho administrativo; para otros, es más bien una rama nueva del derecho público.

El profesor Laubadere comienza, al respecto, planteando que el derecho económico no forma un derecho autónomo, una verdadera rama del derecho; esta autonomía podría concebirse, pero en el estado actual del derecho francés no sucede así (lo mismo podría decirse de muchos otros sistemas jurídicos, particularmente los latinoamericanos); en una gran medida y, se puede añadir, que en lo esencial, el derecho público económico no es sino la aplicación a la acción económica del Estado de los principios generales del derecho público.³¹

No siendo autónomo, el derecho económico debe ser integrado a una rama cualquiera del derecho público. Es el derecho administrativo el que será escogido como puerto de enlace, a la espera de que un día, al romper sus amarras, el derecho económico pueda navegar solo, bajo su propio pabellón.

Como lo habíamos dicho antes, la definición misma del derecho público económico implica ya, en cierta medida, esta solución. Es definido como el derecho de la intervención económica de la potestad pública, queriendo significar esta expresión el Estado, las colectividades públicas locales y los organismos públicos. Ahora bien, esas tres categorías del poder público son, en diversos grados, autoridades administrativas. La terminología empleada es la del derecho administrativo. Luego —como lo precisa Laubadere después— el derecho público económico no es sino un “aspecto del derecho administrativo general”.³²

³¹ Cfr., A. de Laubadere, *op. cit.*, p. 39.

³² *Idem*, p. 43.

Sin embargo, no es un simple capítulo del derecho administrativo. Tiene elementos de originalidad; posee cierto particularismo con relación al derecho administrativo. Ese particularismo aparece, sobre todo, en las instituciones de la administración económica, en ciertas nociones originales (la de plan, la de empresa nacional, etcétera) y, por último, en el contencioso y el fondo del derecho aplicable.

Parte, pues, del derecho administrativo, pero parte original y específica, el derecho económico merece, para Laubadere, ser el objeto de una enseñanza particular y distinta.

Otro autor, Chenot, irá más lejos. El derecho público económico no es una parte, más o menos original, de una rama del derecho existente; es una nueva rama del derecho público.³³ Este autor le confiere así una autonomía que le ha sido negada por otros. Es verdad que la definición muy amplia que él da no permite clasificar el derecho nuevo dentro de alguna de las ramas del derecho público, porque desborda cada una de ellas tomada separadamente.

VI. DERECHO ECONÓMICO: DERECHO DE LA DEMOCRACIA ECONÓMICA

15. En el estado actual de las cosas, la única solución actualmente concebible consiste en emparentar al derecho público económico con el derecho público. Sin embargo, es importante reconsiderar el problema de su definición y de su autonomía y lograr una noción más coherente del derecho nuevo.

Examinando con detenimiento las diversas posiciones doctrinales, nos podemos dar cuenta de que no han resuelto definitivamente, ni el problema de la definición del derecho económico, ni el de su autonomía.

Para empezar, todos los criterios propuestos para lograr una verdadera definición parecen imprecisos e insuficientes.

Por ejemplo, el profesor Laubadere no ha definido propiamente el derecho público económico, sino el derecho administrativo económico, lo que no es realmente la misma cosa. Emplea indistintamente las expresiones “derecho público económico” y “derecho administrativo económico”.³⁴

Por su parte, Savy solamente ha definido el derecho económico

³³ Cfr., B. Chenot, *op. cit.*, p. 8.

³⁴ Cfr., A. de Laubadere, *L'administration de l'économie*, “Traité élémentaire de droit administratif”, t. III, vol. II, 1971, pp. 476-477.

general, del que el derecho público económico es una de sus subdivisiones. Lo que se justifica teniendo en cuenta que para él, éste no es sino una parte de aquél. La definición del todo importa más que la de una parte. En Francia —dice él— el derecho económico, definido como el derecho del interés económico general, es sobre todo un derecho público y sus elementos son el derecho administrativo económico, el derecho fiscal económico, etcétera.³⁵

Ya mencionamos otra definición, la propuesta por Bernard Chenot, según el cual el derecho público económico está constituido por “los armazones jurídicos que enmarcan la acción económica del poder”. Definición elaborada con un criterio, a la vez, demasiado amplio y demasiado estrecho.³⁶

Ese criterio es demasiado amplio, porque la acción económica del poder estatal no es un dato específico de nuestra época. La intervención económica del Estado es un dato permanente de la historia. El papel económico del Estado es una constante histórica. El poder político, desde siempre, ha tratado de apropiarse del poder económico o, al menos, ha intentado regentar la vida económica. Por eso es difícil comprender, en esas condiciones, que el derecho económico no existiese antes.

Pero, por otra parte, el criterio que Chenot ha propuesto es a la vez demasiado estrecho. La acción económica del poder del Estado la intervención estatal no agota el contenido del derecho económico.

Efectivamente, la democracia liberal estuvo fundada, durante siglo y medio, en el principio de la separación de lo político y de lo económico. Después de la primera pero, sobre todo, de la Segunda Guerra Mundial, ese principio es puesto en duda en todas partes. El derecho, a la zaga de los hechos sociales, registra y consagra un doble movimiento de infiltración. Por un lado, lo económico penetra en el campo político; los poderes económicos asedian e invaden el poder político, intentando influir en sus decisiones y captar sus favores. Surge imperativa la necesidad de organizar e institucionalizar su participación en el poder. Por otro lado, a la inversa, lo político penetra también en lo económico, intentando dirigirlo u orientarlo, tratando de defender la soberanía nacional contra el ataque de los intereses económicos. La intervención económica del Estado no representa sino uno de los dos aspectos del problema y no da cuenta de todos los elementos del derecho económico.

³⁵ Cfr., R. Savy, *op. cit.*, p. 61.

³⁶ Cfr., B. Chenot, *op. cit.*, p. 7.

16. En cuanto al problema de la autonomía de este nuevo derecho, somos de opinión que está subordinado al arduo problema de la definición, puesto que es a partir de la noción misma de derecho público económico que se podrían desprender los elementos de su particularismo o de su autonomía.

Definiendo ese nuevo derecho como el derecho de las intervenciones administrativas, por medio de técnicas tomadas esencialmente del derecho administrativo y bajo el control del juez administrativo, lo único que se está haciendo es integrarlo al derecho administrativo, asignándole sin embargo un lugar particular. Pero es innegable que el derecho público económico no se reduce exclusivamente al derecho administrativo económico.

Al presentar el derecho público económico como el punto de encuentro de las técnicas de derecho público y del derecho macroeconómico, se desea oponerlo al derecho privado económico, punto de intersección de las técnicas de derecho privado y del derecho microeconómico, en el seno de un derecho económico con fronteras aún indeterminadas y con un contenido impreciso.

El profesor B. Chenot en su obra "Organisation économique de l'État", sin pronunciar el nombre realizó una obra de derecho público económico.³⁷ Encontramos en ella una presentación de conjunto de la materia, tanto en sus elementos constitucionales como en sus elementos administrativos, analizando sucesivamente la constitución económica y la administración económica. Tal presentación sólo implica una cosa: la imposibilidad de colocar la materia dentro de los marcos del derecho constitucional o del derecho administrativo tomados separadamente, y la necesidad de hacer del derecho económico, en esas circunstancias, una rama propia del derecho público. Pero tal autonomía que va más allá de un simple particularismo, no ha sido, sin embargo, todavía demostrada.

17. Se presenta todavía la posibilidad de un nuevo enfoque. Veamos si por medio de la determinación del criterio y del objeto del derecho económico, se logra la noción del mismo, antes de precisar su grado de autonomía. Sólo la definición de su criterio permitirá delimitar sobre una base lógica el objeto del derecho nuevo.

Hay una constatación muy sencilla que hacer para empezar. Aunque las intervenciones económicas del Estado sean una "cons-

³⁷ Dicha obra fue publicada, en su segunda edición, en París, en 1965 por Dalloz.

tante de la historia”, aunque siempre hayan existido en diversos grados y bajo formas diferentes, la doctrina, en general, atribuye al derecho económico una fecha de nacimiento muy reciente.

En el caso particular de Francia, el final de la Primera Guerra Mundial, las intervenciones del periodo entre las dos guerras mundiales y el dirigismo de guerra, no representan sino la herencia que el derecho nuevo encuentra en su nacimiento.

Para el profesor Savy, el nacimiento del derecho económico está situado hacia 1930 para las sociedades industriales de tradición liberal.³⁸

Esa ubicación en el tiempo y en el espacio se explica por una misma y única razón. Fue durante el periodo transcurrido entre las dos guerras mundiales cuando la idea de la democracia económica recibió un principio de consagración constitucional en Europa (constitución soviética, de la república de Weimar, etcétera, para sólo citar las más importantes), y más tarde ese movimiento se amplifica por las crisis económicas de 1929 y 1930. En Francia, no es sino hasta 1946, cuando la Constitución de la IV República admite a su vez los principios de la democracia económica. El caso de México, dentro de este cuadro, resulta muy particular, porque si bien muy tempranamente desde 1917 su Constitución política vigente incorpora los presupuestos constitucionales de la democracia económica y se inicia un fuerte desarrollo de un verdadero derecho económico innominado no posee una sistematización legislativa particular y carece notablemente de atención por parte de una doctrina más bien ocupada en las ramas tradicionales y en el campo del derecho social, ese sí objeto de preocupación específica por parte de los juristas.³⁹

A título de ejemplo, en Francia la consagración ha sido completa, al menos en el plano de los principios. Las nuevas disposiciones constitucionales de contenido económico que van a dar nacimiento al derecho económico están todas inspiradas en la idea de democracia económica. Es el caso de las nacionalizaciones de los grandes medios de producción. Es el caso del Consejo Económico, una de las cuatro asambleas constitucionales, no como un elemento más en un sistema de frenos y contrapesos, sino como la institución llamada a completar la democracia política por una democracia económica y social. Es el caso de la planificación eco-

³⁸ Cfr., R. Savy, *op. cit.*, p. 82.

³⁹ Cfr., Héctor Cuadra, *Las relaciones entre el desarrollo socioeconómico en México y el desenvolvimiento del derecho*, “Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado”, UNAM, México, 1971, pp. 45 y ss.

nómica que constituye un medio de poner y de organizar la economía al servicio de la democracia económica.⁴⁰

Así pues, en los países occidentales, es la democracia económica la que traza una línea de demarcación irreversible entre las intervenciones económicas tradicionales y el intervencionismo económico nuevo. Las primeras no eran sino excepciones a la regla de la separación de lo político y de lo económico, regla que constituía la base de la democracia política y abstencionista. El intervencionismo moderno representa una acción y una organización sistemáticas, racionales y coherentes con el fin de realizar la democracia económica. La diferencia no es sólo cuantitativa, sino también cualitativa.

Esta marcha general hacia la democracia económica no ha sido ni uniforme, ni convergente. Parte de una misma reacción contra las consecuencias inicuas de la democracia política, fundada en una misma aspiración a la liberación del individuo de las necesidades y de la servidumbre económica, se escindió en dos corrientes.

Una de ellas se propone simplemente completar la democracia política, prolongándola al plano económico. La otra trata de superarla, realizando la democracia económica total en la que el hombre, usando a voluntad los bienes colectivos, según sus necesidades, se liberaría de una condición humana varias veces milenaria que impone el ganarse el pan con el sudor de la frente. Al este como al occidente, la búsqueda de la democracia económica implica la transformación o la adaptación de la organización y de la acción del Estado. El derecho económico pretende ser la traducción jurídica de esa necesidad.

18. El criterio de la democracia económica determinará, entre las reglas de organización y de acción económicas del Estado, cuáles son las que pertenecen al objeto del derecho económico.

La acción económica del Estado es extremadamente variada. Se deben hacer distinciones para delimitar el campo del derecho económico, e impedir darle una extensión indefinida evitando la ruptura de su unidad. Recordemos cómo el profesor Laubadere distinguió así entre las acciones sobre la economía y las intervenciones directas en la economía, y su afirmación de que son estas últimas las que constituyen "principalmente" el objeto del derecho económico.⁴¹ Ello es reconocer con fineza la dificultad de efectuar un inventario preciso y completo de las intervenciones que entran

⁴⁰ Cfr. François Perroux, *Le IV Plan français*, "Que sais-je?", num. 1021, Paris, 127 pp.

⁴¹ Cfr., A. de Laubadere, *Droit public économique*, p. 12.

dentro del campo del derecho nuevo. No podría ser de otra manera en vista de que la distinción se hace sobre una base más bien empírica.

Tampoco resulta operativa la distinción de las normas con fin económico y las normas con objeto económico. Es extremadamente difícil, sobre todo en materia económica, disociar el objeto del fin, a menos de recurrir a sutilezas que arruinan la solidez de tal construcción.

Por otra parte, no toda acción económica del Estado depende necesariamente del derecho público. Para no tomar sino un ejemplo, la reorganización de la propiedad de la tierra puede pertenecer tanto al derecho civil, como al derecho rural y al mismo derecho administrativo. No todos los sistemas jurídicos conocen, como el mexicano, una regulación muy particular de este fenómeno, basado en un programa político de reorganización agraria sustentado en principios constitucionales que le dan jerarquía absoluta de principio de orden público.

El criterio de la democracia económica permitiría determinar las acciones económicas del Estado que dependen del derecho público económico. Se tratará de acciones que tienden a la realización de los objetivos de la democracia económica. Para los Estados que preconizan la concepción socialista de la democracia económica, esos objetivos son, al menos en una primera fase, la supresión de la explotación económica del hombre por el hombre, gracias a la apropiación colectiva de los medios de producción y gracias a la participación más o menos directa de los trabajadores en la gestión de la economía, gestión además planificada de manera más o menos rígida. Para los Estados partidarios de la concepción liberal de la democracia económica, esos objetivos han de ser particularmente el desarrollo económico que permita mejorar el bienestar y garantizar la seguridad económica, por una parte, y la participación de todas las fuerzas vivas de la nación en el poder económico, por la otra, lo que limitaría correlativamente la influencia de las grandes fuerzas económicas.⁴²

Las estructuras económicas del Estado no se sitúan únicamente

⁴² Para la corriente de opinión general del pensamiento jurídico latinoamericano, sería el concepto de "desarrollo económico" el verdadero criterio central de la democracia económica que permitiría ubicar la materia objeto del derecho económico. Algunos autores en particular denominan al derecho económico como el derecho del desarrollo económico, sin aportar más datos de especificación, de ahí que se llegase a decir que la misma realidad jurídica contemplada en general por el derecho económico, comportando algunas peculiaridades en los países en desarrollo, podría designarse más bien como derecho del desarrollo. Ver parte I, núm. 3 de este trabajo.

al nivel de la organización administrativa. Se las encuentra igualmente al nivel de los órganos constitucionales. La introducción de la democracia económica provoca la adaptación de las estructuras existentes o la creación de órganos nuevos (por ejemplo, los organismos de la planeación económica). De igual manera la representación de las fuerzas económicas en el seno del poder político o ante la administración pública trae aparejada la aparición de estructuras variadas de representación económica. La misma administración del Estado tiene que reestructurarse para hacer frente a sus nuevas atribuciones y a su nueva misión.

Visto así el problema, el objeto del derecho económico es estudiar la organización y la acción económica del Estado tendiente a la realización de los objetivos de la democracia económica, tal y como son fijados por los poderes públicos.

VII. ¿AUTONOMÍA RELATIVA Y DISCIPLINA DIDÁCTICAMENTE AUTÓNOMA?

19. Corresponde ahora, con este nuevo intento de definición del derecho económico, hacer las observaciones pertinentes sobre el problema de la autonomía científica. Pero habremos de distinguir, para tratar de responder, entre autonomía absoluta y autonomía relativa, por un lado, y enseñanza autónoma y rama autónoma, por el otro.

La autonomía absoluta puede ser comprendida en dos sentidos diferentes. Si se entiende en un sentido etimológico, la autonomía de un derecho significa que ese derecho encuentra su ley en sí mismo, y sólo en él. Que él se da a sí mismo esta ley. Gény había demostrado que tal autonomía no podía existir. Ningún derecho puede ser autónomo en ese sentido. Toda norma jurídica encuentra su principio fuera de sí misma, ya sea en las leyes naturales, o en las órdenes de una autoridad que se impone.

La autonomía absoluta de una rama del derecho puede comprenderse de otra manera. Significa que existe entre esta rama y las ramas vecinas una división neta, clara; que posee un campo absolutamente distinto y una técnica jurídica completamente diferente. Tal autonomía no existe tampoco. En sí el derecho es uno, y si se han realizado divisiones de él, ha sido con el sólo objeto de estudiarlo con orden y método. Todas las ramas del derecho forman parte de un mismo sistema y obedecen a los mismos principios fundamentales.⁴³

⁴³ Cfr., L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème. éd., vol. 1, pp. 702-713.

Luego, la autonomía no puede ser sino relativa. Esta relatividad caracteriza no solamente la distinción suprema entre el derecho público y el derecho privado, sino también las subdivisiones dentro de cada una de esas dos categorías.

Tratándose de la *summa divisio* (derecho público-derecho privado) desde hace mucho tiempo se ha admitido que no presentaba un absoluto rigor científico. La evolución respectiva de esas dos disciplinas ha transformado su relativa independencia en una interpenetración creciente. La separación, por otra parte, no tenía originalmente sino una ambición modesta: realizar una distinción formal y no una diferenciación cualitativa.

En cuanto a la división interna de cada categoría, la relatividad sería aun mayor. Esta constatación no es nueva. Para sólo hablar del derecho público, es conocido que el derecho constitucional y el derecho administrativo, por ejemplo, conocen de múltiples interferencias. La demarcación entre ellos no es tajante y su definición es más didáctica que lógica.⁴⁴

El derecho económico no puede pretender sino una autonomía relativa, en vista de que particularmente su campo se extiende a varias ramas del derecho público.

20. Pero la autonomía relativa tiene a su vez dos grados. En el grado superior, es una rama autónoma del derecho público, y en el grado inferior, es simplemente una enseñanza autónoma de derecho público. El derecho económico parece haber pasado el estadio inferior de la autonomía, sin alcanzar aún el nivel superior.

El derecho económico no se reduce ni al derecho constitucional, ni al derecho administrativo. Con relación al derecho administrativo, su originalidad ha sido analizada multitud de veces. Nada menos, A. de Laubadere ha enumerado “numerosos e impresionantes elementos de particularismo”. Las reglas y hasta las definiciones del derecho administrativo común conocen en este sector ciertas adaptaciones y son a veces hasta ignoradas; el principio de la igualdad de los administrados, la teoría de los cambios de circunstancias, la responsabilidad del poder público.⁴⁵ El particularismo del recurso por exceso de poder francés, a propósito del intervencionismo económico, ya había sido señalado hace algún tiempo, así como el de la responsabilidad pública a propósito del mismo intervencionismo.⁴⁶ Su peculiaridad, aunque con otra

⁴⁴ Cfr., Georges Vedel, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Paris, 1961, pp. 5-6.

⁴⁵ Cfr., A. de Laubadere, *L'administration de l'économie*, p. 476.

⁴⁶ Cfr., J. de Soto, *Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique*, “Études et documents du Conseil d'État”, Paris, 1952, pp. 64 y ss.

orientación, en el sector de las empresas públicas (industriales y comerciales) es particularmente significativo en el sector de la planificación.

Con relación al derecho constitucional, la originalidad no es menor. Tomando el ejemplo del Consejo Económico y Social francés, éste garantiza una representación económica ignorada por la concepción tradicional de la representación política que está fundada en el principio de la soberanía nacional. La elaboración del plan económico respectivo difiere fundamentalmente de la elaboración legislativa ordinaria.⁴⁷ Sabemos de sobra que la noción misma de derechos económicos y sociales no tiene el mismo fundamento que la de las libertades públicas tradicionales. Éstas son en el fondo técnicas jurídicas de protección del individuo contra el Estado, en tanto que aquéllos consagran las obligaciones positivas del Estado frente al individuo. Unas postulan la abstención del Estado, en tanto que las otras implican su intervención.⁴⁸

Frente a esos numerosos e importantes elementos de particularismo, ampliamente suficientes para justificar una enseñanza autónoma, la única objeción que se les puede enderezar es su falta de homogeneidad. Se trata en realidad de algo más que de una simple autonomía pedagógica; la idea es difusa, pero no puede ser establecida.

Justamente, ese elemento unificador vendría a ser el criterio de la democracia económica. Él explica muchas particularidades del derecho económico. Las necesidades del desarrollo económico, uno de los objetivos de la democracia económica, explican la búsqueda de la eficiencia y de la rentabilidad por las empresas públicas y, por consiguiente, su atracción por el derecho privado, es decir, por la gestión próxima a la administración privada. Dichas necesidades del desarrollo explican también la transferencia de las competencias económicas del parlamento tradicional al ejecutivo, mejor provisto para actuar en el campo económico.

Esa peculiaridad y esa unidad de inspiración no parecen ser suficientes para constituir al derecho económico en rama autónoma del derecho público. ¿Se puede sostener válidamente que las atribuciones económicas del Estado-providencia son de naturaleza diferente de las atribuciones políticas y administrativas del Estado-gendarme y, por consiguiente, justificarían tal autonomía? Carré de Malberg ya había rechazado tal interpretación: "... es

⁴⁷ Cfr., F. Perroux, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

⁴⁸ Héctor Cuadra, *La proyección internacional de los derechos humanos*, UNAM, México, 1970, pp. 120 y ss.

correcto sostener que el Estado está facultado para reivindicar para sí todas las atribuciones que responden a una necesidad o a una utilidad nacionales . . . Para mayor abundamiento, el problema de las tareas del Estado no es de ninguna manera una cuestión jurídica, sino un problema que depende de la ciencia política”.⁴⁹

¿Se podría pretender razonadamente que el derecho económico, derecho de la democracia económica, tuviese un fundamento netamente diferente del derecho constitucional y del derecho administrativo, expresión jurídica de la democracia política y, por consiguiente, fuese autónomo en relación con esas dos ramas? La idea parecería lógica si se considera —como lo hace Burdeau—⁵⁰ que las democracias económica y política descansan en éticas tan diferentes que parecen opuestas.

La antinomia, sin embargo, sería más aparente que real. La democracia económica, concebida por el poder público, puede y debe ser compatible y complementaria de la democracia política, ambos medios al servicio del mismo fin: el individuo.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

21. Una vez presentado el tema que nos propusimos desarrollar con los diversos enfoques y tendencias manifiestos en la polémica de una doctrina dividida, a veces, por cuestiones de mera forma, nos resta solamente formular algunas ideas que traducen las razones de nuestra inquietud por esta materia y que se resumen en una idea central: ver el inicio de un cultivo sistemático y serio de esta disciplina del derecho económico, en nuestro medio jurídico, que está demandando de nuestros estudiosos de la ciencia del derecho una consideración particular y sostenida.

Este trabajo tuvo la limitación voluntaria de concentrarse —para evitar la dispersión— en torno únicamente del concepto, del objeto y la ubicación del derecho económico sin evocar el problema de sus contenidos. Tema este último que será objeto, sin duda alguna, de estudios específicos por nosotros mismos o por alguien más familiarizado con la problemática que ofrece el derecho económico.

22. Después de la Primera Guerra Mundial, por factores debidos al desajuste social que el conflicto generó y a las nuevas circunstancias políticas emergentes, se manifiestan de una manera generalizada, una serie de hechos importantes que tienen su expresión

⁴⁹ Cfr., Carré de Malberg, *Contribution a la théorie de l'État*, vol. I, pp. 261-262.

⁵⁰ Cfr., Georges Burdeau, *Libertés Publiques*, Paris, 1960, p. 27.

en fenómenos jurídicos inéditos como las diversas modalidades de la socialización de la propiedad, las reformas agrarias, el control de precios, las moratorias para ciertas categorías de deudores, el control de los alquileres, el control de los cambios, los contratos colectivos de trabajo, en fin la intervención del Estado para regular los procesos económicos globales en función de un criterio y de un objeto políticos, a saber, el logro de la democracia económica. Conjunto de normas jurídicas que surgen abundantemente presentando, desde el principio, un sinnúmero de problemas para su sistematización.

Era perfectamente observable que esas disposiciones revestían características semejantes —como dice Cottely—⁵¹ referidas a la disciplina de situaciones económicas. Su lugar en los sistemas jurídicos de la época, no estaba bien definido. Surge así espontáneamente la denominación de “derecho económico” para agrupar dichas normas bajo una única disciplina, resultando más fácil crear el nuevo concepto que delimitar su contenido.

23. En razón de la colectivización de los bienes de producción y del carácter obligatorio de la planificación económica, el derecho económico presenta una mayor coherencia formal en los países socialistas. Aquí el derecho económico constituye una de las principales disciplinas de las ciencias jurídicas y de las materias de la enseñanza del derecho. La razón de ello es la de ser un derecho surgido de una revolución pero, sin embargo, con las variantes concordantes con la propia evolución de las sociedades socialistas.

En los países occidentales, esa menor coherencia relativa del derecho económico es debida, en gran parte, a que la síntesis necesaria a cualquier sistematización de principio no esté directamente sugerida por el derecho positivo. De ahí que tengamos que proceder —en el análisis de los sistemas jurídicos concretos— a la localización de aquellas reglas jurídicas que correspondan al sector del derecho que es nuestro objeto de interés, sea un derecho económico nominado o innominado.

24. Por un afán tradicionalista, la doctrina —en lugar de atacarse con prioridad al problema del objeto del derecho económico, de su técnica propia, de su concepto y definición, en pocas palabras, de su especificidad distrajo buena parte de su atención tratando de resolver problemas de forma, de ubicación y de división relativa.

⁵¹ Cfr., Esteban Cottely, *Derecho Económico*, “El Trimestre Económico”, núm. 109, enero-marzo 1961 México, FCE, p. 25.

La peculiar simbiosis de derecho y economía trastornaba —al constituirse en un fenómeno jurídico particular en el que la intervención del Estado era un elemento que venía a añadirse y complicar sus perfiles propios— la división tradicional que se hacía de las diversas disciplinas jurídicas. Ello constituyó motivo de confusión y discusión hasta que, a fuer de análisis, se percibió claramente el surgimiento —por cierto, incoherente y disperso en diversas disciplinas tradicionales— de una serie de normas jurídicas muy particulares que teniendo un objeto propio y obedeciendo a un criterio uniforme podrían empezar a agruparse en torno a un concepto unificador —el derecho económico— independientemente de la ausencia de su sistematización legislativa.

La creciente e incontenible actividad del Estado de nuestra época en la vida económica, en la regulación y control de todas las actividades económicas por los diversos sectores sociales y sus intensas y determinantes relaciones económicas internacionales, han hecho que este sector del derecho moderno se nos presente como uno de los más importantes y de mayores posibilidades de expansión. De ahí la necesidad de un mayor interés en el esfuerzo conjunto de los estudiosos de la ciencia jurídica, de los hacedores de la ley y de los encargados de su aplicación para incorporar en su tratamiento y análisis, bases comunes de entendimiento para su mayor coherencia científica.