

# *II. Rasgos doctrinales del derecho económico*

---

## **INTRODUCCIÓN**

---

Con la emergencia temporal de los modelos neoliberales, las críticas y los cuestionamientos a las facultades de dirección y regulación económicas por parte del poder público, han acentuado la tesis de que el derecho económico como disciplina está en vías de extinción.

Nada más distante de la realidad y pese a los esfuerzos privatistas y desregulatorios de los modelos vigentes, el derecho económico subsiste y se refuerza.

Esta persistencia, empero, no es gratuita. La iuseconomía busca el desarrollo económico como un medio para el bienestar del hombre, y los esfuerzos en tal sentido cobran cada día vigencia y plenitud. Las políticas públicas y los análisis económicos del derecho, no tienen espacio si se olvidan que la eficiencia y eficacia de una política económica sólo se conciben si aportan progreso y bienestar a las sociedades humanas en su conjunto.

Estos valores siguen como utopías posibles y sus creadores originales merecen ser rescatados de la tecnocracia en turno. A esa necesidad responden las siguientes reflexiones de rescate doctrinario del derecho económico de fin de siglo.

## **PRINCIPALES DOCTRINAS**

---

A pesar de que la literatura especializada es reciente, existen diferentes concepciones sobre el derecho económico. Autores como Moore agrupan las diferentes doctrinas sobre su concepción en dos grandes partes, una denominada determinación sociológica del concepto y otra denominada determinación técnico-jurídica del concepto, en donde agrupa a las concepciones más dispares.

Para tratadistas europeos como Hedemann, las concepciones del derecho económico se agrupan en: teorías colectivas, las que incluyen todas las regulaciones que no entran en las ramas jurídicas tradicionales; teorías objetivas, que lo determinan por la materia que forma su objeto; y las teorías cosmovisionistas que ven en él una manifestación de los tiempos.

En tanto, Esteban Cottely clasifica las doctrinas en escuelas de método formal (utilitario) y escuelas de método analítico (filosófico). Antonio Polo las ordena según la amplitud de su visión en las del concepto restringido y en aquellas otras que adoptan un punto de vista más amplio. Modesto Carvalhosa, en su notable obra *Direito económico*, las divide en escuelas: dogmática, integral, autónoma, indefinida en cuanto al método, derecho de la empresa administrativa de la economía, de las comunidades económicas, del desarrollo, teológica y negativista.

La falta de unanimidad en la clasificación de las distintas corrientes se origina en la dificultad de agruparlas de una manera más sistemática; y ello se debe a que una buena cantidad de los autores no se preocupó por exponer de forma concatenada sus ideas. Así, muchos textos, aun los contemporáneos, tratan de las más variadas cuestiones, que van desde el método aplicable hasta la ideología política que ha de privar, pasando por una enumeración de dispositivos con expresión económica.

Pero lo que debe buscarse es el contenido, pues ya al hablar de las relaciones entre derecho y economía señalamos la estrecha unión que existe entre ellos, aunque igualmente afirmamos que de ninguna manera todas las normas poseen contenido económico. Ahora vamos más allá; todas las normas que tengan un contenido económico pertenecen al derecho económico, siempre que guarden unidad en torno a la regulación de la actividad económica. Esa unidad es la que da connotación iuseconómica al derecho. “La actividad administrativa tampoco es una noción jurídica; sin embargo, nadie discute la unidad e independencia del derecho que la tiene por objeto”.<sup>18</sup>

En un esfuerzo de clasificación nos permitimos ordenar las doctrinas en genéricas y técnicas. Dentro de las primeras situamos a aquellas que dan una concepción global y amplia, sin llegar a precisar su autonomía e independencia como rama especializada. Las técnicas dan un concepto concreto.

Doctrinas:

### 1. Genéricas

- Primitiva
- Del método sociológico-jurídico
- Determinación utópica

### 2. Técnicas

- Diferenciación por el objeto
- Determinación por el sujeto de la norma
- Determinación por el sentido
- Diferenciación por el marco institucional
  - a) Subordinación a un sistema de bienes
  - b) Derecho de la comunidad
- Vinculación

<sup>18</sup> Daniel Moore Merino, *Derecho económico*, Jurídica, Santiago de Chile, 1982, p. 144.

## Doctrina primitiva

El representante más importante de esta escuela es, indudablemente, el jurista Justus Wilhelm Hedemann. Esta doctrina tiene su comienzo en el *interregno* entre las dos grandes guerras, periodo donde la delimitación académica y la nueva técnica del derecho económico alcanzó su etapa de mayor aceptación. Era el ciclo de adolescencia del derecho y no era recomendable esbozar los límites de esta disciplina ni señalar el continente del concepto. El periodo de la legislación de emergencia hacía difícil detenerse a elucubrar la doctrina y el fundamento del derecho económico.<sup>19</sup>

La permanente discusión metodológica de codificar una rama o dejarla dispersa para su mayor desarrollo se había trasladado a la preocupación de delimitar su concepto.

Para Hedemann, en su primera etapa hacia 1922, el derecho económico es una simple manera de enfocar y apreciar los problemas jurídicos de la época; es el ordenamiento jurídico fundado sobre consideraciones y motivaciones de naturaleza económica actual. Posteriormente, hacia 1939, al publicar la segunda edición de su obra, expresa que éste viene a ser el derecho de la economía política, con lo cual propone una nueva concepción que lo lleva, incluso, a ubicarse en otra posición que estudiaremos en otra corriente.

La contribución más interesante de la doctrina primitiva es la explicación científica de las normas que generó la emergencia de la guerra. Por primera vez trató importantes figuras iuseconómicas, como regulación de precios, asignación y permisos, y reconoció que la investigación y el análisis jurídico habían prestado atención absorbente al aspecto formal de las normas, dejando a un lado la auscultación de la realidad, de los factores materiales.

Hans Kelsen y su gran aporte doctrinario al análisis de la norma influyeron decididamente en esta consideración. El derecho económico, en tanto, procuraba que el interés se dirigiese al plano de la realidad nacional.

La comprensión del contexto histórico en el cual surgió esta corriente no explica la moderada solidez del concepto y sí más bien lo singular de sus figuras iuseconómicas. La gran contribución de la doctrina primitiva es el impulso que dio el derecho económico, así como el nuevo método de la investigación jurídica: el del examen de la realidad social en la formulación de la iuseconomía. Éste es el aporte más destacado del pensamiento de Hedemann, sobre el cual volveremos posteriormente, pues, como bien apunta García Máynez, “El problema que debe preocupar al jurista no es el enteramente inútil de la definición del derecho, sino el que consiste en saber cómo podemos distinguir, desde el punto de vista del contenido, un sistema jurídico nacional (necesariamente individual) de otros conjuntos individuales de normas.”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Justus Wilhelm Hedemann, “La evolución del derecho económico”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 35, núm. 415, 1951.

<sup>20</sup> Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1978, p. 87.

## Doctrina del método sociológico-jurídico

---

Los principales representantes de esta corriente son Rump, Kronstein, Westhoff, Geiler y Nipperdey. Alcanzaron resonancia como iuseconomistas durante el decenio de los años veinte en Alemania, conjuntamente con el citado Hedemann.

Esta doctrina conceptúa el derecho económico como resultado de la aplicación de un método a la vida económica. O lo que es lo mismo, el derecho económico como efecto de una técnica de método.

Para estos tratadistas, esta rama jurídica "no es sino el resultado de la aplicación del método sociológico-jurídico a los dominios del derecho que afectan la vida económica, o lo que es igual, el derecho actual examinado a través de perspectivas económicas".<sup>21</sup> La especialidad no tiene, para esta doctrina, un fundamento científico y por tanto su delimitación conceptual está referida al resultado que se obtenga de la aplicación de un método, el método sociológico-jurídico.

Esta doctrina, desarrollada en una época larvaria bajo la influencia del pensamiento de Hedemann, confunde la corriente del derecho como ciencia social, con el nacimiento de una nueva rama del derecho. Para ellos, el concepto derecho económico es más bien el derecho de estilo, de corte económico, que una rama especializada.

Así, consideran un derecho examinado a través de perspectivas económicas, más que un derecho especializado. Hay una confusión entre la ideología y el continente de una rama de la ciencia. La delimitación conceptual no se puede dar como resultado de lo que un método concluye. El método es un instrumento para una ciencia, en todo caso una de las formas de investigación científica de una disciplina; pero de ninguna manera contenido mismo de ella. El concepto del derecho económico no se agota en un método de análisis. Tiene vivencia y, por tanto, concepto independientemente de su método.<sup>22</sup>

El método sociológico-jurídico es una prueba de la existencia del derecho económico. Allí está su virtud y su propio límite. La aplicación del método sociológico-jurídico demuestra la existencia científica de esta rama; ésa es su virtud, pero al mismo tiempo evidencia su condición de instrumento que no puede delimitarlo conceptualmente, pues igual puede aplicarse a otras disciplinas especializadas, ése es su límite.

## Determinación utópica

---

Los seguidores de esta doctrina, a la que también se le conoce como determinación, por la inherencia con la economía, son Sinzheimer y Klaussing. Autores como Moore Merino señalan con el nombre propio de dichos juristas a la doctrina que

<sup>21</sup> Moore Merino, *op. cit.*, p. 28.

<sup>22</sup> Jorge Witker, *Técnicas de investigación jurídica*, McGraw-Hill, México, 1996.

nosotros nos permitimos denominar determinación utópica, y que Darío Munera Arango llama concepción mixta.

Señala Sinzheimer que la misión y destino del derecho económico es regular y normar las relaciones producidas por una nueva economía. La economía, para este autor, ofrece una nueva forma de vincular jurídicamente a las personas con el Estado.<sup>23</sup>

Cuando quedó atrás el régimen de la libre concurrencia en la economía y surgieron nuevas regulaciones económicas, se planteó la necesidad de un derecho especializado: el derecho económico.

Tanto Sinzheimer como Klaussing asignan al derecho económico la misión de encontrar para el sistema de la economía actual un normalizador que supere la estructura de la espontánea regulación del sistema de libre mercado. Con más detalle el primero, piensa en el futuro en un sistema común o colectivo de la economía como tipo ideal; de allí que afirmamos su carácter utópico. Considera que las personas son funcionarios que ejecutan una voluntad común que está sobre ellas y en la cual no actúan solamente para sí, sino para un todo.

## Diferenciación por el objeto

Juan B. Siburu, a quien podemos considerar como uno de los primeros iuseconomistas de Latinoamérica, es el representante de esta doctrina. El profesor argentino esboza, hacia 1933, el concepto del derecho económico.

Esta teoría, como las que posteriormente iremos detallando —sin que exista orden de subordinación o de prelación—, presenta el derecho económico como una auténtica rama especializada.

Siburu indica que existen hechos sociales normados por el derecho, que tienen un contenido económico. Esta característica requiere una legislación especializada que responda a la realidad objetiva de las cosas y no una legislación que sólo atienda a su aspecto jurídico, olvidando el aspecto económico como acontece con la legislación común.

Dentro de esta corriente también debe mencionarse a Miguel Herrera, quien conceptúa el derecho económico como “el conjunto de conductas jurídicas que establecen relaciones entre lo comercial y lo fiscal estadual”.<sup>24</sup>

Así concebido el derecho económico, tiene tantas divisiones como las hay en el clásico proceso económico; es decir, un derecho económico de la producción, otro de la distribución, de la circulación y otro del consumo. Igual concepción mantiene Guillermo Cabanellas en su diccionario, cuando afirma que el derecho económico regula “las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza”.<sup>25</sup> Cada una de estas etapas del proceso

<sup>23</sup> Darío Munera Arango, *El derecho económico*, p. 34.

<sup>24</sup> Miguel Herrera Figueroa, “Derecho económico y sociología”, *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia, Medellín, vol. 19, núm. 58, septiembre, 1960, p. 343.

<sup>25</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario del derecho usual*, Lima, 1985, t. II, p. 649.

económico, que a su vez vendrían a ser divisiones de este derecho, se sirve de otras ramas, como el derecho de trabajo e industrial, en la producción; el derecho tributario, en la distribución; el derecho mercantil, en la circulación; y, las ramas más variadas, en el consumo. Lo que significa la presencia de una gama de otras disciplinas en la elaboración del derecho económico, no ya como ramas conexas sino sustanciales. Además, la clásica división del proceso económico adoptada de J.B. Say es actualmente incompleta, pues el pensamiento moderno incluye a la inversión como una etapa más.

Autores como Olivera y Moore critican a Siburu —aun cuando es indudable su aporte a la claridad de la iuseconomía— porque “... si bien ofrece la ventaja de la nitidez con que se determina su individualidad en el sistema jurídico, no es menos cierto que adolece del inconveniente de asociar y reunir en una misma especialidad, material jurídico extremadamente heterogéneo...”<sup>26</sup>

En Alemania encontramos los representantes más sólidos de esta doctrina, como Krause, quien lo define como el “conjunto de preceptos en los cuales encuentra su expresión jurídica la vinculación de la economía a la comunidad nacional”. Junto a él, Gieseke, Köttgen y Merkel lo conciben como el derecho de la dirección de la economía. Asienten que la orientación de la economía se proyecta sobre las más importantes esferas y concretamente sobre la economía de la alimentación, vestido, construcción, hierro, metales, materias primas, energías, tráfico; dinero, etcétera. Dentro de estas esferas, la dirección económica, de acuerdo con los puntos de vista de la economía total, debe encauzar la total aportación económica de los grupos profesionales que actúan separadamente. Se forma así un derecho de la autoadministración económica.

El pensamiento de Merkel se puede resumir sobre lo que ha de ser objeto del nuevo derecho. Primordialmente la dirección de la economía, proyectada sobre las más importantes esferas de la actividad creadora y distribuidora de riquezas; pues esta dirección se ha de hacer desde el punto de vista de la economía entera. Pero sometidas a esa dirección y actuando en consideración a los intereses de toda la economía, las diferentes actividades económicas han de disfrutar del poder de dirigirse a sí mismas.<sup>27</sup>

Un planteamiento interesante es el del autor brasileño De Queiroz Nogueira, quien considera “el derecho económico como la rama del derecho cuyas normas y principios tienen por objeto la organización, disciplina y control de las actividades económicas del Estado y de emprendimientos privados en lo tocante a la producción, a la circulación y al consumo de las riquezas tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional”.<sup>28</sup> Ésta es una definición pristina y que encuadra la disciplina como reguladora del proceso económico.

<sup>26</sup> Moore Merino, *op. cit.*, p. 29.

<sup>27</sup> Munera Arango, *op. cit.*, p. 138.

<sup>28</sup> De Queiroz Nogueira, *op. cit.*, p. 27.

## Determinación por el sujeto de la norma

Esta corriente define el derecho económico según el sujeto principal de su relación jurídica, considera al efecto la empresa en todas sus dimensiones. Así, afirma que el sujeto de las regulaciones jurídicas en cualquier economía es la unidad productiva.

Los sostenedores de este planteamiento son los alemanes Kaskel y Lehmann, el francés F. de Kiraly y, el más representativo de ellos, Hug.

Con el mismo propósito de adaptar el derecho económico a una economía que supere los principios del liberalismo, pero en su aspecto específico de la libre empresa, surge el planteamiento de Lorenzo Mossa.

El maestro de la Universidad de Pisa, quien marca el hito final de los iuseconomistas del decenio de 1920, pues escribe su obra hacia 1930, conceptúa el derecho económico como el derecho de la economía organizada, pero limitado a regular y controlar la vida de las empresas, sus uniones y conglomerados en cuanto dirigidas a alcanzar el dominio del mercado.<sup>29</sup> Mossa concibe el derecho económico, tal como lo hacen también Sinzheimer y Klaussing, en tanto derecho subordinado a la economía; pues en un principio el derecho regulaba las situaciones que originaba el liberalismo, ahora, como fruto de los cambios, el derecho económico alcanza su propio contenido —cuando no hasta su propia existencia— en cuanto sea un eficaz regulador de una economía antiliberalista u organizada.

El suizo Hug coloca a la empresa en el centro del mundo jurídico: “considera como derecho económico todas las normas de derecho público y privado que disciplinan (*rectius*, disciplina) la existencia y la actividad de las empresas económicas...”<sup>30</sup> Centra la delimitación conceptual del derecho en la empresa. El sujeto de esta disciplina está dado por la empresa y las relaciones que se suscitan en ella, tanto en su proceso de gestión, como en los actos jurídicos por los que se manifiesta el ejercicio de ese ente frente a terceros. Vale decir, el derecho económico legisla y se orienta al universo de la empresa en tanto persona jurídica, en la acepción del derecho, y en cuanto acumuladora de capital y control, en su sentido económico. Kiraly estima que la empresa debe constituir el punto de partida de esta rama.

Moore y Olivera critican a Hug; el último afirma que “[...]es preciso advertir que el sujeto del derecho económico no se agota en la empresa. Importantes esferas del derecho económico, v. gr., el régimen de las locaciones, obligan primariamente a no empresas”.<sup>31</sup>

Kaskel imagina esta rama como el derecho de la gestión y dirección de la empresa industrial y lo identifica sustancialmente —como bien señala Munera Arango— con el derecho mercantil. De esa manera lo insinúa como un derecho del

<sup>29</sup> L. Mossa, *Principios de derecho económico*, Madrid, 1955.

<sup>30</sup> Enrique Aimone Gibson, “Concepto y contenido del derecho público económico”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 32, núm. 128, Chile, 1964, p. 143.

<sup>31</sup> Julio Olivera, *Derecho económico*, Aragón, Buenos Aires, 1954, p. 9.

empresario frente al derecho del trabajador que vendría a ser un derecho de clase, propiciando una configuración clasista de ambos ordenamientos.

Kiraly adopta una concepción más amplia. A nuestro modo de ver, dice, para dar una definición del derecho económico es preciso reunir los elementos de la teoría objetiva y de la que sólo ve un método en él. Combinándolos e inspirándolos en las instituciones de la economía, comprenderemos por derecho económico la recapitulación verificada metódicamente bajo la influencia del espíritu económico contemporáneo de las reglas iuseconómicas que reglamentan la producción y el funcionamiento de las empresas.

Nos permitimos incluir dentro de esta corriente a Joaquín Garrigues, pues esta rama, según él, impondrá sus normas en un doble sector: el de la organización de los productores, empresarios, técnicos y obreros fuera de sus respectivas empresas, y el de la organización de los elementos de la producción en la empresa misma.<sup>32</sup>

Esta concepción da carácter iuseconómico a dispositivos laborales y mercantiles. La determinación por el sujeto es una teoría válida parcialmente, pues se refiere a un sujeto importante de la economía, pero únicamente a él.

Wurdinger, criticando estas doctrinas, se pronuncia por el mantenimiento de la separación entre derecho mercantil y económico, y afirma que el derecho económico debe responder a la cuestión de si puede actuar el empresario y en qué medida, mientras que el derecho mercantil debe ofrecer las formas jurídicas para la realización de esta actividad.<sup>33</sup>

## Determinación por el sentido

---

Esta concepción da un contenido político a la iuseconomía. Su concepto se basa en el significado general de las normas, en la orientación general de las leyes y disposiciones administrativas y hasta en el fondo ideológico-político que las inspira.

Otto Moenckmeier y Esteban Cottely, alemán el primero y húngaro el segundo, son los sostenedores de esta posición. Autores como Olivera incluyen al profesor suizo Julius George Lautner. A partir de 1935 Moenckmeier fundamenta sus principios iuseconómicos. El jurista húngaro lo hace en 1951. Otto Moenckmeier, influido por el nacionalsocialismo alemán de la pre-guerra, afirma que la política económica y el credo económico se relacionan para generar el derecho económico.

Es imposible, en opinión de Moenckmeier, separar las zonas de la política económica, el derecho económico y el credo económico, y determinar para cada una funciones y tareas especiales —señala Olivera, quien luego cita al autor—: “Aquí habla la vida, en la multiplicidad de sus revelaciones y en la cooperación de las funciones vitales, su propia lengua.”<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Munera Arango, *op. cit.*, p. 145.

<sup>33</sup> Moore Merino, *op. cit.*, p. 30.

<sup>34</sup> Julio Olivera, *op. cit.*, p. 10.

La visión de Moenckmeier es en realidad un signo externo del nacionalsocialismo y el ímpetu con que se manifiesta no es más que la fuerza con que también surgió esta ideología en contraposición a otra concepción que, establecida en 1917, incursionaba fuertemente en Europa. Para esta corriente son inseparables la política, el derecho y el credo. Juntos expresan todo el acontecer económico.

La política toma sobre sí la dirección de la economía, del modo que resulte necesario en interés de la situación política del pueblo. Pero aunque la política económica tiene la conducción activa en todas las zonas de la vida económica, otros impulsos vitales y fuerzas de conformación, en alianza con la política económica, crean con ella la forma de la economía nacional, sin ser únicamente una función de la política económica. Una de estas fuerzas de conformación es el derecho económico. A él incumbe la tarea especial de asegurar la esfera del derecho en el campo de la economía y eliminar de él la violencia y la arbitrariedad.<sup>35</sup>

Este planteamiento está basado exclusivamente en una ideología jurídico-política. Es decir, para Moenckmeier, como para el resto de seguidores de la teoría, incluyendo Cottely, las relaciones sociales presentan estamentos: un nivel económico, que es la infraestructura; un nivel jurídico-político y el ideológico, que son la superestructura. Este último nivel compuesto por dos aspectos refleja una nota común: ambos son ideologías, o lo que es más preciso: el nivel jurídico-político tiene función ideológica. Así, este planteamiento alcanza nitidez en su locución y postulación doctrinaria. Sin embargo, ésta es precisamente la objeción que puede enfrentarlo: pierde claridad y consistencia cuando afirma que el derecho económico recibe su misión de los eternos principios jurídicos.

Olivera lo critica:

El criterio de Moenckmeier, que aparece nítido cuando lo refiere a la 'seguridad y el orden', se oscurece luego definitivamente cuando, a modo de aclaración, afirma que "el derecho económico no regula las relaciones económicas como una suerte de policía jurídica para la conservación del orden, sino que recibe su misión de los eternos principios jurídicos que nacen de la voluntad de autoafirmación del pueblo".<sup>36</sup>

Como seguidor moderado de Moenckmeier, en estos días, podemos señalar al profesor Enrique Aimone G., quien denomina a esta especialidad derecho público económico y señala que "es aquella rama que tiende a establecer el orden público económico".<sup>37</sup>

Esteban Cottely también afirma que las ideologías sirven como apoyo o explican el contenido y sentido del derecho económico; pero va más allá cuando señala que no es el único fundamento, sino que hay otros valores como la justicia, la igualdad, la libertad, la equidad. Considera que la justicia no puede tomarse como único punto de referencia para el mundo jurídico; por lo tanto, para clasificar el

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>37</sup> Aimone Gibson, *op. cit.*, p. 145.

derecho hay que apoyarlo en un gran número de ideologías. La ideología económica inspiraría y conceptualizaría el derecho económico.

Cottely sigue en parte a Kelsen, en cuanto admite un derecho como pura norma coactiva, diferente a las ideologías que lo sustentan; pero apartándose en esto del filósofo vienés, otorga a la ideología posición intrasistemática. Señala el jurista húngaro: “La teoría pura del derecho nos indica el grandioso monumento de la ciencia jurídica; llenarlo con vida, con sentido práctico, únicamente pueden hacerlo las ideologías.”<sup>38</sup>

Olivera, criticándolo dice:

La ideología económica, de que se vale Cottely, por otra parte, no es un dato cierto, fácilmente reconocible, que permita distribuir de manera unívoca el contenido del derecho. Yace, al contrario, en el oscuro trasfondo de valoraciones donde la norma halla su génesis; valorizaciones no siempre declaradas, o declaradas con exactitud, en la manifestación normativa de voluntad, y no siempre inferibles de su texto.<sup>39</sup>

Cottely describe el contenido del derecho económico examinando cada una de las etapas del proceso económico como partes de esta rama especializada; en este análisis sigue el planteamiento del profesor argentino Siburu, quien puede haber ejercido influencia sobre él, pues Cottely esbozó su teoría durante su larga residencia en Argentina.

Podemos incluir dentro de esta corriente a Oyarzún. El profesor chileno enmarca el derecho económico dentro de un sentido socialista; apunta el concepto de esta rama como el “Conjunto de reglas fundamentales y generalmente obligatorias en el cuadro de las cuales se desarrolla un proceso —multiforme e imprevisible en detalle de producción y distribución socialista dirigidas en conformidad al plan...”<sup>40</sup> Esta opinión concibe la rama orientada a un sistema de planificación centrada y única.

## Diferenciación por el marco institucional

---

Algunos autores buscan diferenciar el derecho económico de otras ramas especializadas del derecho, en razón del marco institucional o actividad social que regula. Es decir, se trata de conceptualizar esta rama con base en la forma como regula y organiza una actividad específica de la sociedad para que llegue a los objetivos de bienestar.

Ésta es la corriente que tiene el mayor número de seguidores y que alcanza una mayor dimensión, así como más fundamentos para sostener la autonomía de la iuseconomía. Aun cuando muchos de ellos tienen diferencias en su delimitación, éstas son sólo de matices y no esenciales.

<sup>38</sup> Esteban Cottely, *La naturaleza y posición sistemática del derecho bancario*, Dinámica Social, Buenos Aires, 1951, p. 36.

<sup>39</sup> Julio Olivera, *op. cit.*, p. 11.

<sup>40</sup> Oyarzun G., *op. cit.*, p. 15.

Existen dos corrientes: la que condiciona el derecho económico a un determinado sistema de bienes; y la que lo configura como un derecho de la comunidad.

### **Subordinación a un sistema de bienes**

El segundo periodo de Hedemann, aquel del año 1939 cuando publica la segunda edición de su libro sobre *Derecho económico*, configura una posición nueva, pues lo concibe como el derecho de la economía política. Previendo que todo aquello que había escrito durante la gran conflagración mundial, para dar sustento teórico y explicación a la normativa jurídica, pudiera ser una manifestación hueca, señala: Lo que la guerra y la revolución han provocado es solamente una elevación en la masa del material económico, pero el derecho económico subsistirá terminada la guerra, por cuanto la existencia de ésta es accidental.

Son seguidores de esta teoría Hans Goldschmidt y su sobrino Roberto Goldschmidt, quien fue catedrático durante muchos años en la Universidad de Córdoba (Argentina). Junto a ellos podemos señalar de manera particular a Roberto Alemann y George Erlec. Esta corriente condiciona la especialidad a un determinado sistema económico, esto es al conjunto de principios que rigen el sistema de bienes en una comunidad.

La obra de Hedemann, que esboza esta corriente, está dividida en tres partes fundamentales: La primera examina las relaciones del Estado con la economía y reitera la posición rectora de aquél. La segunda examina la organización autónoma de la economía, así como la autodisciplina y autoadministración de las fuerzas económicas. La tercera parte del libro está dedicada a esa su primera posición, el derecho económico de la guerra.

El autor alemán señala que el derecho económico no se agota como derecho de la guerra y de la revolución. Es cierto que la mayoría de figuras y frutos provienen de las medidas urgentes de la guerra; pero es indudable que tienen validez en un mundo industrializado en el que se da un ingente predominio de la economía. Sería imperdonable desde el punto de vista científico, y nos llevaría a conclusiones falsas, apartar como expresiones de guerra a esa enorme masa de iuseconomía que se ha cristalizado y tomado cuerpo en miles de dispositivos legales, integrando un valioso y abundante derecho positivo en toda Europa.

Justificando la continuación de esos estudios y tal vez la permanencia de su instituto, el profesor Hedemann explica la vigencia, aun en época de paz y de reconstrucción, de la disciplina, a ella da preeminencia, destacando la conveniencia de la concentración económica manejada por el Estado.

El Estado que rige la economía —dice Hedemann— no sólo tiene súbditos, también la economía le está sometida. El Estado le consiente algunas libertades bajo el nombre de la autoadministración, igual que a los individuos, pero no por ello deja de estar sometida a él.

El planteamiento del profesor Hedemann marca el signo económico de nuestros tiempos y señala que el derecho económico es un simple estilo, una especial consideración o acento, que constituye el rasgo fundamental de una época caracte-

rizada y determinada por la preeminencia económica. Es, en definitiva, la penetración de lo económico que caracterizó a fines del siglo pasado y comienzos del presente a casi todas las ciencias sociales.

Olivera, comentando la teoría, afirma que la “prevalencia del aspecto económico es una idea fácilmente admisible para nuestra mentalidad contemporánea. Sin embargo, resulta difícil verificar concretamente su exactitud en el campo del derecho. No hay duda que una buena parte de las regulaciones sancionadas diariamente se proponen la solución de problemas económicos.

“Pero esto no vale decir que las consideraciones económicas tengan hoy un papel más importante que otrora en la formulación de las reglas jurídicas, esto es, que influyen con intensidad mayor en la determinación de su contenido.”<sup>41</sup>

Roberto Goldschmidt, siguiendo la obra *Derecho económico del Reich*, escrita por Hans Goldschmidt, hacia 1923, afirma que entre las diferentes doctrinas la más acertada es aquella “que limita este concepto al derecho de la economía organizada y, en particular, al derecho de la dirección de la economía y de las formas especiales de organización”.<sup>42</sup>

La vida económica, basada en la influencia de la libre empresa y la libertad contractual, ha sido ordenada sustancialmente con base en formas del derecho privado. El principio de la autonomía de la voluntad, de que el contrato es ley entre las partes, ha alcanzado caracteres de apotegma jurídico y se ha adoptado, luego, en casi todas las legislaciones del mundo, en su momento. Ahora la realidad es distinta. La esfera económica es invadida, cada vez más, como ya lo hemos señalado, por una agresiva intervención estatal. Frente a los nuevos acontecimientos hay ramas cada vez más especializadas del derecho para ordenar las diversas situaciones. Producto de estas transformaciones es el derecho económico, que corresponde “a una nueva faz del Estado social y, por lo tanto, el concepto del derecho económico debe fundarse en el hecho de la organización económica. En este sentido, puede incluirse en él la organización que resulta de la intervención del Estado”.<sup>43</sup>

Eberhard Schmidt, en cambio, se orienta hacia un dirigismo económico y manifiesta que: “El derecho económico es la expresión de la ordenación económica dirigida.”<sup>44</sup>

Shmolders, criticando la concepción que lo concibe como el derecho de la economía organizada, intervenida o controlada, cree que es inadmisibile como construcción unitaria y científica, destacando al respecto que de providencias separadas y de emergencia no puede extraerse un sistema jurídico teóricamente coherente y que la unidad debería buscarse más bien que en el derecho, en la política económica.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Julio Olivera, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>42</sup> Roberto Goldschmidt, *El derecho económico*, p. 756.

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> Aimone Gibson, *op. cit.*, p. 143.

<sup>45</sup> Moore Merino, *op. cit.*, p. 36.

Admitir este planteamiento sería darle un basamento puramente económico y no jurídico. Las situaciones y circunstancias que norman el derecho económico lo hacen más que un simple regulador de conflictos económicos, pues su fin supremo es el bienestar economicosocial del hombre y no se limita meramente a un propósito económico.

Al razonamiento de Hedemann, de que el signo de nuestro tiempo es el económico, se puede añadir que es también la lucha por criterios morales y sociales.

“La idea de que los hombres forman una comunidad, que dependen de la comunidad, que el individuo aislado no puede conseguir nada, pero que, al mismo tiempo, la comunidad debe ser organizada como comunidad para todos, esta idea va ganando, verdaderamente, todos los recovecos de la conciencia humana.”<sup>46</sup>

Los grandes movimientos contemporáneos del derecho se sustentan en la solidaridad social, en el bien común, en el hombre mismo. Pues el derecho es la vida social misma, la que a su vez tiene trascendencia en el cumplimiento de la igualdad jurídica:

Así concebido, el derecho constituye una disciplina estática. Es sobre este rubro que el derecho económico se distingue del conjunto de las otras reglas jurídicas. No es estático, sino esencialmente dinámico, en el sentido que constituye uno de los instrumentos que le permiten a los poderes públicos realizar, eficazmente, su política económica. En este sentido tiene una finalidad que le es propia.<sup>47</sup>

Julio Vega, el autor de *Introducción a la juseconomía*, afirma que el derecho económico es la rama que comprende las normas destinadas a realizar la política económica de un país; en otras palabras, es la política económica regulada. “Decimos que es la política económica legislada porque las normas de derecho económico son las propias de la producción y distribución de los bienes y servicios aptos para satisfacer las necesidades de las personas y/o de la colectividad”. Posteriormente, se refiere a su forma y estructura: “está formado por el conjunto de herramientas jurídicas de que se sirve el Estado para llevar a cabo una política económica de crecimiento y desarrollo, reglando, además, los deberes y derechos de los particulares respecto de esa política económica.”<sup>48</sup>

Krause concibe el derecho económico como la especialidad que contiene, de un lado, aquellas normas que dan forma y medida a la dirección política o estatal del mundo económico y, de otro, aquellas reglas que ordenan el ambiente en el que se mueve la iniciativa privada.

De Italia, merece mención el profesor D'Eufemia para quien la fórmula del derecho económico designa una realidad ontológica.

Polo, que lo analiza y comenta, opina que el jurista italiano se coloca en un punto intermedio entre la teoría pura y la especulación filosófica, pues define al derecho económico como una expresión genérica y convencional que designa la particularidad del actual ordenamiento jurídico. La estructura funcional del nuevo

<sup>46</sup> Jacques Leclercq, *La revolución del hombre en el siglo xx*, p. 57.

<sup>47</sup> Etienne Cerexhe, *Derecho, economía y libertad*, p. 9.

<sup>48</sup> Julio Vega M., *Introducción a la juseconomía*, pp. 78 y 79.

derecho no es producida exclusivamente por la intervención del gobierno en la economía, sino que lo es, también, por el desenvolvimiento de las fuerzas según las leyes autónomas de su existencia, con lo que se asegura, la consecución del fin último de la actividad económica: la potencia nacional.

Dentro del gran aporte latinoamericano, tal vez en el más activo de los movimientos en el derecho contemporáneo, Fabio Konder Comparato, del Brasil, sostiene que el derecho económico es el conjunto de técnicas jurídicas que formula el Estado para la realización de su política económica.

### **Derecho de la comunidad**

Un enfoque singular es el de Hans Buwert, cuya obra aparece hacia el año 1937 en Alemania. Sólo a través de la comunidad y dentro de ella, afirma Buwert, puede el individuo desenvolver plenamente sus talentos, fuerzas, capacidades y, en consecuencia, su personalidad. Al igual que algunos otros iuseconomistas cuyo periodo de producción podemos ubicarlo a fines de los años treinta o en el decenio del cuarenta, está influido por el nacionalsocialismo, de allí que su concepción vaya contra el concepto de clases del marxismo; y el de sociedad demoliberal del capitalismo supone que el liberalismo habría cuidado de la sociedad y configurado el derecho en la lucha social, porque en la comunidad el derecho económico permitiría al Estado conducir la vida económica sin que tuviese, obligatoriamente, que accionar de modo directo o de sustituir las fuerzas creadoras del individuo.

Por otro lado, continúa el mismo autor, el grado del valor que se reconoce al individuo dentro del conjunto, se rige por la medida de su prestación a la comunidad y sus prestaciones se cuentan en lo más alto, pues la comunidad del pueblo es el fundamento del nuevo orden. De este nuevo concepto de valoración florece el concepto de la personalidad social, la misma que se construye mediante la ejecución de obras valiosas para la comunidad.

Sobre estos principios se edifica el nuevo orden económico. Para esta doctrina el derecho económico obra en la articulación de la economía en comunidad. La conducción de la economía la hace el Estado; no actúa por sí mismo ni remplaza con una burocracia la actividad privada. Esta posición subordina el derecho económico a un sistema político, y allí reside precisamente su punto débil.

Olivera, criticando la posición de Buwert, señala:

La realidad social del Estado, en cambio, sustentada a la vez por motivaciones racionales e impulsos irracionales, no puede describirse exclusivamente en término de sociedad o de comunidad. El análisis unilateral sobre este punto no puede imputarse sino a error científico o a postura ideológica. Contra este obstáculo choca inevitablemente, toda caracterización del derecho económico como derecho de comunidad.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Julio Olivera, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

## Doctrina de la vinculación

---

Esta concepción engloba al derecho económico como la rama vinculada con todas las actividades económicas que regulan la vida social orientada al bienestar material. Dirige los actos jurídicos hacia esa meta. Partiendo de esta premisa entendemos por doctrina de la vinculación al conjunto de normas que define a la política económica.

El concepto del derecho económico se basa en la conexión que tiene la norma, con el propósito de dirigir la actividad económica. Así, la necesidad de dictar prohibiciones o dispositivos de encuadramiento para dirigir la actividad económica, genera la norma.

Probablemente algunos encuentren similitud entre esta concepción y aquella marcada como “diferenciación por la actividad que regula”, y es probable que no les falte argumento; sin embargo, hacemos la diferenciación no sólo por un exceso de ejercicio de método, sino porque, además, pretendemos distinguir entre aquellos que conciben esta rama como destinada a organizar la economía, de aquellos otros que la ven como el conjunto de principios, métodos y figuras particulares que rigen las relaciones entre los individuos y el Estado, orientados a lograr el bienestar de la sociedad en su conjunto; y consideran algunos de estos elementos como las normas de política económica.

El tratadista suizo Julius George Lautner es el precursor de esta corriente; aun cuando juristas como Moore lo estudian aisladamente sin enmarcarlo en ninguna de las diferentes doctrinas que hemos explicado. O como en el caso de Olivera, quien lo analiza dentro del rubro de doctrinas de “diferenciación por el sentido”, pero en un capítulo tan distinto a aquel en el que agrupa a Moenckmeier y Cottely, que en realidad es una individualización tácita.

Su pensamiento no encuadrado en ningún esquema anterior, refleja una posición orientada a conceptuar el derecho económico como una rama especializada que busca una ordenación y normatividad de la dirección económica. Tal como la han concebido sus comentaristas, su planteamiento no encajaba en las corrientes en boga de esos tiempos. Nosotros pensamos que su tesis avizoraba esta doctrina que más tarde desarrollan tratadistas como Cerexhe, Vega y Moore, entre otros.

Lautner escribe entre los años 1942 a 1950 una de las obras más notables sobre derecho económico. Despojado de todo prejuicio de orden conceptual, analiza los diversos elementos que intervienen en una dirección económica. Si bien no define el derecho económico, el análisis extenso que realiza de sus principios, figuras e instituciones se basa en la idea de la dirección económica.

En toda norma iuseconómica distingue Lautner varios elementos de dirección que orientan todo el proceso económico de manera efectiva a través de la fuerza de la coacción. Lo que no quiere decir que toda norma vinculada a la actividad económica es regla del derecho económico, pues existe otra serie de dispositivos de naturaleza varía y autónoma que, como las leyes fiscales y tributarias, pueden en algún momento servir con propósitos de dirección, pero obedecen a principios jurídicos diferenciados del derecho económico.

Posteriormente y en época mucho más cercana, a partir de 1970, se desarrolla en América Latina una corriente, genuinamente valiosa, de iuseconomistas. Sin temor a equivocarnos, podemos decir que los más destacados autores contemporáneos se insertan en ella.

Sin pretender categorizarlos, creemos que Julio Olivera, en Argentina, de análisis penetrante y sostenido, inicia la ruta más original. Su planteamiento sigue, de alguna manera, la tesis de Lautner, pues concibe el derecho económico como la expresión jurídica diferenciada de la economía dirigida. Para Olivera, el marco de esta rama especializada del derecho es la actividad pública en el proceso de asignación de recursos:

“No basta que el Estado realice ocasionalmente actos de asignación coactiva. Es necesario que, en línea de principio, el Estado tome sobre sí una parte del proceso de asignación. Éste es el marco institucional propio del derecho económico.” La conclusión es que existe una serie de figuras iusprivatistas que tienen incidencia sobre los factores productivos, imputándoles, por su propia naturaleza, extensiones y contingencias variables; por ello, sentencia Olivera, estas figuras no pueden “someterse a un análisis abstracto de contenido, como se hace con los derechos puramente privados. Es el derecho económico en expresión concreta y sintética, referido a la asignación de los factores productivos materiales”.<sup>50</sup>

Moore Merino, seguidor de Olivera, conceptúa esta rama especializada como “el conjunto de principios jurídicos que informan, y de disposiciones, generalmente de derecho público, que rigen la política económica estatal orientada a promover un más acelerado desarrollo económico”.<sup>51</sup>

En tanto que Etienne Cerexhe señala que el derecho económico “está constituido por el conjunto de las reglas jurídicas que le permiten al Estado actuar en forma activa sobre la economía. El derecho, por regla general, tiene por objeto la organización de las relaciones sociales; tiende a normalizarlas, fijando, con más o menos precisión los márgenes dentro de los cuales deberán encuadrarse”.

## PROPÓSITO CONCEPTUAL

---

Expresar un concepto de cualquier rama del derecho siempre suscita controversias. Incluso hay quienes consideran que no es conveniente determinar y prefijar el concepto de un área del derecho, pues en algunos casos entumece y estanca su desarrollo, limitando *a priori* su contenido. Para otros, es aconsejable esbozar sólo su contenido. El conflicto se agudiza cuando, como en el caso, esta rama es nueva y con vasta perspectiva para su desenvolvimiento. Un previo deslinde es recomendable. No se puede confundir contenido económico del derecho con derecho económico. Algunos creen que sólo basta adjetivar el derecho con el término económico para formar esta especialidad de la ciencia jurídica; otros añaden

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 23 y 24.

<sup>51</sup> Moore Merino, *op. cit.*, p. 37.

económico al nominativo de la rama de derecho de su preferencia y entonces se habla de derecho económico de la empresa, derecho económico del trabajo, del comercio, e incluso de derecho internacional económico. Esta primera observación es necesaria para establecer la distinción entre contenido y concepción. Una legislación puede contener elementos económicos, pero no es fuente del derecho económico; algunas ramas de la ciencia jurídica tienen elementos económicos, pero no son derecho económico. Para distinguirla, a veces se llama derecho de la economía a la disciplina que esbozamos y que tiene normas de naturaleza económica.

El concepto que enunciamos puede adquirir dos formas: una objetiva y otra subjetiva.

Objetivamente, para nosotros, el derecho económico es la rama especializada del derecho que está conformada por el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad económica entre el Estado y los particulares, orientada a objetivos de bienestar social. Entendido así, el derecho económico es una rama cuya técnica y especialización regula y ordena el acontecer económico, en cuanto éste es determinable a la consecución de los objetivos de la política económica, definida en un orden jurídico. Sus normas son siempre de naturaleza económica.

No queremos afirmar, en consecuencia, que todos los hechos o actos con acento económico sean legislados por normas iuseconómicas, sino sólo los imputables a la política económica; es decir, aquellos mediante los cuales se intenta regular o modificar los asuntos económicos del país.

Así, el derecho económico estudia los preceptos que regulan la vida económica orientada al bienestar social, además de las relaciones jurídicas que se derivan de estas normas. Como consecuencia de una buena tradición jurídica que abarca los últimos 30 años, podemos afirmar que el derecho económico regula, además de las relaciones propias de la política económica, otras que la ley ha declarado asimilables a este régimen jurídico.

Subjetivamente se puede entender como la facultad estatal para establecer los objetivos de la política económica, como presupuesto de su propio fin; así como las reglas de conducta de sus organismos y los particulares para la política económica y para imputar dispositivos de seguridad contra una actitud contraria. Se puede concluir que es la facultad que tiene el Estado de esbozar los objetivos de la economía del país, en armonía con los intereses de la persona humana y de las instituciones sociales intermedias; objetivos tendentes a lograr el bienestar de la nación, que equilibran los intereses entre sí. Es la facultad de procurar el bien común a través del desarrollo de la economía. Parte de la realidad jurídico-económica e intenta alcanzar una verdad justa que armonice la verdad económica, dada por el razonamiento económico, con la búsqueda de la justicia dada por el derecho.

Es evidente que las intervenciones de las diferentes manifestaciones de la economía, y del mercado en particular, afectan la estructura jurídica. El reequilibrio de la economía para que en ella no existan grupos afectados es el motivo de la disciplina.

La realidad jurídico-económica nos dice que el equilibrio de las fuerzas que actúan en el campo económico se da en un ideal de competencia perfecta paretiana; de la misma manera que el análisis del razonamiento jurídico trata con frecuencia los hechos de manera recíproca y no trata la forma de evitar el daño mayor. La apreciación de esa realidad, luego, parte del principio de conseguir la mayor ventaja para la obtención de los objetivos de política económica y conseguir el bienestar de la sociedad, así como de evitar el daño mayor.

Toda norma jurídica determina un comportamiento, impone una conducta, es el debe ser. Ese comportamiento involucra acción que debe ir hacia algún sentido. No se puede concebir una acción, una actitud, un movimiento sin un motivo, sin una causa que se basa, obviamente, en realidades (realidades iuseconómicas) y que actúa como un nexo entre la realidad y el juicio de valor. Así, la norma iuseconómica implica un juicio de valor económico.

Como se ha repetido hasta la saciedad, el derecho persigue la justicia, luego, sus disposiciones tienen un juicio de valor. Cuando mencionamos el bienestar de la nación, estamos emitiendo un juicio de valor porque está destinado a un eficiente ordenamiento de medios a fines.

En un esfuerzo de síntesis, podemos concluir que entendemos por derecho económico a la rama especializada que estudia el conjunto de principios doctrinales y normas de contenido económico que regulan las relaciones jurídicas entre particulares y de éstos con el Estado, así como los actos y disposiciones de éste, en cuanto son atribuibles a los objetivos de la política económica y de su eficacia, cuando tienen como fin al hombre.

La regulación de las relaciones entre el individuo, las instituciones sociales intermedias y el Estado, tiende a evitar el conflicto de intereses entre la sociedad y el mercado. Ese marco referencial que condiciona la actuación de los diferentes sujetos es tomado de la realidad jurídico-económica, cuyo análisis ideológico se incorpora en la política económica.

De esa manera, muchas normas pueden ser consideradas antieconómicas, desde un punto de vista paretiano, pero pueden ser eficaces. Dentro de un sistema liberal, con absoluta libre acción de los agentes económicos, es posible la formación de normas que controlen el poder económico y sólo sirvan a unos cuantos, como sucede en el modelo neoliberal actual, que se construye irracionalmente sobre el desempleo y la pobreza de millones de mexicanos.