

DERECHO Y GLOBALIZACIÓN

EL DERECHO ECONÓMICO EN EL SIGLO XX: GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Jorge WITKER*

La globalización no se puede detener. El problema es que debe dejar de ser un tren sin freno ni maquinista.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Rasgos doctrinales del derecho económico*. III. *El derecho económico como derecho de la globalización*. IV. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Como disciplina instrumental, el derecho económico ha experimentado mutaciones profundas en consistencia con dos instituciones básicas contemporáneas: el Estado y el mercado, que alternativamente han definido los sistemas económicos desde el siglo XIX, y que en el presente siglo XX han alcanzado logros y fracasos de perfiles mundiales.

En efecto, el derecho económico nace como tal en Alemania en la década de 1920, al calor de las consecuencias de la primera Guerra Mundial, y cuando la llamada “cuestión social” y el naciente socialismo ruso agitaba los descontentos y las reclamaciones laborales. Nace, en consecuencia, ligado a la institución estatal y como una disciplina protectora de los débiles y postergados.

En la década de 1930, con el presidente Roosevelt en Estados Unidos y las teorías económicas de Maynard Keynes, el Estado legitima y sistematiza su presencia en los sistemas económicos, y, antes, las Constituciones de Weimar y Querétaro programan una intervención estatal deci-

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

dida y permanente. El derecho económico adquiere objetividad operativa, sin aún establecer bases conceptuales intersubjetivamente aceptables.¹

La segunda Guerra Mundial y la consolidación de los sistemas democráticos en la Europa de Occidente plasman economías mixtas y construyen el Estado de bienestar que jurídicamente conocemos como el Estado social de derecho. Alemania, Francia, Italia y España contribuyen a teorizar y conceptualizar un derecho económico vivo que entra a regular un orden público económico que equilibra las garantías y derechos empresariales con garantías y derechos de consumidores y empresas medianas y pequeñas, productoras de bienes y prestadoras de servicios.²

Al otro lado de las economías mixtas de Europa y América, los sistemas socialistas impuestos por la dominación soviética plasman un derecho de la planificación económica, que se vuelve sinónimo del derecho económico (Checoslovaquia, Polonia y la propia Unión Soviética), y que Cuba, en América, sigue en una imitación lógica a su sistema socialista.

En América Latina, el derecho económico se desarrolla en México, Argentina, Brasil, Colombia y Chile, lugares en que en diversas épocas logra estatura y presencia curricular en las Facultades y Escuelas de Derecho. El derecho económico en estos lares sigue la corriente europea, regulando y diseñando economías mixtas contextuadas en los modelos sustitutos de importaciones. El Estado empresario en áreas estratégicas (recursos naturales) y servicios públicos completan el universo ontológico del derecho económico de las décadas de 1960 y 1970 en América y el mundo.³

Al comenzar la llamada “década perdida” de 1980, la economía americana y mundial comienza a experimentar signos de crisis y parálisis. La crisis del petróleo y la posterior masiva deuda externa impactan en las economías desarrolladas y periféricas. El nacimiento de esta nueva era internacional surge dramáticamente con las administraciones Thatcher y Reagan, que se adhieren a políticas neoliberales radicales, justo en los momentos en que el muro de Berlín es destruido y la Unión Soviética, desintegrada. El estatismo del socialismo real ha perecido y el

1 Farjat, Gerard, *Droit économique*, París, Presses Universitaire de Francia, 1971, pp. 23 y ss.

2 Cuadra, Héctor, “Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917”, *Antología de estudios de derecho económico*, México, UNAM, 1978.

3 En México, Héctor Cuadra, Eduardo Novoa, Esteban Righi, Pérez Miranda, Jorge Witker y Rangel Couto inician el trabajo de conceptualización y sistematización del derecho económico que con fundamento constitucional implícito no tenía hasta la década de 1970 un reconocimiento doctrinario ni curricular alguno.

“fin de la historia” reivindica al mercado como el único asignador eficiente de bienes, servicios y empleos.

A estos cambios políticos y económicos mundiales se suma una profunda revolución científica y tecnológica que ha cambiado el énfasis exterior en las disciplinas físicas a las biológicas y, a través del desarrollo de la microelectrónica y la revolución de la información, la robótica, la biotecnología y los nuevos materiales, han producido cambios fundamentales en todo el sistema económico y social, incluyendo la naturaleza de las relaciones inter e intra firmas y los procesos laborales, así como las ventajas comparativas y de localización internacional de carácter tradicional. La degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales y las amenazas a los ecosistemas locales, regionales y globales han introducido toda una nueva dimensión en los asuntos humanos; la necesidad de un cambio hacia un desarrollo sustentable, según lo acordó la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro.

Éste ha sido también el caso en el campo económico, incluyendo como lo más destacado el creciente predominio del mercado y el fortalecimiento de la empresa privada, conjuntamente con una participación declinante del gasto público en el PIB, un proceso masivo de privatización de empresas y servicios públicos, y una mayor inversión privada en relación con la inversión pública. Este proceso ha sido reforzado por su vinculación con la gran expansión de las corporaciones transnacionales que, como se ha señalado, han dado origen a un proceso de globalización sin precedentes y a nuevas formas de relaciones entre ellas, el Estado, el capital nacional y el capital financiero internacional. Todo ello significa una profunda reorganización de las relaciones entre los sectores público y privado, tanto a nivel nacional como internacional.

Con la globalización y las formas más complejas de intervención económica privada de los mercados, los fenómenos antes mencionados generan nuevos problemas, por ejemplo, aquellos asociados a las diferentes prácticas nacionales que afectan la competitividad internacional. Esto se convierte, inevitablemente, en parte de la condicionalidad bajo la cual se persigue la reforma económica y del Estado. En consecuencia, las agendas de negociaciones internacionales y también regionales, NAFTA, MERCOSUR y ALCA, se encuentran en una coyuntura crítica en que las negociaciones están cambiando desde el tratamiento de los productos al tratamiento de las políticas y los servicios.

En este escenario de crisis y globalización, los sistemas jurídicos adoptan nuevos paradigmas y categorías que rompen con esquemas hasta ayer incuestionables.

El Estado nacional —como corporación territorial única— y como único centro irradiador de normas jurídicas; derecho público-privado; tribunales jurisdiccionales internos; discriminación entre ciudadanos y extranjeros; empresas y productos nacionales *vs.* empresas y productos extranjeros; inversiones nacionales *vs.* inversiones extranjeras son algunas de las categorías que hoy enfrentan problemas no fáciles de resolver bajo el derecho tradicional.⁴

El derecho emergente de la globalización, tanto en los países centrales como en los periféricos, diseña nuevos paradigmas.

El trato nacional, el trato de nación más favorecida, el principio de transparencia y los mecanismos alternos para la resolución de controversias cruzan los derechos nacionales exigiendo nuevos operadores del derecho.⁵

La revolución de los servicios alcanza a las profesiones jurídicas y una nueva cultura judicial se abre paso en los estrados de jueces y magistrados. El derecho permea de lo zonal a lo internacional, y la mezcla de sistemas legales se materializa en contratos y convenios cada vez más complejos e innominados.

Estos cambios afectan y condicionan al derecho, en general, y al derecho económico, en particular, que se alza, pese a sus detractores, como una disciplina teórica y práctica de vigencia universal y con inéditos y complejos desafíos.⁶

II. RASGOS DOCTRINALES DEL DERECHO ECONÓMICO

Con la emergencia temporal de los modelos neoliberales, las críticas y los cuestionamientos a las facultades de dirección y regulación econó-

4 Touraine, Alain, *¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: el destino del hombre de la aldea global*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 27 y ss.

5 López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, pp. 79 y ss.

6 Entre los detractores cabe mencionar abogados cooptados por el neoliberalismo económico que han intentado abrogar el derecho económico a través de la copia mecánica de un anglosajón “análisis económico del derecho” que sólo evidencia una negación histórica de las raíces sociales del derecho mexicano.

micas 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 olvida 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.⁷

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, 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 economico*, las divide

⁷ Este apartado forma parte del ensayo del autor *Derecho económico* de la serie Panorama del Derecho Mexicano, publicado por la UNAM y McGraw Hill, en 1997, pp. 11-20.

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”.⁸

En un esfuerzo de clasificación, nos permitimos ordenar las doctrinas en genéricas y técnicas. Dentro de las primeras, situamos aquéllas 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, y determinación utópica, y 2. Técnicas: diferenciación por el objeto, determinación por el sujeto de la norma, y determinación por el sentido.

A. 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

8 More Merino, Daniel, *Derecho económico*, Santiago de Chile, Jurídica, 1982, p. 144.

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 en elucubrar la doctrina y el fundamento del derecho económico.⁹

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 estudiaríamos 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

9 Justus Wilhelm, Hedemann, “La evolución del derecho económico”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 35, núm. 415, 1951.

del contenido, un sistema jurídico nacional (necesariamente individual) de otros conjuntos individuales de normas".¹⁰

B. Doctrina del método sociológico-jurídico

Los principales representantes de esta corriente son Rumpft, Kronstein, Westhoff, Geiler y Nipperdey. Alcanzaron resonancia como iuseconomistas durante el decenio de 1920 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".¹¹ 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 puede darse como resultado de lo que un método concluye. El método es un instrumento para una ciencia; en todo caso, es 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.¹²

10 García Máynez, Eduardo, *Positivism jurídico, realismo sociológico, iusnaturalismo*, México, UNAM, 1978, p. 87.

11 Moore Merino, D., *op. cit.*, nota 8, p. 28.

12 Witker, Jorge, *Técnicas de investigación jurídica*, México, McGraw-Hill, 1996.

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.

C. 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 la doctrina que 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.¹³

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 afirmemos 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.

D. 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.

13 Munera Arango, Darío, *El derecho económico*, p. 34.

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 estatal”.¹⁴

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”.¹⁵ Cada una de estas etapas del proceso económico, que a su vez vendrían a ser divisiones de este derecho, se sirve de otras ramas, como el derecho del 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 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 [...]”.¹⁶

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 con-

14 Herrera Figueroa, Miguel, “Derecho económico y sociología”, *Estudios de derecho*, Medellín, Universidad de Antioquía, vol. 19, núm. 58, septiembre de 1960, p. 343.

15 Cabanellas, Guillermo, *Diccionario del derecho usual*, Lima, 1985, t. II, p. 649.

16 Moore Merino, D., *op. cit.*, nota 8, p. 29.

ciben 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 puede resumirse 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.¹⁷

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”.¹⁸ Ésta es una definición prístina y que encuadra la disciplina como reguladora del proceso económico.

E. 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.

17 Munera Arango, Darío, *op. cit.*, nota 13, p. 138.

18 Queiroz Nogueira, *op. cit.*, p. 27.

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.¹⁹ 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 [...]”.²⁰ 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”.²¹

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

19 Mossa, L., *Principios de derecho económico*, Madrid, 1955.

20 Aimone Gibson, Enrique, “Concepto y contenido del derecho público económico”, *Revista del Derecho y Ciencias Sociales*, Chile, vol. 32, núm. 128, 1964, p. 143.

21 Olivera, Julio, *El derecho económico*, Aragón, Buenos Aires, 1954, p. 9.

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.²²

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.²³

F. 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 también 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 nacionalsozialismo alemán de la preguerra, afirma que la política económica y el credo económico se relacionan para generar el derecho económico.

22 Munera Arango, Darío, *op. cit.*, nota 13, p. 145.

23 Moore Merino, D., *op. cit.*, nota 8, p. 30.

Es imposible, en opinión de Moenckmeier, separar las zonas de la política económica, el derecho económico y el credo económico, y determinar para cada unas 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”.²⁴

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.²⁵

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

24 Olivera, Julio, *op. cit.*, nota 21, p. 10.

25 *Ibidem*, p. 9.

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”.²⁶

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”.²⁷

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 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”.²⁸

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; valoraciones no siempre declaradas, o declaradas con exactitud, en la manifestación normativa de voluntad, y no siempre inferibles de su texto.²⁹

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

26 *Ibidem*, p. 11.

27 Aimone Gibson, E., *op. cit.*, nota 20, p. 145.

28 Cottely, Esteban, “La naturaleza y posición sistemática del derecho bancario”, *Dinámica Social*, Buenos Aires, 1951, p. 36.

29 Olivera, Julio, *op. cit.*, nota 21, p. 11.

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— [...]”.³⁰ Esta opinión concibe la rama orientada a un sistema de planificación centrada y única.

III. EL DERECHO ECONÓMICO COMO DERECHO DE LA GLOBALIZACIÓN

Hemos afirmado que el derecho económico ha transitado en un vaivén pendular entre un Estado empresario, regulador y planificador de la vida económica a un Estado desertor, suplantado por el mercado, escenario mítico que asigna eficientemente los factores productivos y sus legítimas ganancias.

A partir de la década de 1990, asistimos a la consolidación de los mercados en una doble connotación. Por una parte, y bajo el moderno proceso de internacionalización, los Estados han impulsado el proceso globalizador a través de organismos internacionales como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización Mundial de Comercio, Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de Cooperación Económica y Desarrollo, etcétera, los que condicionan sus ayudas y asistencias a políticas de apertura económica (privatizaciones, desregulaciones, equilibrio fiscal y monetario, etcétera). Por otra parte y bajo el mismo signo gubernamental, los tratados de libre comercio e integración (Unión Europea, Cuenca del Pacífico, NAFTA, MERCOSUR, etcétera) han propiciado apertura de mercados domésticos hacia regiones y zonas en perspectivas de globalización.³¹

Esta globalización de mercados está dando origen a un nuevo derecho económico internacional, en donde, pese al protagonismo jurídico gubernamental, otros actores y agentes económicos son reconocidos y aceptados a actuar y participar en las relaciones económicas entre empresas y Estados.

30 Oyarzun, G., *op. cit.*, p. 15.

31 *Vid.* Kortzen, David, *Cuando las transnacionales gobiernan el mundo*, Santiago de Chile, Cuatro Vientos, 1997.

Respecto a la globalización, es necesario distinguir la estrategia global del proceso mismo y no confundirla con la internacionalización protagonizada por los Estados, que supone distinguir relaciones jurídicas nacionales o domésticas de las foráneas o extranjeras. En cambio, lo global supone identificar los agentes económicos verdaderos que atraviesan las corporaciones territoriales estatales y que conforman un escenario denominado mercado multilocal o global.

Los verdaderos actores que dan sustento al mercado multilocal o global son los siguientes: inversiones; industrias; la tecnología de información, y los consumidores.

Estos cuatro factores son analizadas por Kenichi Ohmae en una obra fundamental.³²

a) Inversiones o mercados de capital. Este elemento fundamental para la actividad económica desreguló sus disciplinas de carácter nacional para crear compromisos globales que permiten su operatividad en los lugares que mayores condiciones de rentabilidad ofrecen. Los capitales se globalizan y despegan de las regulaciones nacionales o domésticas. Su presencia global, con sus efectos positivos y negativos, se evidenciaron en la crisis mexicana de 1994 y en la crisis asiática actual.

b) La industria. Este otro elemento o actor económico tiene una clara orientación mundial. Las estrategias de las modernas corporaciones multinacionales ya no operan bajo razones de Estado, sino por el deseo y la necesidad de atender a los mercados atractivos donde se encuentren, y acceder a conjuntos de recursos (inversiones) estén donde estén.

c) La tecnología de la información. Como es posible suponer, tanto las inversiones como las industrias se han visto facilitadas por la tecnología de la información que hace posible que hoy una empresa pueda operar en diferentes partes del mundo sin tener que conformar una empresa o sociedad en cada uno de los países en que opera. Esto ha permitido el desarrollo de alianzas estratégicas transfronterizas que facilitan el intercambio de información de diseño y de gestión empresarial en cualquier lugar de la tierra.

d) Los individuos consumidores. Este cuarto factor también ha asumido una orientación mundial. Gracias al mejor acceso a la información sobre los estilos de vida de todo el mundo, son mucho menos proclives a comprar —y están mucho menos condicionados por las presiones de

32 Ohmae, Kenichi, *El fin del Estado nación*, Chile, Andrés Bello, 1997.

los gobiernos para que se compren— productos americanos, japoneses o franceses por el mero hecho de sus relaciones nacionales. Los consumidores cada vez desean productos mejores y más baratos, vengan de donde vengan. Además, han mostrado que están dispuestos a expresar estas preferencias mediante sus carteras.

El conjunto y operatividad de estos cuatro elementos hace posible que las empresas de cualquier lugar del mundo reúnan todo lo que necesitan para desarrollar, como al respecto señala textualmente Kenichi Ohmae:

Ya no tienen que limitarse a recurrir a los conjuntos de recursos cercanos a su país de origen. Tampoco tienen que limitarse a depender de los esfuerzos de los gobiernos para atraer recursos de otros lugares del mundo y canalizarlos hacia los usuarios finales. Esto hace que la función tradicional de “intermediación” de los estados-nación —y de sus gobiernos— sea innecesaria en buena medida. Como los mercados mundiales de las “íes” funcionan estupidamente por su cuenta, los estados-nación ya no tienen que desempeñar el papel de creadores de mercado. De hecho, y teniendo en cuenta sus propios problemas, que son considerables, lo que suelen hacer más frecuentemente es estorbar. Si se permitiese, las soluciones mundiales irían a los lugares en los que son necesarias sin la intervención de los estados-nación. De acuerdo con la experiencia actual, además, fluyen mejor precisamente porque no se da esa intervención.³³

Según lo visto precedentemente, los actores económicos de la globalización contemporánea son las empresas y no los Estados, esto es, el mercado como escenario natural para el desarrollo y expansión de estos nuevos actores económicos.

En este contexto entonces, ¿qué papel le corresponderá al Estado y más específicamente al derecho económico contemporáneo? Respondemos a esta interrogante señalando que, sin desconocer el concepto territorial del derecho económico, su presencia está presente en lo que Georges S. Yip llama los cuatro impulsores de la globalización en este inicio de milenio.³⁴

33 *Ibidem*, p. 19.

34 Yip, Georges S., *Globalización*, España, Norma, 1997, pp. 14 y 15.

Impulsores de mercado

- Nivelación del ingreso per cápita entre naciones industrializadas (por ejemplo, Japón alcanza a Estados Unidos; Hong Kong alcanza a Nueva Zelanda).
- Nivelación de estilos de vida y gustos (por ejemplo, McDonald's en París y Perrier en Estados Unidos).
- Aumento de viajes, que crea consumidores globales.
- Organizaciones que empiezan a comportarse como clientes globales.
- Crecimiento de canales globales y regionales (por ejemplo, el acuerdo de 1989 entre tres de las mayores cadenas europeas de supermercados para cooperar en compras y marketing, a saber: Casino de Francia, Ahold de Holanda, y el Grupo Argyll de Inglaterra).
- Establecimiento de marcas mundiales (por ejemplo, Coca-Cola, Levi's, Louis Vuitton).
- Movimiento para desarrollar publicidad global (por ejemplo, publicidad de Saatchi & Saatchi para British Airways).

Impulsores de costo

- Continuo esfuerzo por lograr economías de escala (pero contrarrestado por manufactura flexible).
- Innovación tecnológica acelerada.
- Avances en transporte (por ejemplo, utilizar a Federal Express para llevar suministros urgentes de un continente a otro).
- Surgimiento de países recién industrializados con capacidad productiva y bajos costos de mano de obra (por ejemplo, Taiwán, Tailandia y China).
- Costo creciente de desarrollo de producto respecto a vida en el mercado.

Impulsores gubernamentales

- Reducción de barreras arancelarias (por ejemplo, NAFTA, MERCOSUR, ALCA).
- Reducción de barreras no arancelarias (por ejemplo, apertura gradual de los mercados japoneses).
- Creación de bloques comerciales (Comunidad Europea).

- Decadencia del papel de los gobiernos como productores y clientes (por ejemplo, desnacionalización de muchas industrias en Europa).
- Privatización de economías antes dominadas por el Estado, sobre todo en América Latina.
- Transformación de los sistemas cerrados comunistas de Europa oriental en economías abiertas de mercado.

Impulsores competitivos

- Aumento continuo del volumen del comercio mundial.
- Conversión de más países en campos de batalla competitivos claves (por ejemplo, el crecimiento de Japón hasta convertirse en un país “líder”).
- Aumento de propiedad de las corporaciones por adquirentes extranjeros.
- Aparición de nuevos competidores resueltos a volverse globales (por ejemplo, compañías japonesas en las industrias automotriz y electrónica).
- Crecimiento de redes globales que hacen interdependientes a los países en industrias particulares (como la electrónica).
- Más compañías que se globalizan en vez de permanecer nacionalmente centradas (por ejemplo, Wall Mark, compañía tradicional estadounidense comercializadora de producto que traslada instalaciones a México. Uniden, productora japonesa de equipos de telecomunicaciones que jamás ha fabricado nada en Japón).
- Aumento de la formación de alianzas estratégicas globales.

Los impulsores generales de la globalización que actúan sobre las empresas son sectores que no quedan a la libertad mercantil absoluta. El derecho económico de la globalización disciplina sectores como la propiedad intelectual y regula la publicidad, aspectos básicos del mercado. En cuanto al costo, los regímenes de importaciones temporales y los estímulos fiscales permitidos son áreas que también plantean al derecho económico problemas jurídicos específicos.

En cuanto a los impulsores gubernamentales, los tratados de libre comercio y los Códigos de Organización Mundial de Comercio son sectores disciplinados por el derecho económico zonal y global. Finalmente, en cuanto a los impulsores competitivos señalados por Yip, las reglas de

origen, los pactos empresariales, o *joint venture* son también aspectos que disciplina el derecho económico de la globalización.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los procesos de integración y de globalización en este fin de milenio plantean al derecho desafíos colosales, pues las categorías modernas centradas en los Estados como corporaciones territoriales estancas se muestran insuficientes y disfuncionales para los nuevos actores de la economía multilocal en vigor. Lo global flexibiliza normas y procedimientos y, más que regular problemas verticales domésticos, las nuevas normas jurídicas buscan disciplinar aspectos horizontales amplios. Los Estados pierden centralización y los derechos nacionales dilatan cada vez más sus premisas, para subsumirse en tratados y acuerdos que disciplina globalmente las mercancías (OMC), servicios e inversiones (AMI), con lo cual estas normas con vocación de globalidad suplantando a los derechos domésticos tradicionales.

El derecho económico es la disciplina más apropiada para enfrentar y regular estos nuevos asuntos que la aldea global en que vivimos nos depara cada día.