

# Introducción a la Juseconomía

Aníbal Sierralta Ríos

Segunda edición



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1996

**E**sta obra fue publicada por primera vez en 1988, constituyendo un trabajo pionero en América Latina. Posteriormente, en la XXIX Conferencia del Inter-American Bar Association, recibió el Premio al Mejor Libro 1991, convirtiéndose en texto usual en las Universidades de Río de Janeiro y de Lima. Esta segunda edición ampliada profundiza en el estudio del fenómeno jurídico-económico apreciando que el Derecho ha respondido de dos maneras distintas: el Análisis Económico del Derecho en el sistema anglosajón y el Derecho Económico en el sistema romano-germánico. A partir de esta comprobación la obra plantea un nuevo método y especialidad: la Jus-economía.

El autor es formado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Postgrado en Comercio Internacional y Economía en diversas universidades del exterior. Consultor internacional, con experiencia como funcionario de la Organización de Estados Americanos y consultor externo de otros organismos. Profesor Honorario de la Universidad Autónoma de Asunción (Paraguay) y la Universidad Católica (Argentina), Profesor visitante de la Fundación Getulio Vargas (Río de Janeiro) y Universidad Tadeo Lozano (Santafé de Bogotá). Autor de: "Contratos de Comercio Internacional" (Lima, 2 ediciones); "Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional" (Lima, 2 ediciones; Santafé de Bogotá, 1 edición); "Negociación y Contratación Internacional" (Asunción, 2 ediciones); "Joint Venture Internacional" (Buenos Aires, 1 edición; Lima, 1 edición) y "La Compraventa Internacional y el Derecho Peruano" (en impresión).

Actualmente es Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Academia Diplomática del Perú y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, así como Presidente del Centro Internacional de Administración y Comercio (CIAC).

# Introducción a la Juseconomía

Antonio Sierra Rico

INTRODUCCIÓN A LA JUSECONOMÍA

SIERRA RICO, ANTONIO

Introducción a la Juseconomía. 2a ed. ampliada.

Antonio Sierra Rico, Profesor de Washington P. Adams de  
Soyuz - Excmo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica  
del Perú, 1994.

XX, 408 p. il. 16 x 24 cm.

22.000.000

incluye bibliografía y glosario

1. Términos económicos. 2. Lectura. Análisis económico.

Alfaguara

CDD 341.75

CDU 84.33



**SIERRALTA RÍOS, Aníbal,**

**Introducción a la juseconomía.** 2a. ed. ampliada./  
Aníbal Sierralta Ríos. Prólogo de Washington P. Albino de  
Souza.- Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica  
del Perú, 1996.  
XX, 406 p.il. 16 x 21,5 cm.

Incluye bibliografía y gráficos.

1. Derecho económico.2.Derecho-Análisis económico

CDD 341.75  
CDU 34:33

*Aníbal Sierralta Ríos*

**INTRODUCCIÓN A  
LA JUSECONOMÍA**

Prólogo de

**WASHINGTON P. A. de SOUZA**

Segunda edición,  
ampliada.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1996

Primera edición, diciembre de 1988.  
Segunda edición, enero de 1996, ampliada.

***Introducción a la juseconomía.***

**ISBN: 84-89309-98-1**

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18. San Miguel. Apartado 1761. Lima, Perú.

Telfs. 462-6390, 462-2540, Anexo 220. Fax (01) 461-1785

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados según Ley N° 12714.

Impreso en el Perú - Printed in Perú

# CONTENIDO

A Rosa Mercedes,  
mi madre.

## PRIMERA PARTE EL MUNDO Y LA MUJER

### Capítulo I. Introducción a la Sociología y a la Antropología

1. La sociología y la antropología

2. El mundo social y el mundo físico

3. La sociología y la antropología

4. La sociología y la antropología

5. La sociología y la antropología

6. La sociología y la antropología

7. La sociología y la antropología

8. La sociología y la antropología

9. La sociología y la antropología

10. La sociología y la antropología

11. La sociología y la antropología

12. La sociología y la antropología

13. La sociología y la antropología

14. La sociología y la antropología



# CONTENIDO

Presentación	XIII
Prólogo a la segunda edición	XV
Prólogo a la primera edición	XIX
Introducción	1

## PRIMERA PARTE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

### Capítulo I. Relaciones entre Economía y Derecho

1. La aproximación de los hechos .....	7
2. Las vinculaciones entre el Derecho y la Economía. ....	12
2.1 Las relaciones de causalidad .....	12
2.2 Las relaciones de integración .....	15
2.3 Las relaciones de interacción .....	16
3. Naturaleza del razonamiento económico. ....	23
3.1 Relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada .....	24
3.2 Los consumidores y las personas en general buscan maximizar utilidades .....	27
3.3 Los recursos tienden a ser utilizados hacia sus usos más valiosos si se permite un intercambio voluntario .....	32
4. La eficiencia en la Economía y el Derecho .....	33

5.	El modelo juseconómico .....	36
6.	Las falacias del análisis económico y del jurídico .....	45

## **Capítulo II. Intervención del Estado en la economía**

1.	Antecedentes de la intervención estatal. ....	52
2.	Concepto y ámbito de la intervención estatal. ....	55
3.	Prueba de la intervención estatal. ....	60
4.	Formas de la intervención económica .....	66
4.1	Tipos de intervención específica .....	68
4.1.1	Periódicas .....	69
4.1.2	Uniformes .....	70
4.2	Tipos de intervención genérica. ....	70

## **Capítulo III. Las intervenciones del poder en el mercado.**

1.	Elementos y unidades de regulación del mercado. ....	77
1.1	Las decisiones de los elementos del mercado .....	80
1.2	La coacción como bien económico. ....	82
2.	Teoría del monopolio .....	84
2.1	La regulación monopólica .....	88
2.2	El modelo monopsónico .....	90
3.	El poder de las sociedades mercantiles y de los sindicatos .	91
3.1	Expresiones del poder empresarial y sindical .....	93
3.2	Desafíos y oportunidades de las sociedades y sindicatos	96
4.	Regulación de las empresas y de la disciplina sindical .....	100
5.	La protección al consumidor .....	103

## **SEGUNDA PARTE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

### **Capítulo IV. El desarrollo del análisis económico**

1.	Surgimiento y evolución .....	109
2.	Bases del análisis económico del Derecho .....	113

3.	El teorema de Coase .....	117
3.1	Los costos de transacción .....	121
3.1.1	Costos de transacción nulos .....	121
3.1.2	Los costos dificultan una libre transacción. ....	125
3.2	Las aplicaciones del Teorema .....	128
4.	Críticas al enfoque económico. ....	129

## Capítulo V. Los sistemas

1.	El sistema económico .....	135
1.1	Elementos del sistema económico .....	136
1.2	Los distintos sistemas. ....	141
2.	El sistema jurídico. ....	145
2.1	El problema de la existencia. ....	147
2.2	El problema de la identidad. ....	150
3.	Hacia un sistema juseconómico. ....	154
3.1	El principio de la eficacia .....	159
3.2	La vinculación de las disposiciones .....	166

## Capítulo VI. La regulación de los cambios sociales

1.	Los cambios jurídicos y sociales .....	170
2.	El problema de la desigualdad .....	174
3.	La teoría del bienestar. ....	182
3.1	El óptimo de Pareto .....	182
3.2	El modelo de Hochman y Rodgers .....	187
3.2	El modelo de Thurow .....	188
3.3	El modelo de Brennan .....	190
4.	La justicia distributiva .....	193
5.	La riqueza .....	198
6.	La pobreza y la caridad .....	205
7.	Las transferencias efectivas y los beneficios. ....	207
8.	Los servicios sociales gratuitos. ....	210
8.1	El caso del consultorio jurídico gratuito .....	211
8.2	El caso de los subsidios y las exoneraciones .....	213
9.	Las disposiciones técnicas y el sector de baja renta .....	216

## TERCERA PARTE EL DERECHO ECONÓMICO

### Capítulo VII. Aparición del Derecho Económico

1.	Surgimiento y evolución. ....	233
2.	Precursores .....	225
3.	El aporte latinoamericano .....	230

### Capítulo VIII. Delimitación conceptual

1.	Preliminares .....	235
2.	Principales doctrinas. ....	236
	2.1 Doctrinas genéricas .....	238
	2.1.1 Doctrina primitiva .....	238
	2.1.2 Doctrina del método sociológico-jurídico .....	241
	2.1.3 Determinación utópica .....	242
	2.2 Doctrinas técnicas .....	243
	2.2.1 Diferenciación por el objeto .....	243
	2.2.2 Determinación por el sujeto de la norma .....	246
	2.2.3 Determinación por el sentido .....	248
	2.2.4 Diferenciación por el marco institucional. ....	252
	2.2.5 Doctrina de la vinculación .....	260
3.	Propósito conceptual .....	263

### Capítulo IX. El orden juseconómico

1.	Concepto y sentido del orden juseconómico .....	269
2.	Autonomía del Derecho Económico .....	276
	2.1 Fundamentos de la autonomía .....	277
	2.2 Tesis que le niegan autonomía .....	282
3.	Codificación .....	285
4.	La transgresión económica .....	288

## Capítulo X. Principios y características

1.	Sujeto y objeto.....	295
1.1	Sujetos .....	296
1.2	Objeto .....	299
2.	Naturaleza jurídica .....	301
2.1	Publicista .....	301
2.2	Privatista .....	303
2.3	<i>Nova principium divisionis.</i> .....	305
3.	Relación con otras especialidades .....	309
3.1	Con el Derecho Constitucional .....	309
3.2	Con el Derecho Administrativo .....	311
3.3	Con el Derecho Penal .....	313
3.4	Con el Derecho Civil.....	314
3.5	Con el Derecho Comercial .....	315
4.	División del Derecho Económico. ....	316
4.1	Derecho económico sustantivo .....	316
4.2	Derecho económico adjetivo .....	317
4.3	Derecho económico positivo .....	317
4.4	Derecho económico subjetivo .....	318

## Capítulo XI. Instituciones del Derecho Económico

1.	El proceso de las categorías y técnicas.....	319
2.	Principales figuras .....	324
2.1	Planificación .....	324
2.2	Presupuesto .....	329
2.3	Prioridades .....	332
2.4	Permiso de asignación.....	334
2.4.1	Asignación de cantidad .....	338
2.4.2	Asignación de prelación. ....	339
2.4.3.	Asignación selectiva .....	340
2.4.4.	Asignación fáctica .....	341
2.4.5.	Asignación discriminatoria .....	341

**Capítulo XII. La norma juseconómica**

1.	Características básicas .....	343
1.1	Coercitivas .....	343
1.2	Dispositivas .....	345
1.3	Persuasivas .....	346
2.	Creación de normas juseconómicas .....	348
3.	Clasificación .....	350
3.1	La Constitución .....	352
3.2	La ley .....	354
3.3	El decreto ley .....	355
3.4	Tratados internacionales .....	357
3.5	Decretos de la administración económico-financiera ..	357
3.6	La jurisprudencia .....	359
3.7	La costumbre .....	361
3.8	La doctrina .....	363

**Capítulo XIII. La interpretación juseconómica.**

1.	Elementos básicos .....	366
2.	Ambito y utilidad .....	369
3.	Modos de interpretación .....	370
3.1	En razón del sujeto .....	371
3.2	En razón del modo .....	373
3.2.1	Interpretación literal .....	373
3.2.2	Un nuevo tipo: la realidad nacional .....	375
4.	El lenguaje juseconómico .....	380
BIBLIOGRAFÍA .....		385

## PRESENTACIÓN

*El Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú presenta la segunda edición ampliada de un libro poco usual. No se trata de un estudio jurídico ni de un tratado de economía: este libro se sitúa en ese espacio dinámico ubicado entre ambas disciplinas.*

*La materia de este trabajo no es un objeto definible de acuerdo a las categorías conceptuales clásicas; es, más bien, la relación tormentosa entre dos ciencias tradicionales, que engendra un nuevo tema de estudio. Esta relación puede ser considerada desde el punto de vista de cada una de las ciencias en juego; de un lado, estamos ante una aproximación económica al Derecho, que nos permite leer mejor los fenómenos sociales que subyacen a las categorías jurídicas tradicionales, mostrándolas a la luz de sus consecuencias económicas; de otro lado, estamos ante una aproximación jurídica a la Economía, que utiliza el método del Derecho para explicar más adecuadamente los elementos imperativos presentes en las situaciones económicas. Y, evidentemente, esta interacción es a veces mutuamente aceptada con placer, mientras otras veces es materia de recelo o aún de polémica y de discrepancia: el terreno en el que se ubica este libro puede ser visto tanto como el lecho sobre el que se tienden los lazos amorosos recíprocos entre las dos disciplinas, pero también puede constituir la zona de fuego cruzado entre dos ciencias que intentan celosamente conservar su identidad construida sobre los elementos de antaño.*

*Independientemente de las variadas opiniones a que puede dar lugar el planteamiento de una "Juseconomía" o de un Derecho Económico y más allá de las opciones de carácter ideológico*

*involucradas, no cabe duda de que el Derecho no puede ser pensado de la misma forma después de los trabajos desafiantemente sugestivos de Coase y de Posner. La Escuela norteamericana de Law and Economics, al margen de sus posiciones filosófico-sociales y de la consideración que nos merezca su frío análisis económico, no cabe duda de que ha replanteado para siempre la investigación jurídica, obligando a tomar en cuenta el funcionamiento económico de las instituciones del Derecho. No es posible ya insistir en un mero análisis lógico de la norma jurídica sin sentirnos que giramos en el vacío, sin tener la ingrata sensación de que la realidad está un poco más abajo de nuestras bizantinas contiendas intelectuales.*

*Dentro de esta línea de ideas, la segunda edición del libro de Aníbal Sierralta Ríos tiene el mérito de colocar a disposición del estudioso de lengua castellana ese estilo de razonamiento y ese orden de preocupaciones que ha sido objeto de un desarrollo notable en el mundo anglosajón en los últimos 30 años.*

*Pueblo Libre, enero 1996.*

**FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA**  
*Presidente del Fondo Editorial*

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

*Escribir un libro de Derecho constituye un arte difícil y no siempre satisfactoriamente realizado. Exige la conjunción de un buen contenido científico, dispuesto sistemáticamente con un carácter pedagógico. No basta la seguridad de conocimientos a ser expuestos, ni la precisión del lenguaje, ni la propiedad en el empleo de los términos técnicos. Se requiere, además de estos requisitos, una forma orgánica que sitúe el raciocinio y lo vaya adaptando en armonía a la idea central del texto completo. Por encima de las monografías e incluso de los tratados, en los cuales importa la densidad del contenido, aquí se exige la claridad de estilo en el discurso comunicativo, la facilidad de expresión, sin perder absolutamente seguridad.*

*Si tales requisitos son generalmente exigidos en toda obra científica, tratándose de una disciplina nueva y de contenido sincrético, como es el Derecho Económico, las dificultades son mayores, y por ello, entonces, es que se valoriza el trabajo realizado.*

*A partir de estas consideraciones somos llevados a reconocer los méritos indiscutibles de la obra "Introducción a la Juseconomía", ejecutada con apreciable competencia por el destacado profesor Aníbal Sierralta Ríos, sin duda uno de los pioneros de esta disciplina en la cultura jurídica peruana y destacado autor en el derecho latinoamericano.*

*Su precisión sistematizadora se inicia por la disposición de la materia expuesta que la divide en tres partes: El Derecho y la Economía, El análisis económico del Derecho y el Derecho Económico.*

La primera parte penetra en la delicada cuestión doctrinaria de las relaciones entre Economía y Derecho, para plantear un modelo juseconómico y denuncia lo que considera "las falacias del análisis económico y del jurídico". Incluso, en esta primera parte sitúa la intervención del Estado en la economía y las intervenciones del poder en el mercado que, a su vez, son temas fundamentales de esta disciplina cuando son trasladados al campo jurídico.

La segunda parte aborda el análisis económico del Derecho. Sin olvidar los destacados precursores, como Bentham y Wagner, pasa por los años 60, 70 y 80, con fuerte influencia de la doctrina norteamericana liderada entre otros, por Calabrese, Coase y Posner, constituyendo, ciertamente, una actualización informativa, sin dejar de registrar trabajos de juseconomistas tanto europeos como latinoamericanos.

De nuestra parte, procuramos reducir esta cuestión a una expresión más simple. Partimos de la naturaleza de cada una de estas ciencias en busca de las soluciones, en su forma sincrética, en la Juseconomía. La Economía, ciencia "explicativa", responde a la cuestión propuesta con la voz "es". El derecho, "ciencia normativa", responde con el "deber ser". En la conjunción de estas posiciones, identificamos la medida de política económica jurídicamente reglamentada, que tomamos como objeto del Derecho Económico. La propia expresión "análisis" es aplicada en el "método analítico sustancial" basada en la consideración "valor económico" en cuanto contenido de la norma económica.

En la tercera parte es tratado especialmente el Derecho Económico. Su relato histórico, las doctrinas elaborados en el transcurso de los años de su consolidación, los estudios del orden juseconómico, los principios característicos, las normas y la interpretación juseconómica son estudios con fidelidad y una deseada profundidad.

*Debemos agradecer el honor de prologar esta obra, al mismo tiempo en que nos congratulamos con el profesor Aníbal Sierralta Ríos, por tan valioso trabajo. No lo hacemos por una mera razón de cortesía, sino partiendo de nuestra experiencia en la cátedra de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Geraais, Brasil, cuando iniciamos al efecto el trabajo pionero de esta disciplina, introduciendo el programa obligatoria de Derecho Económico en el currículum ordinario, en el nivel de bachillerato y de doctorado.*

*Esta obra, a su vez, coloca las semillas de esta disciplina en la cultura jurídica peruana y engrandece el esfuerzo jurídico continental de aquellos que en ella reconocen el correcto y justo camino para la solución de los cruciales problemas de nuestros pueblos.*

*Belo Horizonte, enero de 1996.*

**WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA**  
*Profesor Emérito de Derecho Económico de la  
Facultad de Derecho de la Universidad  
Federal de Minas Geraais, Brasil.*



## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

*Quizás si el más grande desafío que enfrentan los juristas de nuestro tiempo en Latinoamérica, es el de la eficiencia social de la ley. Tras más de siglo y medio de vida independiente, los modelos jurídicos que se intentaron construir no han llegado a funcionar satisfactoriamente sino para sectores limitados de la población que constituyen islas privilegiadas dentro del conglomerado social. No se trata de adoptar uno u otro modelo político que proporcione la solución esperada, sino que los modelos legales utilizados para obtener resultados políticos tengan verdadera vigencia social y sean eficientes. No es un problema de ideologías sino de técnicas, no sólo de metas sino de herramientas para construir un orden.*

*Para las generaciones que en Latinoamérica surgieron a la vida profesional en la década del cincuenta se ha producido un desencanto colectivo respecto a lo que esperaban que el Derecho y la ley pudieran contribuir a la paz y la justicia sociales. Muchos juristas en ciernes terminaron derivando a la política, sociología y antropología social en busca de terrenos en los que se pudieran trabajar con resultados más palpables. Ante sus ojos surgieron vastos sectores de la población que al margen de los ordenamientos legales no solamente viven pacíficamente sino que han encontrado maneras alternativas de ordenar la producción, el intercambio y el consumo. Son los pueblos jóvenes del Perú, las favelas del Brasil, las villas miseria de Argentina que han creado una economía subterránea y paralela que algunos*

llaman "informal" y que en muchos casos es más eficiente que la patrocinada por el ordenamiento jurídico, por lo menos para seguir luchando por la supervivencia.

Todo ello ha producido en muchos países un desprestigio social de la ley y la justicia por su inhabilidad para expresar las corrientes más constantes y profundas de la opinión pública. La percepción formal de la ley está desconectada y sin relación inmediata con la vida cotidiana. Antropólogos como José Matos Mar y economistas como Hernando de Soto, en el Perú, han explorado y denunciado el problema desde sus perspectivas profesionales. Un grupo de hombres de Derecho ha venido trabajando desde los años sesenta en aspectos de la ley en su contexto social, pero todo ello fue antes de los trabajos de Posner y Coase que analizaron el componente económico en las relaciones jurídicas.

El doctor Anibal Sierralta Ríos, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y funcionario del Centro Interamericano de Comercialización de la Organización de Estados Americanos, ha escogido un camino poco explorado para su reflexión sobre la eficacia de la ley y su vigencia social: el aspecto económico. Sus trabajos en la OEA le han dado una perspectiva continental para analizar el problema apoyándose en una experiencia personal muy amplia y en un serio e inteligente estudio de la literatura más moderna sobre la materia.

Después de la lectura de su importante trabajo no se podrá volver a mirar con los mismos ojos el problema, ni se podrá seguir ignorando uno de los principales factores para dar mayor eficiencia social y política a la ley y para aproximarnos a un sistema jurídico que nos acerque más a la paz social.

Lima, noviembre de 1988

ROBERTO MAC LEAN U.

## INTRODUCCIÓN

Hacia setiembre de 1988, durante nuestra inolvidable estada en Río de Janeiro, terminamos de escribir este libro, *Introducción a la Juseconomía*, que fue prologado por un distinguido profesor de nuestros años universitarios, el Dr. Roberto Mac Lean U., y editado por primera vez por nuestra vieja Casa de Estudios. De entonces hasta ahora hemos seguido investigando en el tema y cuestionándonos muchos de los tópicos y afirmaciones que contenía nuestro trabajo. Ello ha sido placentero, pues en el interregno hemos podido apreciar algunos ensayos que han surgido en el mundo académico.

Aun cuando no hemos variado en nuestros criterios básicos, ni en la estructura del libro, creemos que algunas ideas deben ser mejor expresadas, algunos capítulos profundizarse y varios ejemplos añadirse para entender mejor la teoría. Por ello es que decidimos ampliar aquella edición príncipe y ofrecer al estudioso un texto más completo y más ilustrativo con algunos conceptos más nuevos.

El interés por analizar el fenómeno jurídico-económico ha merecido respuestas diferentes tanto en el sistema jurídico anglosajón como cuanto en el sistema romano-germánico, y esa comprobación, tal vez sea lo más saltante de esta edición, pues sostenemos que ante una misma manifestación del fenómeno económico la teoría jurídica ha respondido de manera

diferente: sea a través del Análisis Económico del Derecho, en el sistema anglosajón; o del Derecho Económico, en el sistema romano-germánico. En el primero se profundizan los criterios y el método para que el juez pueda administrar justicia y de esa manera el ordenamiento se enriquezca a través de la jurisprudencia, que es la más importante fuente generadora de dicho sistema jurídico; en tanto que en el Derecho Económico se establecen pautas para la formación de la ley escrita como instrumento básico del sistema romano-germánico, elaborando criterios para la creación de la norma y su interpretación.

Ellos nos ha llevado, con ánimo integrador, a proponer los criterios iniciales de una nueva teoría: la Juseconomía, que facilite un instrumental jurídico-económico al legislador, al juez, al operador o agente económico y permita superar la dificultad que tienen la mayoría de los abogados –aun los más brillantes– y la gran cantidad de los estudiantes de Derecho –aun los más destacados– en relacionar la teoría económica a los problemas legales concretos.

Se puede tomar un curso de Economía I, o Introducción a la Economía, y seguramente se podrá explicar lo que ocurre con el precio del trigo cuando el del maíz baja y lo que sucede con el pan cuando el precio del trigo sube, o qué ocurre con el agricultor cuando tiene una excelente y abundante cosecha; pero no se comprenderá qué tienen que ver estas cosas con los derechos humanos –tan citados y tan inaplicados– las transacciones extrajudiciales, el trabajo en el hogar, la indemnización, los seguros, la creciente violencia o el simple congestionamiento vehicular.

Con tal fin abordamos este trabajo que está dividido en tres grandes partes, cada una de las cuales puede ser leída, para efectos de la disección académica, de manera aislada e independiente pues aun cuando guardan unidad, son exposiciones autónomas.

La primera, El Derecho y la Economía, plantea una visión de conjunto de estas dos ciencias, así como sus relaciones vitales; adelanta un análisis del fenómeno jurídico-económico, proponiendo un nuevo modelo para apreciar las situaciones sociales y hechos jurídicos contemporáneos, que llamamos Juseconomía.

La segunda parte, El Análisis Económico del Derecho, introduce al lector a un modelo de nuevas categorías para apreciar cómo las transformaciones económicas demandan correlativas variaciones jurídicas. Expone la necesidad y los medios cómo el abogado, el juez, el fiscal, el procurador del Estado, el profesor universitario, al enfrentarse a un mundo moderno, complejo y álgido, tiene que proveerse de técnicas e instrumentos que le permitan superar con éxito las cuestiones económicas. Posibilita un instrumental para administrar justicia considerando y evaluando la eficiencia y la efectividad del Derecho.

La tercera y última parte, El Derecho Económico, aborda el ámbito de una nueva especialidad, poco recorrida, pero de interesantes proyecciones; expone los argumentos de su autonomía, precisando sus principios, su propio método e instituciones, así como la característica singular de sus normas. Igualmente, se concibe la figura del juseconomista como el profesional encargado de esbozar y armar el marco dentro del cual el hombre pueda concurrir, justamente, a obtener los bienes para satisfacer sus necesidades; hacer conocer a otros técnicos, al economista mismo y al programador en particular, las líneas importantes del Derecho Económico, a fin de que quienes plantean las políticas lo hagan con el conocimiento de los instrumentos y las formas más precisas; sin que ello postergue su misión trascendental y original de "componedor de entuertos".

Los trabajos de investigación no se pueden concluir, con frecuencia, si no se confrontan con las inquietudes y plantea-

mientos de los estudiantes, y esa experiencia fue halagadora cuando por primera vez desarrollamos estos tópicos en la cátedra de "Introducción a la Juseconomía" en Lima, hacia el año 1993, estimulándonos a ampliar la primera edición. Sin embargo, ahora no podemos declararnos plenamente satisfechos; algunos tópicos siguen siendo sólo introducidos.

Finalmente, expresamos nuestro afecto al Prof. Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche, de la Universidad de Washington D.C.; al Prof. Dr. Fernando de Trazegnies, de la Pontificia Universidad Católica del Perú; al Prof. Friedrich K. Juenger, de la Universidad de California - Davis, y al Prof. Washington Peluso Albino de Souza, de la Universidad Federal de Minas Gerais, por sus gentiles referencias.

Nuestro reconocimiento a los señores Humberto Martínez Morosini, Dr. Dennis Vargas Marín y Julio Alzola Castillo, por su ánimo a través de un periodismo que reconoce el honor de las personas.

De igual manera nuestro agradecimiento a los señores doctores Armando Prugue Camino y Germán Patrón C., así como a Alberto Sierralta Morote, por su aliento.

Lima, octubre de 1995

ANÍBAL SIERRALTA RÍOS

# CAPÍTULO I

## RELACIONES ENTRE ECONOMÍA Y DERECHO

### PRIMERA PARTE

### EL DERECHO Y LA ECONOMÍA



## **CAPÍTULO I**

# **RELACIONES ENTRE ECONOMÍA Y DERECHO**

“El universo está lleno de prodigios, pero nada hay más prodigioso que el hombre”, dice el poeta griego en *Antígona*. En efecto, el hombre se ha enfrentado a los obstáculos y desafíos de la naturaleza, así como a limitados bienes y barreras, de diferentes formas, buscando en cada una de ellas una justificación primero y una consolidación de sus logros después.

### **1. LA APROXIMACIÓN DE LOS HECHOS**

Las peculiares condiciones de paisaje, clima, y latitud han influenciado, de una u otra manera, en el hombre. Ha sido una lucha y un esfuerzo constantes entre el ser más débil de la creación y el desafiante medio. Y en este largo proceso, sucesivas adquisiciones lo han nutrido y lo han vuelto más apto para aprender y para entender. A fuerza de haber experimentado y comprendido, y a fuerza de haber temido y respetado las normas sociales, se ha vuelto más susceptible a obedecerlas.

Desde su remoto origen, el hombre, el personaje más indefenso en el escenario de la Tierra, lo único que ha podido oponer a sus ocasionales rivales, más fuertes y mejor dotados, ha sido la inteligencia, la razón. Y es mejor que haya sido así, pues de esa manera, para obtener su sustento, para alimentarse, para buscar y seleccionar los bienes que satisfagan sus necesidades, ha tenido que desarrollar su ingenio. Esa actitud individual es la actividad económica, el *homo oeconomicus*.

En la búsqueda de los bienes el hombre concurre con otros iguales y con las mismas necesidades; esa asistencia, esa presencia común, hace que el equilibrio entre la utilidad personal y la social se altere. La restitución de esa armonía, que a la vez permita una utilización acorde de los bienes, ocasiona la necesidad de ordenar el actuar humano. Una nueva actividad: el *homo iuridicus*.

Si bien es cierto tanto el *homo iuridicus* como el *oeconomicus* son sólo una fantasía de nuestro pensamiento, pues no existe en la realidad un hombre económico ni uno jurídico sino un todo integral, hacemos la distinción en su conducta para determinar la existencia de una relación en las disciplinas propuestas.

La actividad económica aparece reglada por disposiciones de ordenación social. Así nace el Derecho, el que desde "sus primeros orígenes se presenta como una regla inhibitoria de la conducta individual"<sup>1</sup>. De esa manera orienta la actuación del individuo en la escogencia y selección de los bienes. Si no hubiera reglas de conducta estaría más cerca del salvajismo que de la civilización.

Estas limitaciones son las que facilitan la vida en comunidad, de otra manera la obtención de los bienes sería una secuencia de despojos, violencia e inestabilidad.

Thomas Hobbes, en su célebre *Leviathan*, señala que si dos personas desean los mismos recursos, sea para satisfacer sus necesidades primarias o sólo por placer, y, sin embargo, ambas no pueden gozarlos, se convierten automáticamente en enemigos, buscando, el

---

1. Carlos NARDI-GRECO. *Sociología jurídica*, p. 87.

uno al otro, de manera indistinta, destruirlo o subyugarlo. De esto se deduce que, en la medida en que un agresor no tema otra cosa que el poder individual de otro hombre, si alguien planta, siembra, construye o posee algo, otros probablemente unirán sus fuerzas para despostrarlo y quitarle no sólo el fruto de su labor sino, tal vez, su propia vida y su libertad. A su vez, el agresor se enfrentará a las mismas contingencias.

Si esa secuencia continuara estaríamos, entonces, frente a una sucesión interminable de adquisiciones, despojos, muertes y esclavitud, donde ni el mismo agresor estaría seguro de que su osadía y violencia valieron la pena, pues otro u otros harían lo mismo. La estabilidad social sería una ilusión refundida en los sueños.

En consecuencia, una necesidad social obliga a establecer reglas para que no continúe esta explosión social en cadena, ya que al final nadie tendría provecho, se ocasionaría un desperdicio en el que el resultado siempre sería negativo.

Este proceso larvario se desenvuelve a través del tiempo. El hombre, desde su etapa nómada primero, y posteriormente en la más elevada de sedentaridad, después de haber descubierto la agricultura, encuentra su vida reglada por normas: "...la vida jurídica entera de los salvajes se desarrolla sujeta a la más minuciosa reglamentación. Nada que toque a terceros se puede hacer sino con arreglo a normas jurídicas que la costumbre tiene establecidas"<sup>2</sup>. Aun en los grupos más primitivos existen reglas y jerarquías que hacen efectiva la labor del individuo dentro del grupo social.

Estas primeras manifestaciones del *homo iuridicus* son actitudes tendentes a buscar una mejor forma de utilización de los bienes naturales para permitir una subsistencia más adecuada, y para sancionar a aquellos que perturben la posesión de los recursos destinados a satisfacer las necesidades. De tal suerte que puede afirmarse que las primeras manifestaciones en que conjugan el Derecho y la Economía son en el disfrute posesorio de los bienes. El Derecho los protege permitiendo su goce pacífico.

---

2. Valentín LETELIER. *Génesis del Derecho*, p. 410.

En los albores de la etapa prehistórica, los primitivos grupos de cazadores y pescadores castigaban duramente todo acto que significase menoscabo en los hábitos ancestrales, de los que dependían el éxito en las actividades de caza o pesca, predominando en ellos, sustancialmente, el régimen de comunidad, el que por efecto de la inercia y del hábito, así como por causa de la inseguridad de la vida aislada, se mantiene hasta largo tiempo después de adoptada la agricultura.

Posteriormente, en el estadio de las sociedades gentilicias, se impide el fraccionamiento de las tierras cuando la actividad fundamental es el pastoreo, y se impide el pastoreo ejercido libremente cuando la principal actividad económica es la agricultura. En una etapa más avanzada de la cultura, la acción inhibitoria busca asegurar el *status* de los grandes señores sobre los vasallos y a procurar el efectivo cumplimiento de las prestaciones de los avasallados a sus dueños. La deficiente distribución de la tierra compelió aun más la dependencia personal, ya que "no era posible para muchos procurarse el sustento por sí mismos y para su propia familia con los medios primitivos de las porciones de territorio asignadas, por el aumento de la población y por la usurpación que del territorio común hacían los más poderosos; y no todos disponían de capitales necesarios para emprender un disfrute intensivo de los campos"<sup>3</sup>.

Las circunstancias económicas con frecuencia han limitado la condición no sólo social sino jurídica y política del individuo. La imposibilidad de disponer de medios para producir la tierra en sociedades sustancialmente de estructura primaria, ocasionó muchas veces una *capitis deminutio*. La fuente siempre viva del Derecho Romano nos da una muestra de ello cuando refiere la institución de la pérdida de la libertad del individuo por su incapacidad de pago de deudas, la misma que se mantiene hasta la dación de la Ley de las XII Tablas.

La propiedad es una de las instituciones del Derecho en la que se encuentra más graficada la Economía, incluso una buena parte de la

---

3. Carlos NARDI-GRECO. *Op. cit.*, p. 246

literatura económica sostiene que los derechos de propiedad privada bien definidos son superiores a los derechos de propiedad comunitaria o pública. En tanto sólo debemos señalar que es un elemento favorable al surgimiento de la sociedad y concretamente a su célula, la familia, cuando se da en términos de eficiencia, pues da el marco mínimo para el desarrollo de otros principios superiores de la vida en familia.

En otro extremo se afirma que incluso el espectacular caso de la compraventa de mujeres "es una práctica esencialmente jurídica que sólo puede germinar y arraigarse en estados sociales más o menos adelantados, donde ya han empezado a individualizarse la propiedad semoviente y a desarrollarse los trueques mercantiles"<sup>4</sup>.

En una etapa más elaborada de la sociedad, en la que se presenta un cuadro más complicado de la actividad económica, fruto de la interrelación ya no individual, ni tribal, sino entre grupos cada vez mayores y diversos, hay una verdadera diferenciación y limitación de la propiedad común y la propiedad doméstica debido al incremento de la población, sus distintas formas y lugares de asentamiento, así como a las obras físicas permanentes que se construyeron en ellos.

Es posible señalar que la posesión de los bienes escasos posibilita y reafirma la relación entre el Derecho, que legitima la posesión sobre los bienes, y la Economía, que selecciona dichos medios, los más adecuados para la satisfacción de las necesidades. Aun cuando "en los grados inferiores del desarrollo jurídico, nunca se convierte la posesión en dominio porque a causa del atraso de la agricultura, no se puede tener la base indispensable, que es la perpetuidad de la ocupación"<sup>5</sup>.

---

4. Valentín LETELIER. *Op.cit.*, p. 246.

5 *Ibid.* p. 122.

## **2. LAS VINCULACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA**

Siempre se han realizado esfuerzos para hacer efectiva, desde un punto de vista epistemológico, la vinculación entre el Derecho y la Economía.

El estudio de los problemas económicos, bien sea desde la perspectiva moral sobre la sociedad, desde una opción política determinada o desde una orientación institucional, ha tenido que considerar, para hacer viables sus planteamientos, el ordenamiento jurídico o la norma. De igual manera, los propios juristas que se han preocupado por el contexto social o el medio en el cual se aplica la norma han tenido que apreciar el fenómeno económico como una fuerza que condiciona con frecuencia el accionar de los sujetos.

La inevitable conexión de la ley y, en general, del Derecho con la realidad social lo ha hecho derivar hacia una mayor complejidad en la que los fenómenos económicos conviven con nítida energía. Este hecho evidente ha propiciado que se esbocen diferentes posiciones respecto a la vinculación, dependencia o integridad entre el Derecho y la Economía.

Es posible resumir las diferentes posiciones doctrinarias que buscan explicar esta conexión científica en tres corrientes:

- Las relaciones de causalidad.
- Las relaciones de integración.
- Las relaciones de interacción.

### **2.1 Las relaciones de causalidad**

Esta corriente es defendida por el materialismo histórico de Marx, donde la Economía es la causa de todo y el Derecho uno de sus efectos. Así, la sociedad tiene un elemento básico concretizado en la llamada infraestructura económica, y todos los demás elementos formarían, como efecto, la superestructura, tales como la religión, la literatura, la política y, obviamente, el Derecho.

A cada infraestructura económica, a través del recorrer de la historia, corresponde una superestructura. Así se dio una etapa o infraestructura primitiva, antigua (esclavitud), medioeval (feudalismo), moderna (mercantilismo), contemporánea (capitalismo, socialismo), a todas las cuales les correspondió un determinado tipo de Derecho.

En la infraestructura económica primitiva manifestóse una superestructura o un Derecho expresado por la propiedad comunal, el reparto de los frutos o el arbitrio y decisión inapelable de los jefes.

En la Edad Antigua, y particularmente en el período de dominio de Roma, el Derecho busca diferenciar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos romanos, entre éstos y los "transtiberum" o extranjeros, las relaciones entre el Estado y los esclavos y sus colonias; constituyendo así una superestructura.

Durante la Edad Media, manifiéstase el Derecho con vistas a garantizar el reparto de los frutos de la tierra bajo el régimen feudal, en que el siervo intégrase en la gleba que cultiva como si fuera una misma cosa; en tanto que en la vida dentro y en los perímetros del castillo, el Derecho está disciplinando los oficios o el comercio dentro de otras actividades.

En esta posición de las relaciones de causalidad todo se explica por la relación de causa a efecto. El hecho económico es el evento inicial y primero del cual discurren todos los demás.

A este mundo contemporáneo de las grandes corporaciones mundiales, de los transistores, de la concentración económica y de la lucha por el predominio tecnológico, le corresponderá un Derecho con sus manifestaciones peculiares y distintas.

En contraposición a la tesis marxista, el planteamiento institucionalista o americano, enunciado por Richard T. Ely, John R. Commons y H. Carter Adams, ha llegado a afirmar que la economía política es una rama de la jurisprudencia general, o su relación con el Derecho es tan íntima que niega su propia existencia.

La ciencia económica, para la Escuela Americana, no es una cien-

cia abstracta, sino una disciplina que se ocupa "de la conducta del hombre en la sociedad, conducta determinada ciertamente por los instintos"<sup>6</sup>.

Tanto Richard T. Ely como su discípulo Commons, representantes de la corriente económico-legal, tratan de explicar "las elecciones económicas que conducen a actos jurídicos, los cuales pueden a su vez dar lugar a conflictos de intereses"<sup>7</sup>. Esta escuela expresa una posición en la que los aspectos jurídicos alcanzan supremacía.

Para Commons, es necesario reemplazar al individuo por la categoría de "transacción" a fin de apreciar la relación derecho-economía, precisando que hay tres tipos de transacciones: las del trabajo, las administrativas y las de regateo que se llevan a cabo para intercambiar propiedades. Sobre éstas últimas sostenía que no envuelven asuntos de precio y mercaderías o servicios, sino el cambio del control legal. A su vez los individuos, frente a los bienes escasos y ante los conflictos, se agremian para alcanzar ventajas en los intercambios; en tanto que las leyes posibilitan la unidad interna. El Derecho constituye, en consecuencia, la forma de garantizar que el mercado, entendido como una organización de intercambio, tenga a su disposición una serie de figuras contractuales que dará estabilidad frente a la incertidumbre ante los bienes o servicios escasos.

Dentro de esta misma dirección encontramos una posición menos extrema, es la de Nardi-Greco, que podría considerarse incluso como una postura diferente, pero que nos atrevemos a incluirla debido a que establece una causa en la producción económica, como generadora del Derecho.

Nardi-Greco señala que existen tres tipos de reglas jurídicas destinadas a garantizar un sistema económico, las que corresponden igualmente a las tres grandes clases de hechos económicos: a) a la

---

6. Jenny GRIZIOTTI KRESTSCHMANN. *Historia de las doctrinas económicas modernas*, p. 59.

7. *Ibid*, p. 70.

forma de la producción, b) a la forma de relación dentro de los que concurren a la producción y c) a las relaciones de cambio.

La correlación de Nardi-Greco es fragmentaria, pues para él el Derecho se circunscribe únicamente a regularizar tres estadios de la Economía, y, partiendo de una de las cuatro etapas de la clásica división del proceso económico de J. B. Say, concluye finalmente con otras dos divisiones que, si bien es cierto se pueden refundir en las etapas correspondientes a la distribución y a la circulación, no son claras y, por lo demás, por no guardar unidad, adolecen de la ausencia de la cuarta etapa del proceso económico, que es el consumo. Todo esto, como ya lo hemos mencionado, partiendo de la división de Say y sin tener presente la corriente contemporánea de adicionar la inversión al proceso económico.

Si bien es cierto el análisis de Nardi-Greco sobre la vinculación entre Derecho y Economía no es completo, debemos reconocerle un aporte valioso cuando inicia su relación en la etapa de la producción, pues la primera manifestación de cualquier ser viviente es buscar el sustento, la alimentación. Mas de allí a concluir que "el Derecho es un efecto de la producción"<sup>8</sup> hay cierta distancia, pues la producción no es más que un medio para conseguir otros fines.

## 2.2 Las relaciones de integración

Su voz más destacada es la del tratadista alemán Rudolf Stammler. Esta corriente sostiene que lo jurídico y lo económico en lugar de repelerse se complementan, formando un bloque único.

La vida social es la mezcla de una parte sustancial (economía) como de una parte formal (derecho). El Derecho y la Economía configuran toda la vida social y cuando así se da componen un cuerpo único.

Dentro de esta misma posición encontramos al jurista brasileño

---

8. Carlos NARDI-GRECO. *Op. cit.*, p. 446.

Roberto Mangabeira Unger, quien sostiene que toda la teoría de los precios, que es el sustento de la Microeconomía, presupone un orden jurídico. El orden jurídico es el que establece los límites del poder público y de los entes económicos que interactúan en la vida económica de la sociedad, diseñando así el área dentro de la cual pueda funcionar el mercado.

Ronald Coase sostiene que la relación Derecho-Economía no puede estar basada únicamente en técnicas, ya que las técnicas económicas serán absorbidas por las ciencias sociales, entre las cuales el Derecho, que tienen la ventaja de estar más familiarizadas con el campo al cual dichas técnicas serán aplicadas. Y, de cierta manera, esto es lo que ocurre en la relación de estas dos ciencias: un proceso integrativo. A su vez, la Economía también tiene mucho a utilizar por parte del Derecho, ya que la incursión en el ámbito de las ciencias jurídicas permite conocer los efectos que otras dimensiones del sistema social ejercen en el funcionamiento del sistema económico.

Igualmente podemos incluir como un miembro moderado a Fernando de Trazegnies, quien señala que el Derecho es parte integrante de la praxis social, nace de ella, se modifica con ella y asume roles diferentes según la acción que le corresponda en cada una de las estructuras sociales<sup>9</sup>.

### **2.3 Las relaciones de interacción**

Explicada a través del paralelismo con el principio físico de acción y reacción, es decir, a toda acción corresponde una reacción en sentido contrario.

De esta manera, frente a toda preeminencia de una acción económica corresponderá una reacción igual y contraria del Derecho. Niega totalmente una denominación del factor económico sobre el jurídico y de éste sobre aquél.

---

9. Fernando de TRAZEGNIES. *Filosofía del Derecho*, p. 3.

Las dos ramas de las ciencias sociales interactúan separadamente sobre el mundo social.

Puede incluirse al famoso profesor de las universidades de Heidelberg y de Friburgo como uno de los expositores de esta corriente. En efecto, Max Weber, cuya investigación estuvo orientada por comprender su propia época en su pleno significado histórico y real, afirma que las acciones económicas han influido parcialmente en la sistematización del Derecho y que los problemas económicos deben ser resueltos por la maquinaria legal. A su vez, la estructura interna del pensamiento jurídico ha ejercido fuerte influencia en la organización económica. Así han actuado presionando una a otra cada disciplina. Aun más, "en ciertas circunstancias, un orden jurídico, puede seguir sin modificación alguna a pesar de cambiar radicalmente las relaciones económicas"<sup>10</sup>.

César Beccaria es otro de los más destacados autores cuya trascendental obra se refiere a la interacción entre las sanciones y los delitos, desde la perspectiva del daño y beneficio económico que proporcionan a la sociedad. Su obra del siglo XVIII marca, a su vez, el primer hito en el análisis económico del Derecho.

A su vez, Klevorick indica que esta interacción es puramente técnica ya que la Economía puede actuar para dilucidar sobre las categorías a las que puede remitir el Derecho cuando define la norma. El autor dice en efecto, en su obra "Law and economics theory: an economist's view", que la Economía establece o facilita vías para que puedan ser alcanzados los objetivos que persigue la norma cuando la totalidad del problema jurídico sea, sin embargo, de naturaleza económica.

De esa manera la Economía puede hacer frente a los problemas legales, no para proporcionar su criterio que luego el Derecho internaliza, sino para resolverlo en los métodos de la Ciencia Económica. Así, se establece una rica y fluida relación entre métodos diferentes, pero destinados a explicar y entender un mismo fenómeno social.

---

10. Max WEBER. *Economía y sociedad*, p. 269.

Cada una de las corrientes puede tener sus seguidores actuales y sus fundamentos, como se ha señalado. Es conveniente, entonces, esbozar las situaciones del acontecer de la vida social para apreciar cuáles son los puntos de relacionamiento entre Derecho y Economía.

El Derecho se relaciona con la Economía desde el momento en que se consolida como un medio que permite el disfrute pacífico de los bienes, la posesión de los bienes; sin pretender afirmar desde ya —porque ello corresponde más bien a un análisis de Filosofía del Derecho— que el origen de la propiedad tenga una connotación individual, o que ésta en su inicio no haya existido, y sí en su lugar un comunismo primitivo. Pues el Derecho surge como regla inhibitoria, pero originada por prácticas o sistemas de costumbre, de forma de vida, porque el Derecho es eso sustancialmente: vida misma, en donde “la costumbre fue siempre, lo es ahora y lo será eternamente, la fuente originaria por excelencia del Derecho”<sup>11</sup>.

Adam Smith señalaba que el mecanismo para realizar la distribución de la riqueza es el Derecho. Ello es así ya que de otra manera sería un conflicto inacabable. Claro está, esta distribución es independientemente del carácter eficiente, justo o no de la misma; sino considerando al Derecho como instrumento, ya que el célebre economista escocés decía: “En una sociedad de cien mil familias habrá quizá cien que no trabajen en absoluto, y que, sin embargo, o con la violencia o con la más regular opresión de la ley, absorban una cantidad de trabajo social superior a la de diez mil familias”<sup>12</sup>.

Podemos concluir que existe una estrecha relación entre ambas ciencias, entre el fenómeno económico y la norma de conducta, donde las variaciones y alteraciones de los unos son la causa de las otras y donde los cambios de éstas son motivo de aquéllos. La apreciación más superficial de cualquier sistema jurídico es suficiente para evidenciar cuánta parte de las reglas de Derecho van encaminadas a la tutela del sistema económico de una nación, de un país, así

---

11. Valentín LETELIER. *Op. cit.*, p. 408.

12. Adam SMITH. *La riqueza delle nazioni*, p. 18.

como la apreciación de cualquier sistema económico muestra su acción, orientando la economía y dándole esa vida misma que es el Derecho, de tal suerte que no cabría "someter a estudio la economía social sin estudiar con ella, expresa o tácitamente el Derecho que la rige"<sup>13</sup>.

La intervención del Derecho como regulador en la obtención de los bienes para la satisfacción de las necesidades, que es el objetivo fundamental de la economía y el origen común que tienen ambas ciencias, determina su evidente relación, pero no significa la sujeción de la primera a la segunda, ni que el Derecho sea fundamentalmente una consecuencia de la producción, pues aun cuando se interprete en muy amplio sentido el concepto de economía, no puede constituir su contenido exclusivo, salvo que se le haga perder toda precisión; pues como bien señala Max Weber, el Derecho, en sentido sociológico, no garantiza únicamente los intereses patrimoniales o económicos, sino los intereses más diversos, desde el normalmente más elemental, la protección de la mera seguridad personal, hasta los puros bienes ideales como el propio honor y el de los poderes divinos, marcando así la real magnitud de la ciencia jurídica.

Las necesidades humanas no son únicamente necesidades materiales, sino también necesidades psicológicas o espirituales, cuya satisfacción con bienes cada vez más escasos son regladas por el Derecho, y fundamentalmente protegidos. "La preocupación por los derechos y por la dignidad y libertad del hombre no sólo ha agudizado el conflicto en torno a la forma de proteger esos valores esenciales, sino que ha revelado también cuán grande es la legión de hombres que carece de ellos"<sup>14</sup>.

El Derecho no nace de la Economía, no es efecto de ésta. Es cierto que únicamente cuando el hombre se dirige a satisfacer sus necesidades genera o da origen al hecho o fenómeno económico, pues la sola experimentación de necesidad no genera un fenómeno económi-

---

13. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Humanismo, Estado y Derecho*, p. 232.

14. Lester PEARSON. *El desarrollo, empresa común*, p. 111.

co. Un asceta o un débil mental también experimenta necesidades, pero no se dirige a satisfacerlas, o por concepciones religiosas o por incapacidad físico-mental; entonces no se da el hecho o fenómeno económico, y éste está disciplinado por el Derecho. Esta afirmación no puede llevarnos a asegurar que el Derecho sea una consecuencia de la Economía. La orientación o inclinación del hombre para satisfacer esa sensación de angustia de falta o carencia de algo, que es la necesidad, está predeterminada por todo un conjunto de normas, de elementos de Derecho, que tiene que evaluar durante la sensación de necesidad y antes de dirigirse a encontrar el medio adecuado que la satisfaga. Un sistema de normas, muchas veces nacidas —cierto es— de la propia costumbre, pues es la fuente originaria por excelencia del Derecho, ya que es “un universo independiente, formado por sus propias ideas centrales. Si la economía propone, la Ley debe disponer. Los fines del economista se convierten en política solamente a través de los medios suministrados por la Ley”<sup>15</sup>.

“La Economía fijará y jerarquizará los fines y señalará los medios económicos mediante los cuales pueden alcanzarse aquéllos. Pero el Derecho, traduciendo todo ello en normas jurídicas, se encargará de disciplinar el proceso”<sup>16</sup>.

La relación entre Economía y Derecho ha llevado a veces a posiciones agudas, entre el posible grado de dependencia que pudiera existir entre una respecto a la otra. Posiciones de escasa validez, pues la presencia del Derecho como sistema que condiciona el hecho económico a través de la satisfacción de las necesidades, no significa de ninguna manera que la Economía dependa del Derecho, pues ambas son ciencias independientes que se relacionan entre sí.

Sin embargo, la Economía no depende sistemática ni estructuralmente del Derecho, es una ciencia de íntima relación con éste.

---

15. Eugene V. ROSTOW. *Planeamiento para la libertad*, p. 294.

16. Daniel MOORE MERINO. *Derecho Económico*, p. 38.

“La economía política es una de las ciencias sociales más avanzadas, con una tradición teórica bien desarrollada y una literatura de estudios aplicados. Lo mismo que otras ciencias sociales, puede ilustrar mucho al letrado en sus tareas. Suministra al Derecho el conocimiento esencial acerca del funcionamiento de la economía que las leyes tratan de controlar y a las cuales debe responder”<sup>17</sup>.

Atento a la realidad natural, el Derecho ha determinado, a través del proceso histórico, los contornos del fenómeno económico encauzando y disciplinando las instituciones llamadas a convertir en Derechos ciertas circunstancias. En tanto que la Economía, relacionada siempre con el Derecho, ha procurado obtener los medios suficientes, con el menor esfuerzo y en el más breve tiempo, a fin de satisfacer justamente las necesidades humanas. Esta actitud se ha mantenido siempre en cada una de las edades de la historia y en cada una de las corrientes económicas.

El desarrollo de la humanidad ha sido lento en sus primeras etapas, ha demorado siglos el descubrimiento de la rueda, y siglos la aleación de los metales. El dominio de la naturaleza ha demandado esfuerzo, sacrificio y el costo en vida de generaciones enteras.

La ciencia ha tardado generaciones y siglos para convertirse en pieza fundamental de la civilización, en medio para la necesidades y ambiciones del hombre. El principio de gravitación universal de los cuerpos, desde su enunciación por Newton, ha tardado cuatro siglos hasta convertirse en técnica con el invento del avión, pero desde entonces hasta la fecha en que las máquinas vuelan tres veces más rápido que el sonido, sólo han pasado cincuenta años. Antes se necesitaban 3.000 años para duplicar la población mundial, ahora se requieren 45.

La Edad Moderna ha venido preñada de grandes inventos, conquistas, automatización y demistificaciones, de nuevos planteamientos y nuevas necesidades. El maquinismo primero y el industrialismo, inmediatamente después, eclosionaron la economía produ-

---

17. Eugene V. ROSTOW. *Op. cit.*, p. 293.

ciendo nuevos sistemas económico-sociales. Estos hechos superaron al Derecho, que adormitado en el esquema formalista clásico, debió afrontar los nuevos conflictos que exigían una adecuada regulación jurídica. Así se produjo la separación entre ambas ciencias y su posterior conflicto.

Mientras el Derecho adecuaba sus aletargadas instituciones al mundo contemporáneo, la Economía recurría muchas veces a abstracciones excesivas que deshumanizaban al hombre, convirtiéndolo en un factor más de la producción. La industria reducía al hombre al rango de "mano de obra", de factor en el proceso, y nada más.

Si bien la forma explosiva como habían concurrido los hechos en el mundo moderno marcó una escisión entre lo económico y lo jurídico, bien pronto surgió la reconciliación; la eclosión de dos guerras mundiales, así como la crisis económica de los años treinta, cambiaron totalmente el panorama de la política, la economía, obligando a buscar nuevos métodos productivos y nuevas reglas de convivencia pacífica. Instituciones como la propiedad, la autonomía contractual, la responsabilidad, los delitos, empezaron a transformarse. El Derecho así se enfrentó al desafío del mundo moderno.

"El Derecho es una ciencia social y, por lo mismo, cambiante y evolutiva. Sólo las legislaciones muertas permanecen estacionarias. A medida que las necesidades se transforman, las instituciones deben también transformarse. A nuevas necesidades, nuevas instituciones. Al progreso de la economía y de la ciencia, ha de corresponder un progreso equivalente en el Derecho"<sup>18</sup>.

La correspondencia entre las dos disciplinas se ha mantenido siempre, y aunque alguna vez distante, al mismo tiempo retardora para obtener la justicia en el reparto de los bienes de la naturaleza. Economía y Derecho, relacionadas, están diferenciadas por el límite de lo ético.

"A la búsqueda del tipo de hombre que debe ser opuesto al hombre ético nos encontramos con el hombre económico. Éste, en sinte-

---

18. Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *El contrato dirigido*, p. 20.

sis, es aquél que se caracteriza, porque cuida y protege sus propios intereses; en cambio, el hombre ético vela, de preferencia, por los intereses ajenos. De ahí que el hombre jurídico se encuentra equidistante de ambos, ya que la función del Derecho es unir la ética con la economía<sup>19</sup>.

Si se nos permitiera graficar diríamos que la ética es la pared medianera entre las dos ciencias, es el vallado o seto vivo que deslinda dos ciencias y pertenece a ambas. En ellas se juntan y dividen a la vez. No podemos hacer una división entre el *homo iuridicus* y el *homo oeconomicus* dando al primero la regulación de la vida social y al segundo la obtención de bienes y gestión de riqueza. Hay una íntima relación entre las dos ciencias, incluso con la moral. Los recursos, la riqueza, son necesarios para el bienestar material del hombre, pero su orden y prioridad en la estructura social es tarea del Derecho, que las considera en una real y justa dimensión, pues el dinero y la riqueza –como decía el Arcipreste de Hita– hace al torpe, bueno; al cojo, correr; al rudo, hidalgo; y al necio, sabio. La presencia omnímoda y poderosa de la riqueza puede, en alguna circunstancia, perjudicar el desarrollo o el actuar de ciertos sujetos que sólo tienen en el Derecho una fuerza que les permita convivir.

### 3. NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO ECONÓMICO

Hemos afirmado que el Derecho interviene en la posesión de los recursos escasos para satisfacer las necesidades; pero el hombre, al optar por un bien, lo hace buscando, sustancialmente, su interés personal, con independencia de las inquietudes y afanes de otros, así como considerando la mejor opción de un grupo alternativo de otros bienes.

El hombre es un maximizador racional, trata de distribuir sus limitados recursos en forma tal que se eleve al máximo su utilidad,

---

19. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 19.

pues ese es el fin del consumidor<sup>20</sup>. En esa actitud está implícito el hecho de que las personas responden a incentivos y que si el medio ambiente que rodea a un hombre varía en forma tal que incremente sus satisfacciones, alterando su comportamiento, así lo hará.

A partir de la premisa de que las personas naturales responden a incentivos, se derivan los tres conceptos fundamentales de la Economía:

- La relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada.
- Los consumidores y las personas en general buscan maximizar utilidades.
- Los recursos tienden a ser utilizados hacia sus usos más valiosos si se permite un intercambio voluntario.

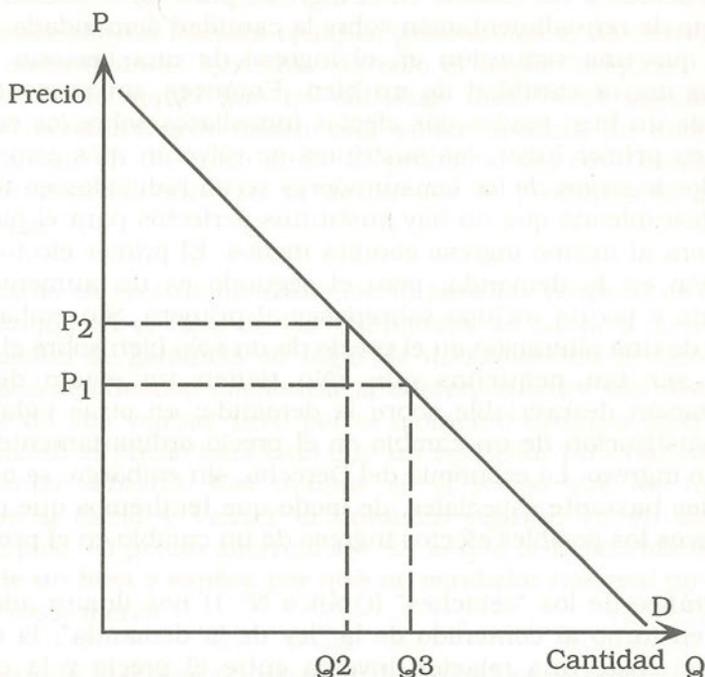
### **3.1 Relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada**

Supongamos que el precio del "cebiche" se eleva a mil soles por plato. Si los otros precios permanecen sin variación, un cebiche le costará al consumidor relativamente más de lo que le costaba antes. Siendo racional y viendo su interés personal, el consumidor reaccionará buscando la posibilidad de sustituir dicho bien por otros platos que le gustaban menos cuando el ambicionado "cebiche" estaba a su antiguo precio, pero que ahora son más atractivos pues son relativamente más baratos. Sin embargo, otros consumidores seguirán comiendo la misma cantidad de "cebiche" que antes, pues para ellos ningún plato es un buen sustituto, aun a precios relativamente más bajos. Pero algunos consumidores reducirán sus adquisiciones de "cebiche" y lo sustituirán por "parihuela", por ejemplo.

Luego, si el precio de un producto sube y todos los demás permanecen estables, la cantidad del producto demandado por los compradores y, por consiguiente, la cantidad producida, disminuirán. Esta relación se ilustra en el Gráfico N° 1, en donde está representada

---

20. C.E. FERGUSON, *Teoría microeconómica*, p. 33.

**GRÁFICO N° 1****RELACIÓN ENTRE EL PRECIO COBRADO  
Y LA CANTIDAD**

una curva de demanda. Esta curva se obtiene al unir los puntos de precios y cantidad. El resultado nos dará la sucesión de todas las alternativas contenidas en la serie.

Así, en el eje vertical se grafican los soles, y las unidades de "cebiche", en el horizontal. Un aumento en el precio, de  $P_1$  a  $P_2$ , resulta en una reducción en la cantidad demandada, de  $Q_1$  a  $Q_2$ . De igual manera podríamos imaginar que la cantidad ofertada caiga de  $Q_1$  a  $Q_2$  y observar que el efecto sería elevar el precio del bien, de  $P_1$  a  $P_2$ .

Este análisis sólo considera que el único canje que ocurre en el sistema es el cambio en el precio relativo o en la cantidad. Si, por el contrario, la demanda aumentase al mismo tiempo que el precio, la cantidad demandada y ofertada no caería; hasta podría elevarse. El análisis también descarta el posible impacto de un cambio en los precios debido a un cambio en el ingreso, pues tal situación tendría un efecto de retroalimentación sobre la cantidad demandada. Supongamos que una reducción en el ingreso de una persona le hace comprar mayor cantidad de un bien. Entonces, un aumento en el precio de un bien tendrá dos efectos inmediatos sobre los consumidores: en primer lugar, los sustitutos se volverán más atractivos; y luego, los ingresos de los consumidores serán reducidos en términos reales (asumiendo que no hay sustitutos perfectos para el bien) porque ahora al mismo ingreso compra menos. El primer efecto es una reducción en la demanda, pero el segundo es un aumento en la demanda y podría incluso sobrepasar al primero. Sin embargo, los efectos de una alteración en el precio de un sólo bien sobre el ingreso suelen ser tan pequeños que sólo tienen un efecto de retroalimentación despreciable sobre la demanda; en otras palabras, el efecto sustitución de un cambio en el precio ordinariamente excede al efecto ingreso. La economía del Derecho, sin embargo, se ocupa de mercados bastante especiales, de modo que tendremos que considerar a veces los posibles efectos ingreso de un cambio en el precio.

El gráfico de los "cebiches" (Gráfico N° 1) nos ilustra adecuadamente en torno al contenido de la "ley de la demanda", la que nos dice que existe una relación inversa entre el precio y la cantidad demandada de un bien, es decir, que a menor precio del "cebiche" los platos demandados aumentan y a mayor precio los platos se quedarán esperando. Esta relación inversa es la "ley de la demanda".

La "ley de la demanda", tal como se le llama a la relación inversa entre el precio y la cantidad, tiene muchas aplicaciones en el Derecho. Se dice, por ejemplo, que el criminal convicto que ha cumplido su sentencia ha "pagado su deuda a la sociedad", y un economista encontraría pertinente la metáfora. El castigo es el precio que la sociedad impone por una falta criminal. El economista está llevado a concluir que un incremento, ya sea en la severidad del castigo o la posibilidad de su imposición, aumentará el precio del crimen y, por

lo tanto, reducirá su incidencia, pues el criminal se verá estimulado a sustituir esa actividad por otra.

### **3.2 Los consumidores y las personas en general buscan maximizar utilidades**

Continuando con nuestro ejemplo, gastronómico, veremos que todos los consumidores buscarán no sólo el mejor "cebiche", sino el más abundante, aquel que les satisfaga más, "esto significa que todos los consumidores tienen una suma máxima de dinero que pueden gastar en un lapso dado. El problema del consumidor es el de gastar esta cantidad en la forma que le produzca la máxima satisfacción"<sup>21</sup>.

Lo mismo es presumiblemente cierto para los vendedores de pescado, aunque en el caso de los vendedores se habla a menudo de maximización de ganancia en lugar de maximización de beneficios. Los vendedores buscan maximizar la diferencia entre sus costos y el producto de sus ventas; pero por el momento estamos interesados solamente en el precio más bajo que un vendedor racional con interés personal cobraría. Ese mínimo es el precio que los recursos utilizados al hacer y vender el producto regirían en su siguiente mejor empleo —el precio alternativo—. Es lo que la Economía llama el "costo" de un bien y explica por qué un vendedor racional no vendería a un costo menor.

El costo de elaborar un plato de "cebiche" es el precio que debe pagar el fabricante por la mano de obra, pescado, ají, limones y otros recursos empleados. Ese precio debe igualar o exceder al precio al que los recursos podrían haber sido vendidos al mejor postor.

Una expresión gráfica de la noción de costo es que éste existe sólo cuando a alguien se le niega el uso de un recurso. Así, si yo puedo respirar todo el aire que quiera sin despojar a nadie del suyo, nadie me pagará por cederle mi aire; por consiguiente, el aire es gratis. El

---

21. C.E. FERGUSON. *Op. cit.*, p. 33.

costo para la Economía es el “costo de oportunidad”, el beneficio del que uno se priva al emplear un recurso de una manera que ya no puede ser usado por otra persona.

“El costo de oportunidad de un recurso se refiere a que un determinado recurso tiene varios usos o empleos, por lo que al ser éste asignado se dejan de aprovechar otros usos o empleo. El costo de oportunidad se refiere precisamente a la mejor alternativa viable en la que se hubiera podido emplear un recurso”<sup>22</sup>.

Esta exposición puede ayudar a disipar la falacia de que la Economía trata acerca del dinero. Por el contrario, trata acerca del empleo de los recursos escasos, y acaso allí se encuentre la relación con el Derecho.

El economista distingue entre las transacciones que afectan el uso de los recursos, sea que el dinero cambie de manos o no, y las transacciones puramente pecuniarias. Veamos: El trabajo casero es una actividad económica, aun si el que se ocupa de él es una esposa o a lo mejor un sacrificado marido, quien no recibe una compensación pecuniaria, pero que implica un costo, principalmente el costo de oportunidad del tiempo del ama de casa o del dócil marido. Por el contrario, la transferencia de un millón de soles, vía tributación, que yo le hago a una persona cualquiera, sería, por sí misma, y prescindiendo de sus efectos, gratis; no consumiría ningún recurso. Por cierto, disminuiría mi poder adquisitivo, pero aumentaría el del receptor en la misma cantidad. Es poco probable que una transferencia sea en realidad gratis: puede disuadir a ambas partes de trabajar tan duro como antes o, si el receptor tiene gustos diferentes en gastar o ahorrar, puede alterar la demanda por diversos bienes. Pero una transferencia de dinero *per se* no es un costo social.

Entre las muchas aplicaciones del concepto del costo de oportunidad en las leyes está el de computar los daños por la pérdida de la vida de un niño. Si el niño no hubiese tenido el poder de generar renta, su muerte no significaría un costo pecuniario a los padres. Sin

---

22. Folke KAFKA. *Teoría económica*, p. 217.

embargo, podemos computar los costos de oportunidad de los recursos invertidos por los padres al criar al niño determinando el precio alternativo del tiempo de los padres y otras entradas (comida, vestido, educación, etc.) en la crianza. La suma de estos precios es un estimado mínimo de la pérdida que experimentarían los progenitores<sup>23</sup>.

Otra aplicación es en la legislación de seguros y en la administración de justicia derivada de siniestros cubiertos por seguros. Cómo valorar, por ejemplo, la vida de un accidentado, cómo determinar la indemnización que han de percibir los deudos por la muerte de un padre o hermano. Bajo la aplicación de un razonamiento económico tendremos que considerar cuántos años de expectativa de vida tenía la víctima, asimismo, la renta que producía, su importancia para la sociedad. Aunque suene, y en realidad lo sea, duro y cínico, no es lo mismo, desde un análisis económicamente frío, un monto igual de indemnización por el ocaso vital de un ebrio consuetudinario que el de un buen profesor universitario.

Señalamos anteriormente que el costo de oportunidad representa el precio mínimo al que un vendedor se desprendería de un bien, ya que a un precio más bajo ganaría más dinero transfiriendo los recursos necesarios para producir un bien determinado a otro uso que le reportara mayores beneficios. Las fuerzas de la competencia propiciarán que el costo de oportunidad sea el precio máximo y también el mínimo. Un precio por encima del costo de oportunidad es un imán que atrae recursos hacia la producción del bien hasta que el aumento en la producción disminuye el precio, por la ley de la demanda, hasta el nivel del costo. Este proceso se ilustra en el Gráfico N° 2. Donde D representa la demanda del bien en cuestión y O los costos de oportunidad de ofertar una unidad de producto a varios niveles de producción. La intersección de las curvas representa el precio de equilibrio y la producción bajo competencia. "Equilibrio" significa un punto estable, en el que, a menos que cambien las condiciones de oferta o demanda, no hay incentivos para que los vendedores alteren el precio o la producción.

---

23. Richard A. POSNER. *Economic analysis of law*, p. 7.

Aun en el caso de competencia a largo plazo, sin embargo, no hay seguridad de que todas las ventas tendrán lugar a precios iguales a los costos de oportunidad de los bienes vendidos. Esto está implícito en la pendiente ascendente de la curva de oferta en el Gráfico N° 2.

El hecho de que el costo de producir una unidad del bien en cuestión aumente con la cantidad producida implica que la producción del bien utiliza algún recurso que es inherentemente muy escaso en relación con la demanda por el mismo, tal como un terreno fértil o bien ubicado. Supongamos, por ejemplo, que la mejor tierra para maíz puede producir dicho grano a un costo de cien mil soles o pesos por hectárea, consistiendo el precio en los costos directos de producir maíz (mano de obra, fertilizantes, etc.) y en el valor de la tierra en su siguiente mejor uso, y que el precio en el mercado para el maíz producido en dicha tierra (una cantidad pequeña) sería un millón de soles. Evidentemente, hay incentivos para aumentar la producción. Otra tierra, si bien inferior, será utilizada para la producción de maíz y este proceso continuará hasta que el precio y el costo marginal se equilibren, tal como en el Gráfico N° 2. En este punto el precio en el mercado igualará al costo del producto marginal.

Supongamos, ahora, que el costo es doscientos a doscientos cincuenta mil soles, pesos, bolívares o reales. Todos los agricultores estarán vendiendo maíz a doscientos cincuenta mil la hectárea, pero aquellos con la mejor tierra estarán incurriendo en un costo de oportunidad (social) de sólo cien mil unidades monetarias la hectárea.

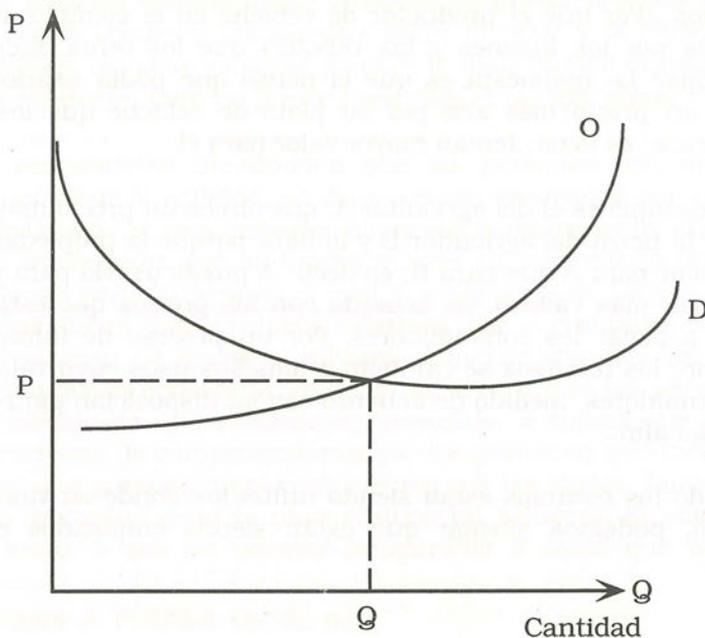
La diferencia entre los ingresos totales de la industria expresados en el Gráfico N° 2 (esto es,  $P$  veces  $Q$ ), y los costos de oportunidad totales de producción, (área debajo de  $O$ ), se llama "renta económica". La renta, en este caso, es simplemente una diferencia (positiva) entre los ingresos totales y los costos de oportunidad totales. Luego, quienes obtienen las rentas en el Gráfico N° 2 son los propietarios de la tierra buena. La competencia entre los productores eliminará todas las rentas del productor, dejando que toda la renta sea capturada por los dueños del recurso que las genera. Si los dueños de la tierra u otros pudiesen aumentar la cantidad de tierra ideal gratis, la competencia

entre ellos eliminaría la escasez que genera las rentas y con ella las mismas rentas. De este modo, las rentas son obtenidas solamente por los propietarios de recursos que no pueden ser aumentados rápidamente y a bajo costo para hacer frente a una demanda incrementada por los bienes que están acostumbrados a producir.

Así, los altos ingresos ganados por unos cuantos cantantes, actores o abogados también ilustran la renta económica debido a la escasez inherente de los recursos que controlan —una voz muy fina, aptitud y determinación atléticas, las aptitudes analíticas y forenses de un abogado con éxito—. Sus ingresos pueden exceder en gran

### GRÁFICO N° 2

#### EL PRECIO LO DA EL PUNTO DE COINCIDENCIA ENTRE OFERTA Y DEMANDA



medida los ingresos potenciales más altos en una ocupación alternativa, aun cuando vendan sus servicios en un mercado competitivo. Una clase diferente de renta económica es la ganada por el monopolista, quien crea una escasez artificial de su producto.

### **3.3 Los recursos tienden a ser utilizados hacia sus usos más valiosos si se permite un intercambio voluntario**

Si no existen trabas legales, como prohibiciones, expropiaciones forzosas, imposiciones indemnizatorias, tasas fijas de intereses, control monetario o congelamiento de precios, los bienes serán utilizados y demandados por aquellos que tienen un mayor interés y deseo de poseerlos y, en consecuencia, estarán dispuestos a dar más por ellos, desde que estiman que el poder usarlos y disponerlos les facilitará una mayor satisfacción y una mayor renta. Los bienes, si circulan libremente, sin barreras extrañas al libre flujo de intercambio, irán siempre a quien los use de una manera más valiosa; más provechosa dirán otros.

Veamos ¿Por qué el productor de cebiche en el ejemplo anterior pagó más por los limones y las cebollas que los otros dueños de cebicherías? La respuesta es que él pensó que podía usarlos para obtener un precio más alto por su plato de cebiche que los de la competencia; es decir, tenían mayor valor para él.

Otro ejemplo es el del agricultor A, que ofrece un precio mayor por comprar la tierra del agricultor B y lo hace porque la propiedad tiene mayor valor para A que para B; es decir, A puede usarla para producir un bien más valioso, de acuerdo con los precios que están dispuestos a pagar los consumidores. Por un proceso de intercambio voluntario, los recursos se cambian a aquellos usos cuyo valor para los consumidores, medido de acuerdo con su disposición para pagar, sea el más alto .

Cuando los recursos están siendo utilizados donde su valor es el más alto, podemos afirmar que están siendo empleados eficientemente.

#### 4. LA EFICIENCIA EN LA ECONOMÍA Y EL DERECHO

Los términos “valor” y “eficiencia” son términos técnicos. “Eficiencia” significa explotar los recursos económicos de una manera tal que el “valor” –la satisfacción humana medida de acuerdo a la disposición para pagar agregada de los consumidores– es maximizado. La disposición para pagar, base de los conceptos de eficiencia y valor, es una función de muchas cosas, incluyendo la distribución del ingreso y la riqueza. Si el ingreso y la riqueza fuesen distribuidos de manera diferente, el patrón de demandas también podría ser diferente, y la eficiencia requeriría un despliegue distinto de nuestros recursos económicos. Puesto que la Economía no conduce a ninguna respuesta a la pregunta de si la distribución del ingreso y la riqueza es buena o mala, justa o injusta, tampoco da una respuesta a la cuestión última de si una asignación eficiente de los recursos sería buena, justa o éticamente deseable. El economista tampoco puede decirnos si, asumiendo que la distribución de la riqueza y el ingreso sea justa, la satisfacción del consumidor deba ser el valor dominante de la sociedad. La competencia del economista en una discusión del régimen jurídico está así estrictamente limitada. El puede predecir el efecto de las reglas legales y los arreglos sobre el valor y la eficiencia, en sus sentidos técnicos estrictos y sobre la distribución del ingreso y la riqueza existente, pero no puede prescribir el cambio social<sup>24</sup>.

Los economistas presuponen que las personas son motivadas para maximizar la utilidad, es decir actúan motivados por el interés individual. Así, si una persona no posee jurídicamente un lote de terreno se presume que no tendrá interés en mantenerlo productivo más allá del período durante el cual lo usufructuará. De esa manera, no lo abonará ni usará cultivos rotativos. Por el contrario, tomará el mayor volumen de frutos y aplicará el menor volumen de abonos. Los economistas consideran que ello se debe a que las personas no tienen asegurada una retribución razonable, a menos que existiera un mecanismo de compensaciones por los gastos en que incurra. En tanto, si una persona fuera compensada por los costos, tendría, a su vez, un limitado incentivo para realizar tal esfuerzo. Si ella tuviese algún lucro, o sea un retorno comparable a aquel que obtendría

---

24. Richard A. POSNER. *Op. cit.*, p.11.

gastando los mismos recursos en su próximo mejor uso, podría estar más incentivado. De esa manera se argumenta que el modo de asegurar el uso eficiente de dicho lote de terreno es tornarlo transferible o permitir su intercambio.

Una cuestión importante en el análisis económico del Derecho es, si se puede decir, en qué circunstancias un intercambio involuntario aumenta la eficiencia. La eficiencia está, como hemos dicho, determinada por la disposición para pagar, y la única manera en que se puede fijar con certeza tal disposición es observando en la realidad una transacción voluntaria. En tanto los recursos son cambiados de conformidad con una transacción voluntaria, podemos estar razonablemente confiados de que el cambio implica un aumento neto en la eficiencia. La transacción no se hubiese llevado a cabo si es que los participantes no hubiesen esperado obtener alguna ganancia. Esto implica que los recursos transferibles son más valiosos en manos de sus nuevos dueños. Pero muchas de las transacciones operadas por el ordenamiento jurídico son involuntarias. La mayoría de los crímenes y accidentes son transacciones involuntarias, lo mismo que un juicio por cualquier daño o una multa, o incluso un proceso civil de interdicción o indemnización por calumnia, difamación. Entonces, es realmente difícil determinar si dichas transacciones aumentan o disminuyen la eficiencia.

Y en realidad no se puede precisar el grado de eficiencia, aun en el caso de las transacciones voluntarias. Luego, una posible respuesta, aunque más bien estéril, es el completo agnosticismo. Es decir, si la transacción es involuntaria, no se puede determinar su eficiencia.

Otra posible respuesta es tratar de adivinar si de haber sido factible una transacción voluntaria, ésta hubiese ocurrido. Si, por ejemplo, la cuestión fuese si los tintes son más valiosos como insumo para la fabricación de juguetes que para la industria textil, podríamos tratar de determinar, utilizando todo lo que sean datos cuantitativos o de otra índole que pudieran ayudarnos, si es que en un mundo de costos de transacción cero la industria de juguetes le compraría a los textileros el Derecho de usar el tinte en cuestión. O si, en otro ejemplo, la reparación vía indemnización, de un daño material o moral a una persona agraviada fue eficiente o no.

Este enfoque trata de reconstruir los términos probables de una transacción de mercado en circunstancias que en su lugar se lleva a cabo un intercambio forzado.

Los intercambios forzados, las sentencias judiciales, las resoluciones indemnizatorias, e incluso la determinación de las costas judiciales, constituyen un mecanismo menos eficiente para la asignación de recursos que las transacciones de mercado –en cuanto éstas sean factibles–. Pero a menudo no lo son y, entonces, la alternativa está entre un sistema de intercambios forzados o regulados por ley y las ineficiencias aun más grandes de prohibir todos los intercambios forzados.

Otro problema es la cuestión del pago como criterio del valor o la eficiencia. Veámoslo con un ejemplo: Supongamos que yo rechazo una oferta de compra de mi casa por 5 millones de soles, pero luego el gobierno la expropia, pagándome 2 millones de soles, su valor según arancel. Supóngase además que el gobierno me vendiera alegremente de nuevo la casa por 5 millones de soles (un valor menor a ése para el gobierno, aunque más de 2 millones), pero yo no tengo ni puedo pedir prestado ni tampoco reunir los 5 millones. Entonces surge la discusión de señalar en manos de quién vale más el inmueble: en las del original propietario o en las del gobierno. Asimismo, se complica la discusión si nos abocamos a determinar la eficiencia o conveniencia de la expropiación: será, entonces, ineficiente la expropiación al precio del arancel, o ésta es más valiosa para el original propietario que para el gobierno o eficiente debido a que mi incapacidad para adquirirla de nuevo al gobierno demuestra que realmente es más valiosa para éste. La respuesta parece ser que en dichas circunstancias no se puede demostrar que la expropiación sea maximizadora del valor como para justificar el intercambio forzado que implica.

Otro caso similar es el de llevar un litigio de dinero a un órgano jurisdiccional en una época de inflación. La demora en la solución puede perjudicar aun más al demandante con razón y propiciar un adicional enriquecimiento sin causa al deudor. Parecería ser más eficiente resolver el conflicto fuera del aparato jurisdiccional. Aun cuando las costas procesales y personales pudieran reequilibrar en

parte al acreedor, muchas veces el procedimiento judicial puede favorecer aun más al deudor y empobrecer al acreedor. Ello explicará por qué las grandes cuestiones del foro desaparecen y por qué el abogado extrajudicial, también llamado "arreglista", va adquiriendo una importancia que crece diariamente; o por qué –tal vez en mejor alternativa– las técnicas de la mediación, la conciliación o la negociación son, ahora, una forma efectiva de solucionar controversias

A pesar de sus dificultades, el concepto de eficiencia tiene un atractivo considerable comparado con el "principio del placer" de Bentham y otros utilitaristas, con el cual se confunde a menudo el criterio de eficiencia. Estando aferrado a la disposición para pagar, el criterio de eficiencia evita el subjetivismo extremo y la arbitrariedad de un principio que justifica cualquier intervención gubernamental que promueva la mayor felicidad de la gran mayoría, sin especificar cómo ha de computarse aquel agregado.

## 5. EL MODELO JUSECONÓMICO

Para analizar la realidad de lo económico y lo jurídico, para apreciar su magnitud y aun su trascendencia, es menester, curiosamente, alejarse de ella, distanciarse para apreciarla en su conjunto. Hay quienes afirman que el pez nunca llega a conocer el mar pues vive inmerso en él, y para que lo aprecie tendrá que salir de él; pero sólo el tiempo y la distancia indispensables, pues si no moriría. De igual manera, el estudioso tiene que apreciar la realidad desde una distancia que no lo aleje y pierda su real visión y por un lapso que no lo lleve a las disquisiciones del aula medieval.

A quien no esté previamente familiarizado con la Economía puede parecerle que gran parte de los conceptos expresados anteriormente son complicados e indescifrables. Y en realidad así parece ser debido a los supuestos que subyacen en la teoría económica. Y quien no esté ligado al Derecho puede creer que muchas de sus reglas son caducas, forzadas o sustentadoras de un esquema de poder.

Dos son los modelos diseñados para estudiar la realidad de lo económico y su influencia en el área del comportamiento del indivi-

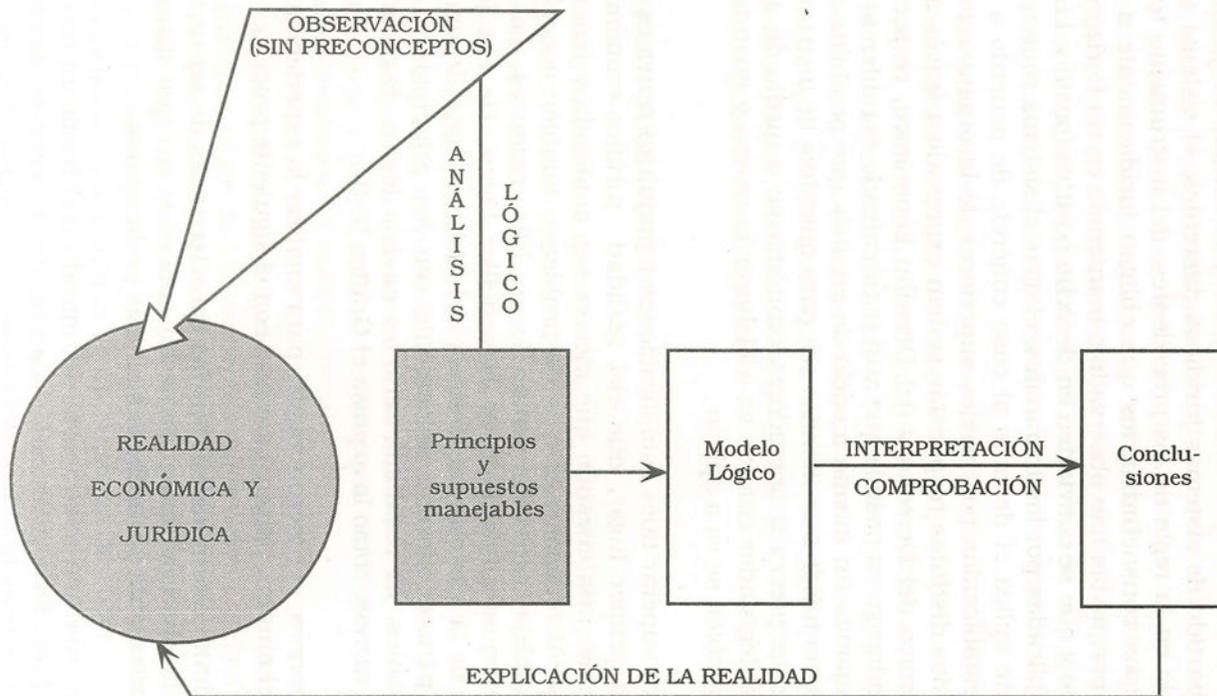
duo: la distribución de los recursos y el sentido de justicia. Ambos han partido de sistemas jurídicos diferentes: el sistema anglosajón, basado en la regla de los precedentes, del instrumento teórico y los principios consuetudinarios que obligan jurídicamente a los individuos porque las han observado o mantenido en un horizonte dado de tiempo y que se convierten en derecho positivo (*positive law*), cuando son aplicadas por los tribunales; el otro, el sistema romano-germánico, que aplica el derecho al caso concreto de acuerdo a como han sido establecidas por niveles superiores de la organización política. Esas dos distintas respuestas se han expresado a través del análisis económico del Derecho y del Derecho Económico, respectivamente. Sin embargo, es posible que aun manteniendo esa diferente respuesta tengamos un mismo modelo de análisis que posibilite apreciar el fenómeno jurídico-económico sea para que sirva de instrumental teórico a los jueces u operadores económicos; o medio de apreciación para el legislador cuando va a elaborar la norma y cuando a su vez, ésta también se va a aplicar.

Para superar tales complicaciones y prejuicios tenemos que admitir, en primer lugar, que esa realidad jurídico-económica es un problema, una cuestión que merece ser analizada y tener una respuesta. Al reconocer que es un problema, también concebimos que es compleja, como en verdad lo es. Ello, entonces, nos mueve a trasladarnos al dominio de la sencillez lógica. De esa forma, por medio de la abstracción teórica y del análisis lógico dejamos lo accesorio para quedarnos únicamente con los principios o supuestos manejables. El resultado será un modelo lógico. Este proceso irá, más o menos, como lo expresa el Gráfico N° 3.

Entonces, el jurista, para analizar la experiencia y la realidad del mundo, parte y continúa con el siguiente proceso:

- a) Admite una realidad, con las características de ser un problema, y la observa como un hecho concreto, sin que distorsione tal apreciación preconceptos o ideas preliminares.
- b) Efectúa una abstracción del mundo real hacia un modelo lógico simple. Deja a un lado lo accesorio, lo intrascendente y queda con lo principal. Las ideas básicas son ordenadas lógicamente en este modelo sencillo.

ANÁLISIS DE LA REALIDAD ECONÓMICA Y JURÍDICA



- c) Interpreta ese modelo sencillo para llegar a una o varias conclusiones en abstracto.
- d) Retorna al mundo real y busca a través de las conclusiones anteriores, una explicación del mundo físico, de la realidad concreta. En base a ello, en algunas circunstancias, puede hacer predicciones.

Aristóteles, concibe la investigación científica como una relación o proceso que parte de la observación de los hechos concretos a los principios generales y regresa a los hechos. Es decir, se parte del conocimiento de que cierto hecho o circunstancia ocurre o de que ciertas notas distintivas de algo coexisten.

Por otro lado, la Economía, como casi todas las ciencias sociales, se basa en supuestos. Uno de ellos es que el hombre tiene un comportamiento racional, y al confrontarlo con la experiencia de todos los días nos encontramos con contradicciones. Sin duda, los supuestos de la teoría económica son en cierta medida sobresimplificados e irreales, como las descripciones del comportamiento humano cuando se aplican a sujetos económicos no convencionales, como el juez, el fiscal, el litigante, el padre, el violador y aun el secretario judicial, a quienes encontraremos en el análisis económico del Derecho. Sin embargo, criticar una teoría en base a que sus supuestos son irrealistas es cometer un error metodológico fundamental. La abstracción es la esencia de la indagación científica. Una teoría científica debe seleccionar del tumulto de la experiencia lo que está tratando de explicar y es, por lo tanto, necesariamente "no realista" cuando se compara directamente con las condiciones reales. La ley sobre la caída de los cuerpos de Newton, por ejemplo, no es realista en su supuesto básico de que los cuerpos caen en un vacío, pero sigue siendo una teoría útil porque predice con una exactitud suficiente, aunque no completa, el comportamiento de una gran variedad de cuerpos en caída en el mundo real. De manera similar, una teoría económica del Derecho no capturará la total complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos –criminales, patrimoniales, maritales o cualesquiera otros– que busca iluminar. Pero su falta de realismo, lejos de invalidar la teoría, es su precondition esencial. Una teoría que buscara fielmente reproducir la complejidad del mundo empírico

en sus supuestos no sería una teoría, sino una descripción, y tampoco permitiría una apreciación clara de la misma, pues aun esa misma descripción no sería exacta, ya que depende de la oportunidad y factores influyentes del observador.

La verdadera prueba de una teoría consiste en su utilidad para predecir o explicar la realidad. Juzgada con este criterio, la teoría económica, a pesar del no realismo de sus supuestos, puede juzgarse un éxito; por cierto, en comparación con las otras ciencias sociales. Se podrían dar muchos ejemplos de la habilidad de la teoría económica para predecir correctamente cómo se comportará la gente en respuesta a cambios en su medio ambiente. Por ejemplo, si un decreto dispusiera un aumento realmente ostensible del sueldo mínimo vital habría una respuesta inmediata en la oferta de trabajo, pero también habría una respuesta por el lado del inversionista y del demandante. Otro ejemplo es la medida legal, tan popular, de reducir la jornada de trabajo femenino con la pretensión de querer favorecerla, pero que en la realidad la perjudica, pues el empresario preferirá, entonces, contratar hombres en lugar de mujeres. Los ejemplos no están limitados a mercados explícitos, el dominio convencional de la economía. Muchos implican a la educación, la familia y a la misma ley, en la que, como veremos, la teoría económica ha demostrado tener un sorprendente poder predictivo con respecto al comportamiento de los criminales, demandantes, jueces de lo común y otros participantes del ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

Es irrelevante si las suposiciones de una teoría son descriptivamente correctas desde que tal teoría sea predictivamente correcta, es decir si guarda relación entre la conclusión y los hechos. El enfoque predictivo, o también llamado profético, ha sido usado con suceso en el campo penal, en lo que se ha llamado la economía del crimen; donde los modelos de comportamiento individual o grupal fueron usados para desenvolver pronósticos respecto a la respuesta de los delinquentes o antisociales frente a determinadas normas sobre penas y carcelería.

---

25. *Ibid.*, p.13.

No es posible obtener una visión precisa y exacta del mundo real. Las ciencias naturales tienen como objeto dar esta visión precisa del mundo, sin embargo, ninguna la consigue de manera absoluta. Incluso las nuevas ideas de la Física consisten en una nueva visión de la realidad que conlleva una cuota de razonamiento, ya que no hay modo de intercambiar información que no requiera de un acto de juicio. Así, tenemos que el átomo es una partícula que nos da información limitada. La información que lleva el electrón es limitada en su totalidad, ya que su velocidad y posición se adaptarán en tal forma que son limitados.

Si un objeto debiera ser exactamente la misma cosa y así lo apreciaríamos, estaríamos reconociéndolo. Pero en ese acto de reconocimiento se lleva a cabo un juicio dentro de un área de tolerancia. Ningún evento atómico se puede describir con "0" de tolerancia. El punto de medida es el "quantum" de Max Planck. En la ciencia, y obviamente en el Derecho y la Economía, nuestro conocimiento está limitado a una cierta tolerancia. Todo conocimiento y toda información sólo pueden ser intercambiados dentro de un margen de tolerancia.

Por otro lado, el Derecho también busca dar una explicación de la realidad; y las leyes, forma con la que se expresa, parten de ciertas nociones, ciertos principios susceptibles de convertirse en tales, los mismos que deben apreciarse dentro de esa relación conocimiento-naturaleza-hombre a fin de que nuestra conclusión sea una expresión más científica y correcta.

Es preciso, entonces entender primero la diferencia entre Derecho y ley y entre justicia y aquél. En razón al objetivo del presente libro y para no caer en el ámbito de la Filosofía del Derecho, precisaremos que en primer lugar el Derecho no es la ley, ni viceversa; no por lo menos en la extensión del término. Muchos textos legales son dados fuera de lo que es el Derecho, fuera de lo que es la propia realidad. Por ejemplo, una ley que estableciera un día de 25 horas o incluso aquéllas tan manidas de disponer mediante decreto que las 6 de la mañana son las 5 en la práctica, vienen a ser dispositivos legales desajustados con el mundo físico y concreto; o aquella ley que dispusiera que las familias sólo han de tener hijas mujeres para aumentar

la población, por más que tenga un proceso de formación legal y formal no llega a ser objeto de Derecho. Esto significa, según señala el profesor Trazegnies "que existe una noción de concepto de Derecho que se encuentra subyacente en la mente del legislador y que constituye un criterio para juzgar la ley que no se deriva de ninguna ley"<sup>26</sup>.

Luego, el Derecho no es una ley, preexiste antes que ésta y condiciona la validez de la misma. Los ejemplos citados son una muestra de normas legalmente válidas, pero no son el Derecho en sí mismo, en el mejor de los casos cuando está acorde con la realidad concreta coincidirá con él.

En el caso de la justicia, la diferencia se puede apreciar más claramente. La doctrina clásica del Derecho, válida hasta la fecha, afirma que el Derecho persigue la justicia, la busca, va hacia ella, pero no es la propia justicia. Ésta es un valor universal y el Derecho sólo la pretende.

Deslindada esta posible confusión entre los términos expresados, podemos señalar que el Derecho tiene su origen en la realidad concreta, y el modelo lógico para explicarla es que la expresión positiva de la norma ha de estar acorde con dicha realidad; y cuando no lo es, la ley deriva en inaplicable o la propia estructura social no la emplea y entonces se llega al término de que está en "desuso". El Derecho es, pues, parte integrante del mundo real, nace de él y, en todo caso, varía su intensidad según la estructura social en la que actúa.

El Derecho parte, con mayor intensidad que otras disciplinas, del mundo real y de que es explicable cuando la norma guarda una relación con esa gran ley no escrita de la estructura social.

Para apreciar mejor la vinculación entre las ciencias es preciso que ésta se dé dentro de las formaciones de una realidad concreta, con las manifestaciones que la precedieron y las proyecciones que tenga.

---

26. Fernando de TRAZEGNIES. *Filosofía del Derecho*, p. 8.

El mundo real de los fenómenos jurídicos y económicos presenta una serie de datos que en una primera impresión son confusos y complejos. Para describirlos y entenderlos mejor es necesario, como se ha señalado anteriormente, elaborar un modelo lógico que explique los aspectos del comportamiento humano y las nociones, ideas o motivaciones que existiendo antes de las normas legales influyen, como una herencia irrenunciable, en la creación de las leyes.

Cierta vez, Protágoras, el filósofo del espacio y el tiempo histórico, convino con su alumno Eulato en que éste pagaría la mitad del honorario pactado con el producto de su primera victoria procesal. Pero Eulato no era muy rápido y expeditivo y, en consecuencia, su experiencia procesal se hizo esperar. Protágoras, entonces, lo demandó por pago de honorarios –una situación angustiante aun en nuestros tiempos– argumentando lo siguiente: Si mi demanda prospera me corresponde el honorario por fuerza de la sentencia; pero si Eulato gana, también me corresponde el honorario en virtud del acuerdo de honor convenido. Eulato, a su vez contesta: Si la demanda es rechazada no deberé nada en virtud de la sentencia; pero si la demanda es admitida, tampoco deberé nada en razón de que lo acordado con el profesor Protágoras fue el pago de honorarios al conseguir mi primera victoria procesal, es decir al ganar mi primer juicio. Como se puede apreciar hay un hecho real: la deuda de Eulato a Protágoras por concepto de honorarios, que es una circunstancia del mundo real y concreto; pero a causa del formalismo y las consideraciones –“se pagará el honorario en ocasión de la primera victoria procesal”– el profesor Protágoras se encuentra sin percibir sus justos honorarios. La imagen, la idea e incluso hasta la forma de haber querido alentar al alumno y darle confianza en las enseñanzas recibidas impiden la concreción de un hecho real: la deuda por honorarios. Ése es el gran conflicto entre la realidad y el formalismo. Oliver Wendel Holmes decía que “la esencia del Derecho no fue nunca la lógica sino la experiencia”, y aunque el razonamiento lógico, el silogismo del juez, es vital para la ciencia jurídica y aun para la validez contractual, éste debe estar basado en la realidad, en este caso económica, para su eficiente aplicación.

El comportamiento humano racional con frecuencia se contradice con la experiencia, cuando se observa que el consumidor empieza a

actuar de manera errática. Esta primera apreciación parecería derribar la teoría, pero el modelo nos puede llevar a la conclusión de que, por ejemplo, la actitud equivocada ha sido inducida por la propaganda y publicidad. De igual manera, las leyes que pueden ser una creación libérrima del legislador, siguiendo todo el proceso de su formulación, están limitadas por las nociones básicas del Derecho emergidas de una realidad natural y social específicas. La interpretación y aplicación también están signadas por estas mismas nociones, cuando se tiene que aplicar al caso específico y particular una ley que sólo establece el marco general y entonces es necesario acudir a la interpretación, creando así Derecho en el vacío que trae la norma.

Es posible que el modelo lógico propuesto no sea perfecto ni suscite acuerdo unánime, pero persigue explicar de manera conjunta el fenómeno de lo juseconómico, en el entendido de que la división del trabajo académico ha incrementado nuestro conocimiento social de la experiencia diaria, pero, asimismo, ha propiciado la formación de compartimentos estancos, dividiendo al hombre en varios tipos, económicos, jurídicos, culturales.

Por ello es que, a fin de promover un entendimiento uniforme de la realidad económico-jurídica, se necesita crear un modelo especial que explique de manera conjunta aquello que la labor académica distanció. El modelo juseconómico pretende facilitar un instrumental de investigación no sólo para apreciar una nueva realidad o un fenómeno que invade dos diferentes ciencias, sino para explicar muchas manifestaciones de los sujetos como muchas experiencias de la aplicación de la norma escrita y la prospección de sus consecuencias o respuestas de los sujetos.

Las críticas pueden oscilar entre las posiciones del "apriorismo extremis" y las del "ultraempirismo". Los primeros afirmarán que las premisas y los supuestos básicos, como el comportamiento del consumidor, por ejemplo, son absolutamente verdaderos y que por lo tanto, las conclusiones derivadas de ellos son también verdaderas y que en tal razón no hay necesidad de interpretación ni de comprobación. Los segundos afirmarán que se deben considerar todos los aspectos en su conjunto, sin separarlos ni aislarlos, privando al estudioso del uso de modelos lógicos simples que, aislando los he-

chos, le permitan apreciar con claridad lo trascendente y obtener conclusiones generales; asimismo, considerarán, en contraposición con los primeros, que todos los aspectos de la teoría deben ser sometidos a pruebas.

Es bueno asumir una posición intermedia. Hay que simplificar el mundo alambicado de lo juseconómico, y después de la interpretación llegar a conclusiones. Si éstas explican la realidad de manera razonable, se considerarán aceptables los supuestos básicos en que se argumentó el modelo.

## **6. LAS FALACIAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO Y DEL JURÍDICO**

El estudio de la vida social del hombre ha propiciado cada vez más la separación de las distintas fases de este universo, aplicando no sólo el análisis particular ante determinados aspectos, sino la superespecialización y aun al panteísmo disciplinario, que quiere explicar todo el acontecer del mundo del hombre desde determinado punto de vista profesional.

La primera gran falacia es la de generalización, cuando el analista económico quiere explicar todo el acontecer del hombre motivado por impulsos económicos, aun el amor, el egoísmo, la caridad, la fraternidad y, caso terrible, la moral, pasando, claro está, por aquella parte que es exactamente el campo particular de su estudio, cual es el de analizar el problema de la asignación de recursos escasos entre fines alternativos.

El afán de lograr la preeminencia de una disciplina respecto a otra ha propiciado este síndrome de Midas, que todo lo que toca lo convierte en un objeto económico y que pretende explicar el acontecer humano bajo motivaciones puramente económicas. La búsqueda de la moral no es una actitud destinada a que los frutos de la inmoralidad -dinero o poder- pasen de una mano a otra; ni que el hombre se dirija hacia una mujer en razón de un interés económico y que el matrimonio sea un medio para conseguir aquellas concesiones que no se pueden obtener antes de él, derivando así esta institución en una negociación comercial.

El analista económico no sólo pretende explicar todas las motivaciones y el acontecer de la vida social con parámetros económicos, sino que incluso pretende corregirlo con instrumentos económicos. Un poco, como diría el dramaturgo Dostoievsky, si diéramos a un economista, ignorante en astronomía, el mapa de los cuerpos celestes, al día siguiente lo traería corregido.

Es común que el legislador, el asesor o el abogado, incluso el juez, crean que la ley tiene efectos mágicos. Que basta dar una ley que prohíba que los niños menores de 14 años trabajen para que inmediatamente cese este atropello. O que "Es Derecho de la familia contar con una vivienda decorosa" (Art. 10 de la Constitución del Perú de 1979) o que "La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos" (Art. 11 de la Constitución del Perú de 1979) para que inmediatamente aquélla tenga vivienda y los muertos tengan lugar donde reposen permanentemente. Mas luego, confrontando la experiencia cotidiana, hay una diferencia y un lirismo. La ley no logra convertir, por el mismo hecho de tal, una situación penosa en otra feliz.

Las leyes por sí solas no producen una acción, se requiere que haya sido adoptada de la realidad y posible de ser aplicada para que se dé el Derecho como una acción viable, posible y ejecutable. La ley no tiene un efecto mágico que convierta una tristeza en bienestar.

Otra de las falacias es la de complicar la expresión de los fenómenos juseconómicos. El economista cae en la "matematización" de los conceptos, es decir, expresa en términos matemáticos y en fórmulas o ecuaciones hasta las ideas más sencillas, cuando no abusa de la terminología técnica que no tiene definición precisa.

Los propios economistas, como Kafka<sup>27</sup>, afirman que las matemáticas pueden dificultar la comprensión de los conceptos, y la tendencia a verlo todo numéricamente puede llevar a que los resultados sean irrelevantes desde el punto de vista económico. De igual mane-

---

27. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 34.

ra, los juristas, jueces y legisladores tienden a dictar sentencias o establecer reglas para toda la comunidad en lenguaje críptico, complejo e indescifrable para los sujetos de la relación jurídica que son, en definitiva, los llamados a comprenderlo y que no tienen una formación académica.

No significa que la expresión matemática de los fenómenos sociales sea inclinación reciente de las profesiones, no, pues ya en los siglos XVII y XVIII Spinoza, Descartes, Leibnitz y Hobbes, entre otros, fueron los que empezaron a edificar una ciencia cuantitativamente universal. Ahora ocurre un abuso ostensible de la medición e interpretación de los fenómenos sociales, económicos, éticos y religiosos, a través de la expresión matemática. Éste abuso es tan frecuente que muchos estudiosos denominan a la edad contemporánea como la edad de la quantofrenia y de la numerología.

Es posible que esta complejidad provocada de la expresión económica y jurídica se haga con un propósito, explicable, de crear un monopolio de la propia profesión a fin de manejar precios –en este caso honorarios– y que los clientes no tengan acceso al entendimiento de las cuestiones legales o económicas. ¿Acaso los colegios profesionales y las asociaciones de consultores ¿no tienen un poco este propósito?. Reducir cada vez más el número de entidades productoras (llámese profesionales) para incrementar precios, pues ya no basta el título académico, se requiere la colegiatura y luego la votación anual para tener el derecho de ejercer la profesión. En la medida en que existan otros pasos, etapas previas, para actuar como economista o abogado, éstos serán menos y, de tal manera, al disminuir la oferta, se incrementarán los precios (honorarios).

La expresión enmarañada o embrollada de la opinión económica o el dictado jurídico aleja no sólo al profano, sino al sujeto directamente vinculado de la relación juseconómica del entendimiento pleno de la norma. No se comprende la exposición de la teoría económica, aun dentro de aquellos que tienen como formación de base la economía. Y acaso, en el mundo del procedimiento judicial, el sujeto (demandante o demandado) casi nunca entiende lo que dicta el juez, pues su expresión es lacónica y enredada.

Pero el propio vocabulario técnico también actúa como censor de términos que explican claramente una situación, pero que impide las profecías. Los expertos en ciclos de negocios han eliminado el término "depresión", tapando el mundo real, ahora sólo existen expansiones y contracciones. Sin embargo, los efectos los sienten igual los individuos.

El afán de remontarse a los hechos sociales históricos más remotos para explicar un evento económico, el historicismo, es otra de las falacias. O caer en la exégesis para formular una norma legal o fundamentar un cuerpo de leyes es otra de las tendencias en que cae el analista juseconómico. Esta distorsión puede llevar al origen de todas las cosas, donde es difícil diferenciar los aspectos económicos de los jurídicos; pero lo que es peor, no explica la realidad actual.

Otro error frecuente de los legisladores es el reglamentarismo, la tendencia de normar en los más mínimos detalles la conducta del hombre con una serie de reglas, pasos e indicaciones. Todas las posibilidades y actos tratan de ser expresados y regulados por el legislador, aun los más mínimos. Esta exageración de las leyes desconoce que el Derecho busca normar la vida humana, pero no manejarla dentro de un ambiente como si todos fueran interdictados. Los individuos y los grupos sociales tienen motivaciones, sentimientos y actitudes diferentes, no sólo por razón de objetivos distintos o geografías o economías distintas, sino el propio tiempo es una variable mutable que altera las relaciones entre éstos. Luego, no es posible reglamentar al mínimo la vida social. El economista, cuando diseña modelos para realidades concretas, también cae en el reglamentarismo, pero éste es diferente al de los juristas, es el reglamentarismo o consideración profusa de los supuestos en base a los cuales se apoya un determinado modelo económico. En este caso el economista parte de muchos supuestos, a veces excesivos, lo cual llevaría a esa generalización que comentamos en el aparte. La carga de supuestos es tan numerosa que el modelo económico deja de ser una posibilidad para derivar en una utopía, cuando no en una ilusión. Además, con este razonamiento cualquier modelo es bueno, pues el posible error en su aplicación tiene la excusa de que tal vez no se dio uno de los supuestos con que se diseñó la estructura económica.

El asunto es más grave cuando –como ocurre con frecuencia– el economista no menciona explícitamente los supuestos que le sirven de base para analizar un determinado fenómeno económico. Por ello es que pueden existir diferentes conclusiones frente a un mismo fenómeno económico, en razón de los supuestos de que se parta.

Otra falacia es la de la predicibilidad como prueba de la validez de una teoría. Es un error afirmar que la predicción correcta es una característica fundamental para que una teoría sea científica. O dicho de otra manera, supeditar la validez de una teoría al hecho de que ésta permita predecir algo.

Hay un vasto número de principios en las ciencias que son verdaderos y que están libres de elementos predecibles. La predicción no es una prueba suficiente para demostrar que una teoría sea científica. Muchos de los pronósticos que se hacen diariamente son extrañas suposiciones que carecen de toda teoría o que tienen como base una teoría errónea. Acaso, por otro lado, no vemos, con lamentable frecuencia, que de vez en cuando una teoría científica ocasiona una predicción errónea sea porque, la teoría se interpretó mal al hacer el pronóstico o porque, siendo válida dentro de determinadas condiciones, la misma falla al no prever la interferencia de lo imprevisto. Luego, no es válida la afirmación de los empiristas sobre el particular, y, en consecuencia, tiene sólo un reducido, cuando no nulo, valor el querer predecir desde modelos o artificios estadísticos la felicidad matrimonial, la reincidencia de un criminal nato e incluso la elección de un diputado, senador o congresista.

Aun cuando admitimos que el pronosticar de un modelo correcto es muy importante, en la práctica encuentra dificultades debido a la complejidad de la vida social y a la falta de repetición de los hechos que sirven de base para tal predicción.

Evidentemente, no tiene ninguna gracia predecir desde hechos que se repiten siempre, como, por ejemplo, predecir que si un niño no recibe alimento morirá, o predecir que si dos personas se aman se casarán.

Por último, un error frecuente en que incurren los “plus académicos”, sobre todo en nuestros países, es el del aislacionismo, al abor-

dar su área fenomenológica como si fuera un compartimento estanco. Ello ha sido propiciado por la propia estructura organizativa de nuestras universidades, donde las viejas Facultades de Derecho, Economía y Ciencias Políticas se convirtieron luego en Departamentos o Facultades de Derecho o de Economía. De ese modo el estudio académico se ha visto aislado, analizándose el quehacer del Derecho cuanto de la Economía en una especie de vacío social, siendo que no existen factores o hechos puramente jurídicos o económicos, y que la apreciación de cualquier hecho social debe hacerse de manera integral o con las reservas de que una consideración o criterio único nos puede dar una conclusión relativa.

Luego, una relación estrecha que integre ambas ciencias sociales se hace necesaria para entender y luego enfrentar la vida del *homo oeconomicus* y del *homo iuridicus*: la juseconomía. Ésta es una especie de calle de doble vía, en donde los conductores de diferentes métodos, principios y metodologías pueden aprender mucho para su propio beneficio y permitir un tráfico más fluido. Entretanto, ambos – economistas y abogados – precisan ser sensibles a sus limitaciones, pues, como bien señalan Frank H. Stephen y Michael Trebilock, cuanto más sofisticada se ha tornado la relación Derecho-Economía, menos nítidas son sus implicaciones para la política y más clara la necesidad de su estudio para apreciar el fenómeno jurídico-económico-social.

## **CAPÍTULO II**

# **INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA**

La acción de los factores, en su afán de dominar el medio en que actúan, se manifiesta en tan diferente forma e intensidad que requiere ser regulada por el Estado para evitar un perjudicial desborde e impedir que esos mismos factores atenten contra el mercado y los objetivos del bien común.

Sin embargo, el grado y energía de esta intervención estatal ha suscitado en los últimos años la más grande discusión, desde quienes se resisten a ver el derrumbe de la economía de los países con un sistema de economía central planificada, hasta los que consideran que sólo una economía de libre mercado en la que el Estado participe nominalmente es la solución más conveniente, pasando por quienes estiman un Estado promotor que intervenga para corregir las distorsiones del mercado y gestar el bien común.

Es preciso, entonces, apreciar cuáles son los fundamentos de la participación estatal.

## 1. ANTECEDENTES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Antiguamente el individuo se enfrentaba al Estado señalando un límite de competencias, pidiéndole neutralidad económica para expandir a sus anchas su propio dinamismo productivo. Era el Estado recaudador y alguacil; ahora, las necesidades de la comunidad, la valorización del trabajo como condición de la dignidad humana y el crecimiento de las corporaciones empresariales empujan al mundo contemporáneo a moverse dentro de los esquemas de un intervencionismo eficaz y promotor.

El intervencionismo tiene antecedentes aislados en el pensamiento. Ya en la Roma de Julio César, después del golpe de Estado y la guerra civil, el Gobierno intervino para, en el fabuloso campo del Derecho Civil, condenar los intereses atrasados y disponer que se aceptaran daciones en pago; asimismo, se reglamentó benignamente las quiebras para liberar al ciudadano de la servidumbre de los deudores insolventes. También hay intervencionismo estatal en los pueblos atrasados cuando el hombre tiene que pedir autorización a la Asamblea para la transferencia de bienes raíces, y en los más adelantados a través de la mera autenticación.

En un inicio, el intervencionismo se limitó a ejercer una serie de funciones que debieron haber sido asumidas por el Estado liberal. El mismo Adam Smith reconocía al Estado el derecho, pero también el deber de proteger a la sociedad, y el derecho, pero también el deber, de crear y atender aquellas actividades desatendidas por los particulares pero de interés para la sociedad.

En la actualidad, la búsqueda del bien común, las obligaciones sociales que conlleva la propiedad privada, la presencia cada vez más fuerte de los grandes conglomerados de acciones empresariales, como las *holding*, o de sociedades, como los *trust*, y la primacía del interés público sobre el particular, respetando la singularidad de la persona humana, han ampliado ostensiblemente el rol del Estado, fijando las reglas del juego económico, participando sobre las reservas naturales o haciéndose responsable del pleno empleo, del crecimiento económico o la distribución de la renta. También es cierto que el crecimiento del intervencionismo es fruto de una mayor acción

del poder que en sí representa el Estado, ya que, al fin y al cabo, esta importantísima institución política es la suma de los poderes particulares que se mueven dentro de ella.

La intervención estatal no es pues una acción propia de los países de economía central planificada, donde el Estado poderoso lo rige todo y donde la acción de los sujetos es sólo considerada numéricamente sin que sea posible hablar de un comportamiento del consumidor, pues el órgano central de la estructura política lo determina a través de un Plan único. La mediación del Estado se da en todos los esquemas político - sociales, pues es una institución con personalidad jurídica independiente y con poder de imperio *erga omnes*.

Aun en los países de economía de mercado, casi la tercera parte del producto bruto interno es generado por los entes públicos o por las empresas mixtas, y la acción u omisión del Estado afecta directamente a los particulares o a la sociedad en su conjunto. Pero ese crecimiento del intervencionismo público es positivo en cuanto ensanche las prerrogativas del Estado a fin de contrabalancear la acción de los otros poderes políticos y propiciar el bienestar de la sociedad.

En América Latina, el proceso que condujo a la intervención estatal fue más bien una política de desarrollo que un remedio anticrisis, como lo fue en el caso de los países industrializados.

El nacimiento hacia la vida independiente, ocurrido en los primeros 25 años del siglo XIX, dio origen a una clase dirigente que necesariamente tenía que buscar un Estado con instrumentos suficientes para enfrentar los intentos de las metrópolis, que en más de una ocasión pretendieron retomar el dominio de estas naciones. Esa circunstancia propició a fines del siglo XIX una intervención económica más creciente. Recuérdese que recién se estaba organizando el aparato estatal, y la falta de cuadros administrativos con experiencia y conocimiento hizo que el propio Estado facilitara, vía la práctica intervencionista constante, una escuela de funcionarios públicos y prácticas estatales.

Pero es a comienzos del siglo XX cuando se pueden apreciar claramente las expresiones intervencionistas del Estado en América Latina. En efecto, producto de una economía basada sustancialmente en la agricultura y la minería, así como en la exportación creciente de materias primas, el intervencionismo presentaba los siguientes rasgos característicos: una estructura agrícola poderosa y feudal, un marco constitucional que consagraba el "Estado gendarme" y un ordenamiento jurídico que mantenía una estructura absoluta del derecho de propiedad, sin ninguna consideración del interés social que ahora proclaman las nuevas doctrinas, así como una libertad contractual cuyo axioma "el contrato es ley entre partes" expresaba que allí no podía intervenir el Estado, aun a pesar del perjuicio económico que afectara a las partes o a terceros. Todo ello evidencia un intervencionismo incipiente en algunas categorías y un abstencionismo derivado de la concepción del Estado policial a que hemos hecho referencia.

El factor que modifica el cuadro descrito fue la crisis mundial de 1929, que obligó, sin menoscabo total de las concepciones liberales, a reemplazar la inserción de los países de América Latina en el comercio internacional y a reformular las líneas de un intervencionismo estatal más creciente.

Fue Keynes quien toma conciencia de estas dificultades y de la necesidad de esta reformulación, que enfatizó en el progresivo aumento de los niveles de ahorro e inversión, producción y acumulación de capital, ya que el modelo del *laissez faire* entró en colapso precisamente por no saber cómo programar su propia expansión. Cabe, entonces, al Estado dar nuevo impulso al proceso económico, afirmaba Keynes. Propuso así una acción gubernamental más incisiva y apropiada para los problemas económicos, reivindicando que los órganos estatales manipulasen la inversión, la propensión al consumo y las tasas de interés. Defiendo la intervención gubernamental – sostenía Keynes – como único medio práctico de impedir la destrucción total de las reformas económicas vigentes como condición de funcionamiento próspero de la iniciativa individual <sup>28</sup>.

---

28. John Maynard KEYNES. *O fim do laissez-faire*, p. 33 y 34.

El naciente industrialismo de fines del decenio del 50 dio origen a una clase dirigente más preparada y formada en los principios de Keynes, que ejerció influencia sobre las decisiones de las autoridades públicas. No olvidemos que, al fin y al cabo, el Estado es un instrumento manejado por las inquietudes de los gobernantes de turno o, como señala Miró-Quesada Rada, “al servicio de los intereses políticos en juego y de las fuerzas políticas”<sup>29</sup>. Pues bien, esa presión pasó de una agricultura incipiente, con rasgos de tecnificación en algunos cultivos, hacia una industrialización empujada por una política de sustitución de importaciones, haciendo asumir al Estado un papel intervencionista, ya que acució el control de cambios; se subvencionó la producción, creando incentivos para formar un parque industrial; se crearon juntas reguladoras de la producción agraria; se formularon y crearon importantes normas de política agrícola, que en algunos casos derivaron en respetables esfuerzos de Reforma Agraria, con miras a resolver un problema social, pero sustancialmente – desde nuestro particular objeto de análisis– a crear un mercado más amplio para el naciente sector industrial. De igual manera germinaron en esa época las empresas del Estado en sectores básicos, interviniendo así directamente en el mercado.

## 2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Se ha llegado a señalar como sinónimos el intervencionismo de Estado y la Economía dirigida, o también denominado dirigismo, sin que uno y otro sean similares. Para aclarar los conceptos, sustancialmente de graduación, es necesario determinar las formas que adopta cualquier intervención en la economía. Lorenzo Mossa, con mucho uno de los precursores del Derecho Económico, advierte tres formas:

- a. Consistente en la fijación de “moldes típicos y abstractos” a que deben ajustar los particulares sus acciones económicas.
- b. Consistente en el “control efectivo y concreto” de la organización económica, defendiéndola de los abusos de la economía.

---

29. Francisco MIRO-QUESADA RADA. *Ciencia política*, p. 104.

- c. Cuando el Estado se transforma en "organizador soberano de la economía".

La primera forma es lo que podríamos denominar una economía de control de mercado, propiamente economía dirigida. La segunda, que busca un efecto social, es intervención estatal. La tercera, en cambio, es la absorción absoluta de la economía por parte del Estado, cuando la actividad nacional está sometida íntegramente a un único plan.

La economía dirigida es una política y una técnica, por oposición a la economía clásica, que se limita a la descripción y explicación de los fenómenos económicos. Ella parte de la evidencia de que la armonía espontánea de intereses es un mito y que la libre concurrencia se convierte en una prima otorgada a los más fuertes. Busca valorizar y estimular la producción nacional, al par que preservar el pleno empleo.

El dirigismo se orienta a mantener el equilibrio económico actuando sobre la producción, los precios, la tasa de interés y los salarios, para asegurar el bienestar social e incrementar la riqueza. Podríamos decir que la economía dirigida es un intervencionismo estatal metódico, no esporádico, que conlleva un objetivo determinado y fijo.

Manifestaciones del dirigismo económico encontramos en los EE.UU., con el *New Deal* impuesto por Roosevelt y con dispositivos legales para la restricción en la producción, como el "Farm Relief Act", o las normas sobre jornada del trabajo y la organización de la competencia del mercado. En Francia, con la legislación sobre acuerdos industriales, que admite la formación de sociedades de productores para levantar la competencia. En Inglaterra, después de la Segunda Guerra, se interviene en la coyuntura económica a través de sistemas de control en la producción, el consumo, las ventas, los precios y la moneda.

Arthur Seldon y F.G. Pennance no usan el término economía dirigida y sí más bien, hablan de intervencionismo estatal. Otros, como Earl Kohler, dan una acepción general de economía dirigida, asimilándola a economía de control: "a la política económica del

sector privado orientada por el Estado mediante controles específicos<sup>30</sup>, y señalando que intervención es “la aplicación por el gobierno o entidad estatal, de cualquier tipo de medida de política económica, tendente a producir un beneficio social”<sup>31</sup>. Apuntando, de esa manera, una acepción amplia para el intervencionismo que busca beneficiar a la sociedad y una concepción restringida para el dirigismo que procura controlar el desempeño del sector privado en la economía.

Intervención estatal, en cambio, es la acción positiva del Estado para afectar la actividad económica como auténtico órgano de gestión de la vida nacional, gestión que incluye la determinación de fines, y por ende, la ordenación de actividades. El Estado es una institución activa, que actúa frente a una circunstancia económico-social determinada y que establece normas para que se opine sobre su forma de actuar. Evidentemente es una entidad normativa, como lo afirman Hans Kelsen y Giorgio del Vecchio, pero también una vivencia frente a situaciones concretas, como lo pueden ser su actuación en una economía de guerra o en un país subdesarrollado, donde incluso es más fácil de visualizar la labor planificadora.

El Estado intervencionista no se limita a desempeñar el papel de viabilizador de acumulación privada mediante el mantenimiento de la demanda gracias a los créditos y gastos públicos. Él cumple una función legitimadora, entendida como la capacidad de un ordenamiento político que asegure la identidad normativamente establecida de una sociedad.

Mientras el dirigismo económico es lo específico, el intervencionismo es lo genérico. El dirigismo se refiere a medidas particulares y objetivos fijos; el intervencionismo estatal, en cambio, a medidas de política financiera, monetaria, agrícola, de inversión; es un marco

---

30. Earl KOHLER. *Diccionario de los términos económicos y contables*, p. 212.

31. *Ibid.* p. 284.

referencial mucho más amplio: acción ante una época de escasez creciente de recursos o reorientación de los agentes económicos.

Seldon refiere que la intervención estatal "puede tomar la forma de regulación, participación y control..."<sup>32</sup>. Cuando así ocurre, entonces es que estamos frente a un dirigismo económico; sin embargo, no es original y escasa la asimilación común de ambos conceptos. Para autores norteamericanos, como Neumark y Eugene Rostow, el intervencionismo está circunscrito a objetivos específicos y delimitados para reducir la inflación, o a medidas tributarias para mantener "un alto nivel de empleo y, si fuere preciso, a la disminución de las diferencias entre las rentas y fortunas de los individuos, todo ello mediante la variación de la carga impositiva general"<sup>33</sup>. Como podemos apreciar, es una concepción de ninguna manera errada, pero sí parcial, de considerar intervención estatal a medidas típicamente dirigistas.

El mismo Neumark, en el desarrollo de su planteamiento, circunscribe el dirigismo económico a medidas de política tributaria que pretenden exclusiva o preferentemente favorecer o perjudicar mediante la imposición y por motivos metaeconómicos (políticos, sociales, militares) a determinados grupos.

Para ilustrar lo expuesto diremos que tanto el dirigismo como el intervencionismo tienen sus modalidades que, si bien es cierto no se contraponen, mantienen en cualquier circunstancia una diferencia de ámbito (Gráfico N° 4).

La intervención estatal se ubica en un plano medio, como instrumento del desarrollo, entre la ortodoxia económica que busca el incremento de la producción y un centralismo económico-político.

---

32. Arthur SELDON. *Diccionario de economía*, p. 310.

33. Fritz NEUMARK. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*, p. 334.

**GRÁFICO N° 4**  
**DIFERENCIA ENTRE ECONOMÍA DIRIGIDA E**  
**INTERVENCIÓN ESTATAL**

<b>RUBROS Y MODALIDADES</b>	
<b>ECONOMÍA DIRIGIDA</b>	<b>INTERVENCIÓN ESTATAL</b>
Proteccionismo aduanero, control de precios y subsidios para sanear los mercados y evitar una economía de escasez.	Regula los planes generales de la economía dentro de los fines y las necesidades al servicio del interés nacional.
Cuotas de importación, control de cambios. Defensa de la industria y el trabajo nacional.	Ingerencia en el funcionamiento de las industrias para racionalizar la producción, distribución y consumo, coordinar los intereses contrapuestos y darle protección al trabajo.
Regulación del mercado de trabajo para mantener la ocupación plena y mejorar el nivel de vida del pueblo.	Formación de empresas estatales y mixtas que exploten los recursos naturales y estratégicos del país. Suplir la falta de capitales y de la iniciativa privada.
Acciones que impidan las espirales inflacionarias o depresivas. Legislación tributaria que distribuya los ingresos.	Políticas financieras, agrícolas, de inversión nacional. Planificación de la economía.

El concepto expuesto por Seldon y Pennance es el más aceptado. Intervención estatal es la: "acción positiva de los gobiernos por afectar la actividad económica"<sup>34</sup>. Es una concepción objetiva que no emite un juicio de valor según de qué manera la afecte, ya que el absolutismo o participación parcial serían causados por posiciones ideológicas, pero en cualquier caso seguirá siendo intervencionismo.

Para Keynes es la condición fundamental para el funcionamiento próspero de la iniciativa privada y la democracia contemporánea. La intervención para él está basada en la regulación de las tasas de intereses, el incremento del consumo por la expansión del gasto público y el estímulo a la inversión por medio de créditos fiscales.

La intervención puede adoptar la forma de regulación, participación o control (en este caso es puro dirigismo económico), o la de reglamentación estatal en nombre de la reforma social, respetando a la persona humana y cuidando de no invadir ciertos derechos que el hombre posee en su calidad de tal; y, también, una presencia absoluta en todo el acontecer social.

### 3. PRUEBA DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Tratar de justificar el intervencionismo estatal nos puede llevar a grandes controversias: desde quienes se quedan en la estática posición gendarme hasta aquellos otros que buscan su dominio y acción imperativa. Quizás todo ello debido a lo que Frédéric Bastiat afirmaba con inocultable sentido del humor: El Estado es una grande ficción por la cual todas las personas buscan vivir a costa de otras.

El Estado necesita, como gerente del bien común y promotor del bienestar, formular planes y programas económicos a través de la dictación de una legislación económica, para orientar la capacidad productiva del país en aras de un desarrollo económico acelerado. Por esa circunstancia es que ahora se le demanda tutela y amparo, para no quedar a merced de la libre concurrencia y ver desbaratada

---

34. Arthur SELDON. *Op. cit.*, p. 310.

su seguridad en la vorágine de las fuerzas económicas desatadas que podrían afectar, incluso, la existencia de la vida organizada; de allí que nadie discuta el derecho y el deber del Estado para orientar el conjunto de la economía.

Luego, uno de los criterios por los que se da la mediación estatal es el de reorientar las alteraciones que sufre el mercado y que perjudican al propio sistema. Sin embargo, es conveniente afirmar que la intervención del Estado por sí sola, aun a pesar de sus instrumentos de coacción, no resuelve totalmente el problema del bienestar de la sociedad. Si bien es recomendable su implicación con la economía, pues es la única entidad política con medios suficientes para que sus decisiones sean seguidas, no se puede concluir en que ello resuelve todo. La intervención estatal no es el remedio mágico o la solución alquimista para resolver las cuestiones del mercado. Y curiosamente esto se olvida en la discusión académica o en el trabajo diario, pues se cree que el Estado es el gran solucionador.

Tal vez hace falta una teoría del comportamiento del Estado así como la hay en el caso de los consumidores y en el de los productores. Así la propugna Kafka<sup>35</sup>, a fin de que tal teoría analice los efectos verdaderos de las distintas formas de intervención estatal, y que, asimismo, investigue quién o quiénes se benefician con tales medidas y el costo de las mismas. También, continúa el autor, esta teoría habría de analizar las medidas políticas que se contradigan entre sí.

El desarrollo de este planteamiento permitiría una concepción más realista de la acción del Estado, brindando un elemento de análisis que no se ha aplicado al conocimiento de esta entidad política por el exclusivismo de tratarla sólo a través de una óptica formalista y constitucionalista.

En los últimos cinco años una fuerte corriente neoliberal ha recorrido de un extremo a otro América Latina, llegando a esbozar la teoría de que el Estado tiene como fin fundamental cimentar el mer-

---

35. Folke KAFKA. *Op. cit.*, pp. 613 y 614.

cado y que toda su acción es posibilitar el libre juego de los factores de intercambio. De esta manera, la intervención del Estado sería un mecanismo que se aplicaría sólo únicamente cuando los resultados prácticos de su participación son más convenientes que la acción espontánea de cada individuo visto como sujeto del mercado.

Para quienes proclaman que el Estado debería de abstenerse de participar en la economía y dejar actuar libremente a las fuerzas del mercado, ha de responderse que esa sería una forma de intervención, pues permitiría que otras unidades económicas tomaran sus decisiones a nombre de él. "Ya es un tópico hoy decir que el abstencionismo del Estado no sería más que una forma de intervención estatal; sería una decisión a favor de determinadas fuerzas sociales ascendentes. Para salvar la libertad económica el Estado tiene que intervenir, porque una liberalización integral de la economía significaría dejar en libertad a aquellos poderes económicos cuyo sentido es precisamente destruir la libertad económica"<sup>36</sup>.

El Estado, así, interviene no sólo regulando la actividad de los agentes, sino enfrentándose a las nuevas formas del poder económico. De esa manera el Estado no sólo tiene un valor normativo y formal –tan caro a los abogados–, sino una forma y expresión del poder como estado-aparato<sup>37</sup>, como estructura burocrática importante que busca marcar líneas en la economía y la vida de sus ciudadanos.

La doctrina social-cristiana repudia la libertad de *laissez faire*, no limita la intervención estatal a la cuestión obrera, sino que va más allá, examinando con detenimiento el problema de la legislación social y considerando entre los fines del Estado la función de promotor del bienestar. Oficio del Estado es –dice la "Rerum Novarum"– "ayudar en general, y como en globo, con todo el conjunto de sus leyes e instituciones, administrando y ordenando el Estado, tanto a la pros-

---

36. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Op. cit.*, p. 284.

37. Francisco MIRO-QUESADA RADA. *Op. cit.*, p. 103.

peridad privada como a la pública". Así, el fin que ha de procurar es la virtud, la ciencia, la técnica e industria, la agricultura y el comercio; de esa manera el problema social quedaría casi resuelto.

La economía se ha vuelto política y el Estado tiene que adaptarse a sus funciones de regular la actividad productora del hombre, dentro de un sistema de normas y fines, como servidor y agente del bien común. Hay quienes afirman que después de las encíclicas pontificias no puede haber ya católicos no intervencionistas, sino, a lo sumo, intervencionistas de mal humor. En efecto, los Papas condenan la inhibición del Estado en la vida social, reivindicando como una de sus principales prerrogativas el derecho de intervenir, no como policía, sino como gestor en el fomento de la prosperidad pública.

En el Código Social de Malinas, que es una codificación o vademecum del pensamiento de la Iglesia Católica, el Título XIV está consagrado a exponer la intervención del Estado. Allí se preconiza que el Estado, como gerente del bien común, tiene que ejercer una acción positiva sobre la vida económica. El numeral 156 dice: "Incumbe al Estado imprimir una dirección de conjunto a la economía nacional".

En tanto, y en otra dirección, es bastante ilustrativo el ejemplo norteamericano. Ningún país ha sido más opuesto a la interferencia del Estado en el ámbito de la economía, siguiendo la tradición protestante y calvinista de sus primeros colonizadores, para los cuales el Estado era un mal necesario cuyo poder se esforzaba en limitar. El ascenso de la riqueza norteamericana, durante un período de libre concurrencia e iniciativas particulares, parecía justificar su tesis. Pero vino el desplome, la crisis que puso en evidencia las contradicciones del régimen capitalista y la insuficiencia de sus métodos. Entonces Roosevelt, con su nuevo trato, redujo a cenizas el mito del Estado abstencionista. El *New Deal* estableció un intervencionismo a fondo, en todos los órdenes. Entonces el gobierno se hizo tutor y patrono.

Durante el período de Truman, con motivo de las huelgas de los sindicatos del acero y ferrocarriles, que comprometían la producción

nacional y el programa de defensa, el Gobierno de los Estados Unidos no tuvo ningún reparo en incautarse esas industrias y ponerlas a funcionar bajo el control federal, en virtud de una complicada legislación económica.

En definitiva, pues, las circunstancias han sido las que han obligado al intervencionismo, dejando a un lado el planteamiento del Estado policía que impuso, en su momento, el liberalismo; ahora ya no es posible volver al individualismo, al "Estado gendarme", a la mano invisible como motor del mercado.

Sin embargo, algunos quieren ver en la intervención una pérdida de la libertad humana y de la iniciativa privada. Nada menos cierto. La intervención estatal no ocasiona ese perjuicio, sólo ocurre esa situación cuando se quiere dar a un grupo de presión o a un partido, enquistado en el Gobierno, poderes omnímodos en la determinación de la economía nacional.

El Estado no es totalitario por el hecho de intervenir en la economía, sino por fortalecer la socialización de un poder indirecto poniendo a su servicio la fuerza de su poder político. Es decir, poniendo al servicio de los grupos de presión o del partido la fuerza del Estado.

La articulación de la economía nacional, mediante el instrumento del desarrollo que es la intervención estatal, no implica circunscripción ni postergación de la iniciativa privada, ni menos la sustracción de la libertad humana; "el respeto a la iniciativa privada no es sólo un principio liberal, sino también un postulado del intervencionismo económico"<sup>38</sup>.

Legaz y Lacambra señala que el intervencionismo sólo es peligroso cuando se presenta en un régimen totalitario, pues al intervenir el Estado en la economía constriñe al hombre, así como cualquier actitud empresarial, a los dictados del buró administrativo. "La econo-

---

38. Fritz NEUMARK. *Op. cit.*, p. 454.

mía se convierte en uno de los resortes más fuertes de la centralización y la esclavización del hombre por el Estado<sup>39</sup>.

Partiendo de la formulación leninista que define la ideología soviética como una ley socialista fundamental, la realización del socialismo sólo se hace posible, y por necesidad, apoyándose en una economía planificada. En efecto, en el 7º Congreso del Partido Comunista (7-marzo-1918) W.I. Lenin señala: "Todo el engranaje de la economía estatal ha de ser transformado en una gran máquina, en un organismo que actúe de forma tal que cientos de millones de personas se hagan dirigir por un sólo plan". El peligro radica, entonces, no tanto en la aplicación del intervencionismo, sino en la ideología o el sistema de gobierno que orienta un país, y sobre el cual no tenemos intención de abordar por cuanto sería introducir un capítulo político improcedente.

Para una adecuada instrumentación del desarrollo, la acción del Estado ha de efectuarse a través de un intervencionismo que busque un efecto social inmediato y no, únicamente, el acoplamiento de la producción nacional a las necesidades de consumo.

El Derecho tiene ingerencia en cualquiera de las dos situaciones, sea ya en el dirigismo o el intervencionismo. Las normas que regulan la seguridad industrial, salario mínimo vital (legislación laboral), o aquellas otras que protegen la competencia mercantil e impiden los monopolios (legislación más bien administrativa) son disposiciones jurídicas propias del dirigismo económico. En tanto que las normas sobre adjudicación de bienes económicos frente a las necesidades humanas crecientes y la coordinación de intereses para estimular el desarrollo nacional son disposiciones diferenciadas del intervencionismo estatal. Éstas últimas son las que corresponden concretamente al Derecho Económico. Las normas que buscan dar un rumbo determinado a todo el proceso económico, que intervienen las actividades de mercado en cuanto de ellas depende la consecución de las

---

39. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Op. cit.*, p. 203.

metas y objetivos de la política económica son las únicas que poseen características propias del Derecho Económico y las que permiten la realización intervencionista del Estado.

Olivera afirma que también en la economía dirigida se dan normas del Derecho Económico; así, señala que el "modo especial de ordenación económica que es la economía dirigida tiene su expresión jurídica diferenciada en el derecho económico". Sin embargo, debemos mencionar que para el juseconomista argentino, el dirigismo adquiere ribetes tan amplios que deriva en intervencionismo estatal. En efecto, señala: "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"<sup>40</sup>.

En definitiva, ya no se discute la intervención del Estado en la economía; lo que se cuestiona es la forma cómo se manifiesta, el grado y los campos que aborda; para ello se requiere de un método de análisis y una rama especializada que lo regule afirmando los límites y sentido económico, así como los derechos del hombre. Una legislación económica, que dé la vestidura formal a los instrumentos de la política económica, pues las leyes del mercado ya no son suficientes para obtener un efecto social adecuado y una normatividad de los derechos de la persona. Así se delimitaría claramente los derechos patrimoniales, susceptibles de ser afectados por normas de política económica, de aquellos otros derechos, como la libre expresión, la libertad de pensamiento, la libre iniciativa, la inviolabilidad de domicilio, el credo religioso y político.

#### **4. FORMAS DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA**

Una prueba o justificación de la intervención no es suficiente para demostrar la conveniencia de que el Estado tercie en la marcha de la economía, buscando el bienestar y permitiendo el libre juego del mercado. Es preciso determinar las formas o tipos que ésta adopta.

---

40. Julio OLIVERA. *Derecho Económico*, p. 23.

Toda manifestación del Estado como director del proceso económico, aparte de un propósito económico inmediato, tiene una connotación jurídica.

A los medios que utiliza el Estado para orientar la vida económica también se les conoce como instrumentos; sin embargo, preferimos hablar de formas o recursos para diferenciarlos de los instrumentos del desarrollo económico, que son precisamente la intervención por sí misma y la planificación.

Las formas de intervención son el conjunto de medios o instrumentos de que dispone el Estado para poder orientar o regular la economía. La expresión de estos recursos se hace a través de normas que representan el contenido de lo que llamamos juseconomía. Los tipos de intervención económica, a nuestra manera de ver, se pueden clasificar en (Gráfico N° 5):

**GRÁFICO N° 5**

**LOS TIPOS DE INTERVENCIÓN ESTATAL ECONÓMICA**



La intervención se puede manifestar de forma "específica" cuando la decisión se expresa directamente y de manera indubitable a través de un dispositivo legal, cuando los sujetos se ven afectados plena y totalmente pues cubre todo un sector de sus actividades. En tanto que denominamos "genérica" cuando es un planteamiento y un lineamiento general que no obliga en forma inmediata a los particulares a adoptar una determinada conducta, ni compromete al Estado, a través de su aparato administrativo, a designar recursos hacia una actividad determinada. Las políticas de inversión, agrícola, financiera o comercial, no siempre tiene un peso de coacción, como sí lo tienen, en su caso, las normas sobre planificación, presupuesto y aun los permisos de asignación. Así, las formas genéricas pueden expresarse a través de incentivos, ayudas crediticias, infraestructura administrativa, a las que pueden acceder los sujetos económicos.

La diferencia entre las formas específicas y genéricas, dentro de la clasificación propuesta, radica en la mayor o menor coerción con la que buscan efectivizarse.

Las primeras son formas que llevan implícita una coacción para imponer una determinada conducta a seguir frente a un plan predefinido. En tanto las genéricas son planteamientos amplios que incluyen consideraciones sobre las actividades de unidades (empresas, confederaciones, sindicatos, gremios), pero que no siempre establecen una coacción en términos legales, más bien estipulan beneficios adicionales por encima de los que comúnmente podrían tener los sujetos si no actuaran en el campo que éstas legislan.

#### **4.1 Tipos de intervención específica**

Las formas específicas de la intervención se subdividen en periódicas y uniformes. Las primeras se expresan cada cierto tiempo con un nuevo sentido, son cíclicas, como la planificación y el presupuesto; en cambio las uniformes mantienen su misma expresión y contenido jurídico.

Cada una de estas formas son de naturaleza juseconómica, pues a través de ellas el Estado actúa sobre la economía y, al mismo tiempo, estimula a los agentes económicos a participar o abstenerse en el campo dinámico del crecimiento nacional.

#### 4.1.1 Periódicas

Son formas con un tiempo de duración preciso, ya que se diseñan metas a cumplirse en un horizonte dado de tiempo. Las dos formas básicas son la planificación y el presupuesto.

La planificación se generalizó en el contexto de la economía socialista, donde el plan contiene el cuadro rector de obligada observancia de la vida económica, habiéndose utilizado en las economías capitalistas más maduras de una manera sectorial o regional, para implantar una determinada prioridad en específicas ramas de la vida económica. Hasta fines del decenio del ochenta, las principales economías de Europa Occidental la tenían en su estructura jurídico-económica; como también los países asiáticos, como el caso del Japón, donde su poderoso e influyente Ministerio de Planeación diseña los programas del largo plazo; de igual manera los principales países del sudeste asiático, que mantienen un sistema que estipula directrices para el sistema económico en su conjunto.

Para el abogado como cuanto para el empresario, el manejo del instrumental planificador y el impacto que supone su inserción en el ordenamiento tradicional han suscitado una serie de problemas cuyo conocimiento aparece como ineludible. Frente al fenómeno de la planificación el jurista queda obligado a compulsar la validez de los esquemas tradicionales, revalidándolos o rectificándolos en su caso, ya que, con frecuencia, se produce un trasto, que de instituciones jurídicas sólidamente generalizadas y de principios constitucionales tenidos por imbatibles<sup>41</sup>. Sin embargo, ahora, una corriente liberal está reduciendo esa primacía constitucional de la planificación, cuando no eliminándola.

Por otro lado, el presupuesto es el acto legislativo mediante el cual se precisa los gastos e ingresos que el país experimentará durante un periodo determinado, que usualmente es un año. Sus notas jurídicas son acto legislativo, pues es la única forma de creación; es una

---

41. R. Martín MATEO & F. SOSA WAGNER. *Derecho administrativo económico*, p. 55 y 56.

autorización de gastos al Poder Ejecutivo, ya que sin ello no podrá actuar; y finalmente, es una estimación contable de los ingresos.

#### 4.1.2 Uniformes

Tanto las prioridades como los permisos de asignación son formas de intervención que no tienen una periodicidad específica y que se establecen para orientar la acción sobre un sector de la economía.

Estas formas se aplican en las economías capitalistas en los períodos de guerra, a fin de alcanzar el doble objetivo de un suministro equilibrado máximo y la estabilidad económica. De esa manera se programaba la producción en fases preestablecidas, teniendo en cuenta las exigencias de la crisis de guerra y las necesidades civiles.

Las clasificaciones de preferencias u ordenes de prioridades son un sencillo método de dirigir el flujo de bienes y recursos hacia los usos más esenciales. Así, los usó la Administración de los Estados Unidos de América a comienzos del decenio del 40 frente a una aguda escasez, y se estipularon prioridades para la utilización de bienes y para la distribución, como lo fueron el *Production Requirements Plan* (diciembre 1941) y el *Controlled Materials Plan* (noviembre 1942), destinados a convertir el país entero en un "arsenal nacional conjunto" tratando a todo el aparato productivo como "una enorme empresa". Dichos planes, como otros, fueron contenidos en un gigantesco Programa de Producción que buscaba mantener la demanda al nivel de la oferta y equilibrar la producción.

Tal forma de asignación y priorización fue puesta también en práctica en el decenio del 50, durante la guerra con Corea, lo que llevó a una experiencia en el manejo de estos instrumentos jurídico-administrativos que más tarde se trasmitió, como una transferencia tecnológica, a los países latinoamericanos, cuando a través del llamado Punto 4 de la Alianza para el Progreso se incentivó la formación de institutos de planificación en casi toda América Latina.

#### 4.2 Tipos de intervención genérica

Las formas o tipos como el Estado interviene la economía van

hacia los más variados campos: el financiero, el agrícola, el monetario, el inversión y, comercial. Uno de los más evidentes y antiguos es el de los impuestos, dentro de la política financiera del Estado, y que lo reconocen todos los tipos de intervencionismo; pero los otros también se aprecian de una manera directa o indirecta.

Una expresión de este instrumento es la llamada "administración ordenadora", que está expresada mediante los instrumentos o mecanismos estatales que engloban el sistema económico con vista a ciertos objetivos establecidos por el Estado. Estos son instrumentos legales, aun cuando no necesariamente tengan un contenido coactivo, ya que se pueden dar, por el contrario, premios, como es el caso de los estímulos fiscales para la creación de un parque industrial, para fomentar la descentralización o para promover las exportaciones; donde las normas no contienen una sanción, sino más bien una remuneración o incentivo para quienes, aprovechándose de tales instrumentos, coadyuven la consecución de los objetivos prefijados.

Se ha criticado la política de incentivos como un tipo de intervencionismo nocivo, señalando que tales medidas, en el caso concreto de América Latina, la han conducido durante el decenio del 80 al estancamiento, y que el tratamiento diferenciado que se ha dado a determinados sectores o actividades económicas ha constituido un desperdicio de la actividad productiva del país, que se consume en el esfuerzo de los particulares por obtener un privilegio<sup>42</sup>. Sin embargo, el esfuerzo exportador de América Latina, basado en una política de fomento de las exportaciones –iniciada en el decenio de los 70 y basada entre otras políticas en esquemas de incentivos–, muestra otros resultados. Así, lo podemos observar como punto de análisis serio y también de la evidencia empírica.

En la actualidad, las manufacturas representan alrededor de una tercera parte de los ingresos totales provenientes de la exportación en la región, en tanto que hace dos decenios representaban aproximadamente un 10%. En los años 70 y 90, las exportaciones latino-

---

42. APOYO. *La reforma de los contenidos de la Constitución de 1979*, p. 31.

americanas se han ido perfeccionando hacia la producción de manufacturas, y estos productos han crecido a una tasa anual promedio del 11%, porcentaje que prácticamente duplicó el registrado por los países industrializados. Lo que demuestra un sólido crecimiento y el consiguiente incremento de su participación en el mercado mundial de exportaciones de manufacturas. Así, los países que han tenido políticas más claras y reales de apoyo a sus exportaciones no tradicionales han obtenido ingresos que no habrían percibido de las exportaciones de productos tradicionales. Efectivamente, tanto el precio como el volumen explican gran parte del notable crecimiento de las exportaciones de manufacturas de la región, que pasó de menos de US\$ 2.000 millones en 1970 a más de US\$ 40.000 millones en 1990. Los movimientos de los precios relativos produjeron a los países latinoamericanos US\$ 16.400 millones adicionales a los que habrían percibido si el aumento en los precios de las manufacturas hubiese sido igual al de los productos básicos. Ello llevó a que la ganancia combinada resultante de los precios más favorables a largo plazo y del aumento del volumen de las exportaciones de manufacturas representara un ingreso adicional de divisas de US\$ 81.000 millones para América Latina<sup>43</sup>.

El otro tipo es el de la intervención directa, por medio de la también denominada "administración prestacional", en la que el aparato estatal participa en la inversión o el comercio, generalmente a través de las empresas públicas o las sociedades de economía mixta, sea en situación de franca competencia dentro del libre mercado, como es el caso del transporte aéreo, siderurgia, o substituyendo a la acción privada, como es la explotación y comercialización del petróleo, la sal, la energía, la leche, las telecomunicaciones, en las que la acción del Estado adquiere carácter monopólico o monopsónico cuando se convierte en el único comprador de productos importados para proteger su parque industrial y evitar, a lo mejor, un acuerdo de integración económica.

---

43. BID. *Progreso económico y social en América Latina. Informe 1992*, pp. 205 y ss.

Finalmente, se da el tipo de intervención que podríamos denominar "administración del mercado" o "administración del Estado moderno", como le llaman algunos, y que se basa en la articulación de cinco reglas básicas:

- Liberar las fuerzas del mercado para que éstas se expresen por sí solas y posibiliten la acción dinámica del mercado.
- Establecer las condiciones que posibiliten el uso eficiente de los bienes públicos y la solución de los problemas de externalidades.
- Garantizar un manejo monetario y una política macroeconómica que posibilite un crecimiento estable y sostenido de la economía.
- Facilitar el acceso de las personas a los servicios esenciales de salud, educación, seguridad, pero partiendo del principio de que ello es responsabilidad de las personas, ya que el Estado sólo acude en circunstancias supletorias y posibilitando oportunidades de superación.
- Privilegiar la inversión en todas sus formas como un medio para alcanzar niveles de crecimiento económico.

Éste es el tipo de intervención que indudablemente merece la mayor atención, y su estudio debe considerar no sólo la exposición y explicación de estas reglas que tienen su validez, sino también apreciar cómo esas fuerzas dinámicas del mercado interactúan y pueden afectar a la persona, que en definitiva es el fin supremo del Estado y hacia el cual acuden las reglas del derecho y la economía.

La forma, frecuentemente extrema, en que esta concepción ha empezado a establecerse en los países en desarrollo, principalmente del Asia y ahora en América Latina, nos permite apreciar que, junto a ella o como consecuencia, se está estructurando una nueva forma política de gobierno que en algunas circunstancias es diferente de la concepción de democracia que hasta ahora se tiene.

Los nuevos criterios son: la eficiencia gerencial, la racionalidad material y la despolitización de la política como sustento de la modernización. Así, entonces, la democracia representativa es conside-

rada como un factor que impide obtener elevadas tasas de ahorro, la ampliación de los excedentes, el rigor salarial, y la transformación industrial. A ellos se une los riesgos de la hiperinflación, el desorden social, la hiperexcitación ideológica y los graves desequilibrios externos.

El analista norteamericano Samuel Huntington señalaba ya a fines de los años 70 que en algunos países hay indicios sustanciales de que los sistemas democráticos pueden retardar el crecimiento económico, que la industrialización y la consecuente masificación urbana son grandes estimuladores de las tensiones sociales, siendo, entonces, que la disciplina exigida para la implementación de los programas modernizantes requiere de un aparato estatal capaz de disolver la confusión entre las múltiples y conflictivas aspiraciones de los grupos y clases que componen la sociedad, y su real posibilidad de satisfacción<sup>44</sup>.

El razonamiento de Huntington apunta hacia los dilemas enfrentados por este Estado modernizador que busca sustituir el concepto de legitimidad constitutiva por el de gestión y gerencia de los programas de crecimiento económico. La idea compatibiliza medios y fines, fundándose en un objetivo o principio mayor: la responsabilidad o la acción dinámica de la gestión pública. La legitimidad está entendida en cuanto a la capacidad de que tiene un sistema decisorio de ser y hacerse respetar. De esa manera todos los medios serán justificables desde que aseguren la consecución de los fines deseados. Es la ética de la convicción la que sustenta al moderno Estado.

La concepción básica de este nuevo Estado intervencionista, según Faría, en un análisis de perspectiva latinoamericana, es la disciplina y el orden, concentración del capital y ampliación de la productividad, centralización del poder y autoritarismo, independientemente del costo social que pueda acarrear o de la naturaleza de las diferentes formas de control y cooptación que pueda establecer<sup>45</sup>.

---

44. Samuel HUNTINGTON. *A ordem política nas sociedades em mudança*, pp. 12 y ss.

45. José Eduardo FARIA. *Eficacia jurídica e violencia simbólica*, pp. 121

Helio Jaguaribe dice que la efectividad de este nuevo Estado debe ser entendida bajo tres dimensiones: propensión, capacidad y viabilidad. La propensión corresponde al uso de alguna forma de legalidad por parte del Estado, a fin de disponer de instrumentos normativos para conflictos derivados de los distintos niveles tecnológicos y de productividad del país frente a otras realidades. La capacidad, en tanto, es la función específica del Estado de mantener estructuras sociales suficientemente cohesionadas, sea para superar los inevitables conflictos sociales o para permitir la coexistencia simultánea y pacífica de diferentes grupos de poder económico. Por último, la viabilidad está condicionada a obtener un mínimo de consenso, a fin de que los grupos de poder que puedan ofrecer resistencia a la modernización perciban que sus intereses no están siendo afectados o amenazados<sup>46</sup>.

Este nuevo intervencionismo revela la tendencia de abandonar las formas y categorías jurídicas clásicas que le impidan desenvolver su esquema administrativo de mercado. Propugna una serie de instrumentos normativos flexibles a fin de ir adecuando las fuerzas del mercado y los grupos de poder que actúan en él. Uno de ellos, las reglas de inversión, se convierten en reglas fundamentales debajo de las cuales se estructuran todas las otras formas de ordenamiento de la vida en sociedad, de tal manera que aun algunas concepciones y tradiciones de los pueblos y su manifestación o medios en que se expresan pasan a depender de lo que es bueno para el desarrollo de la inversión y de aquello que lo afecta. De allí se derivan nuevos instrumentos, como la protección al capital extranjero, los contratos de estabilidad tributaria, los medios alternativos de justicia, el sometimiento del Estado a organismos financieros internacionales o entidades protectoras de la inversión y tecnología foránea, así como el proceso de privatización o desnacionalización de las empresas públicas.

Tales nuevas manifestaciones o nuevos instrumentos caen dentro de lo que se consideran las categorías de las normas juseconómicas, pues al fin y al cabo son políticas económicas que este tipo de

---

46. Helio JAGUARIBE. *Desenvolvimento político*, Cap. III.

intervención establece para orientar a la sociedad en su conjunto. Allí es, entonces, donde se hace necesario de un método para interpretar las manifestaciones de tales medidas cuanto, a su vez, las pautas dentro de las cuales se deben elaborar las leyes y los jueces interpretarlas.

Al igual que el Estado interviene en la economía con diferente intensidad, medios y campos a los que afecta, también las distintas unidades económicas ejercen su influencia y poder en el mercado, alterando su desempeño, así como las instituciones sociales intermedias. De tal manera que no se puede dejar al simple accionar de las fuerzas del mercado el diseño de un medio de vida para el hombre pues éstas pueden ser más fuertes que el propio individuo.

## **CAPÍTULO III**

# **LAS INTERVENCIONES DEL PODER EN EL MERCADO**

No sólo el poder del Estado interviene en el mercado, otras instituciones accionan y llegan a dominar las relaciones de intercambio con igual fuerza.

### **1. ELEMENTOS Y UNIDADES DE REGULACIÓN DEL MERCADO**

La intervención pública del mercado constituye una de las características más prominentes en la estructura del Estado moderno. Enmarcada dentro de los lineamientos de la intervención estatal, que abarca aspectos tan amplios y diversos como seguridad social, educación, cultura, defensa, recreación y deportes, la intervención del mercado deviene en un aspecto notable del aparato estatal.

Se señalan como elementos del Estado, dentro de una misma categoría e importancia, a ingredientes tan distintos como la nación, su tradición e idiosincrasia, el territorio, el aparato administrativo, el poder soberano, el orden económico, jurídico y político, así como otros similares o también complementarios. Uno de éstos, el orden

económico, permite al Estado establecer regulaciones del mercado, a fin de corregir las distorsiones que la acción de los sujetos puede motivar, o marcar líneas de conducta en base a los grandes objetivos de una nación. De allí que, en lugar de constituir una opción o facultad para el Poder Público, la intervención del mercado es un imperativo, una obligación.

“El sentido económico racional de las regulaciones de mercado ha aumentado constantemente con el incremento de la libertad formal de mercado y con la universalidad de la mercabilidad. Las regulaciones de mercado primitivas estuvieron determinadas en parte de un modo tradicional y mágico, en parte por influencias del clan, estamentales, militares o político sociales y en parte, por último, por las necesidades de los soberanos de la asociación”<sup>47</sup>. Ahora en la actualidad, la intervención pública en la economía nacional constituye un fenómeno constante de toda la sociedad, pues el sustento ideológico de que el desarrollo social en el orden económico está basado en la autoplanificación de la producción, en una mano invisible que mueve las fuerzas del mercado, para lo cual es menester una movilidad absolutamente libre de los factores de la producción y el franco funcionamiento del mercado, es ya una suposición puramente teórica y no vigente en la realidad. La mano invisible ya no lo es, es evidente la existencia de fuerzas que mueven a su propio favor el mercado. La presencia de los oligopolios, la tendencia de las agrupaciones monopolísticas y el conglomerado financiero, así como las fuerzas del trabajo, demuestran que más bien hay una mano visible que acciona el mercado. Y allí es donde interviene la gestión pública, para corregir esas desviaciones y permitir, luego, que los ofertantes y demandantes estén en condiciones reales de convenir o acordar un comportamiento común en el mercado.

Tanto las regulaciones primitivas, a las que hace mención Weber, como las actuales obedecen a influencias de diferentes grupos, sean políticos, empresariales o financieros.

---

47. Max WEBER. *Op. cit.*, p. 63.

No es sólo el Estado el que regula el mercado, ya que aunque éste interviene en la economía afectando a los agentes, cuando nos estamos refiriendo al mercado, como una estructura en la que juegan un conjunto de demandas individuales en base a precios, ingresos, gustos y precios de bienes relacionados, y en donde los agentes no se encuentran solos, hay otras fuerzas en el escenario, a veces con el mismo grado de poder. Son los grupos de presión, los centros de poder, que interactúan marcando su dirección desde su particular interés.

Los grupos no estatales que influyen el mercado son las asociaciones gremiales (empresarios, financistas, sindicatos, asociaciones) o conglomerados de empresas. Estos últimos adquieren la figura de una fusión, conexión o integración jurídica y económica, como es el caso del *trust*; en otra circunstancia la conexión es únicamente financiera, manteniendo una aparente autonomía legal y administrativa, así nos encontramos con el *holding*. Finalmente, las empresas conexas pueden llegar a una concertación de precios y distribución de mercados, sobre todo cuando el país tiene una política proteccionista, y así regular la competencia o, dicho de otra forma, creando una competencia regulada por los propios ofertantes y no por la demanda.

Hay que reconocer que estas formas, si bien es verdad se mueven dentro de una estructura estatal dada, muchas veces entran en beligerancia cuando no influyen sobre la organización formal del Estado. El tamaño económico, financiero e incluso de fuerza laboral que pueden tener es tan grande que sería ingenuo negar su peso y poder en el manejo del mercado. Algunas de ellas tienen un volumen de ventas en el mercado nacional o externo —y aquí es más decisiva su participación, pues pueden influir por sí solas en la generación de divisas de un país— que supera con facilidad el Producto Bruto Interno (PBI) nacional. Allí tenemos el caso de la General Motors Co., que iguala al de algunos países de América Latina; el de la Ford que, excede ligeramente a Austria; o el de la Royal Dutch, que casi iguala al de Noruega.

El Estado, como reiteramos, interviene por sí a través de su fuerza coactiva en la economía; sin embargo, en el juego del mercado interactúa con otros grupos y fuerzas. Al manifestarse adquieren,

además, un peso político, pues al poseer un grado de influencia original, distinto al del Estado, y confluir con él en el mercado, adquieren una connotación política. Son nuevas estructuras políticas, como afirma Miró Quesada Rada en la misma línea de Lucas Verdú, Angel Capelleti y los modernos tratadistas de la ciencia política, que desarrollan una dinámica política al interior de la sociedad, distinta a las decisiones que emanan de la estructura formal del Estado.

Es probable encontrar resistencia en este análisis por parte de las fuerzas de poder que influyen en el mercado; pero si aplicamos el modelo juseconómico que se desarrolla en el Capítulo I, admitiremos la evidencia de la propia realidad.

El excesivo formalismo y aun el legalismo con que se ha estudiado al Estado, así como el afán de algunos juristas de darle una acepción de absolutismo autárquico y hasta mágico, independiente y distante de los sujetos que integran el aparato estatal, impermeabilizándolo de todas aquellas otras estructuras que se mueven en el accionar económico y social, ha mantenido una acepción más bien valorativa que real de sus verdaderas dimensiones y magnitudes.

Evidentemente el Estado posee una naturaleza normativa y, al adoptar decisiones en el mundo económico, impone coacciones; sin embargo, la realidad nos demuestra que otras unidades complejas y distintas imponen también coacciones, si bien es cierto no con la naturaleza de norma, con la misma fuerza que una decisión estrictamente formal. Pero no nos dejemos desconcertar sólo por la solemnidad con que se expresa un decreto o una Ley, hay otras expresiones no formales con que se manifiestan otros elementos del mercado y no por ello menos fuertes para afectarlo.

### **1.1 Las decisiones de los elementos del mercado**

El afán de dominación está implícito en la competencia. No es posible creer que allí donde las fuerzas del mercado entran en franca y abierta competencia no exista el propósito, la intención de dominación por parte de una de ellas. La presión que ejercen los entes económicos, los propios seres humanos, frente a terceros en un área de competición es un medio íntimo al anterior de cualquier intercam-

bio económico. Lo que puede cambiar y variar es la forma de su ejercicio y las consecuencias.

Las economías nacionales funcionan de una manera bien distinta en la realidad y distante de la teoría paretiana del equilibrio, del mecanismo de los precios y de los automatismos. En ella juegan, como se ha dicho, el Estado, las grandes corporaciones, las asociaciones gremiales, los llamados grupos de presión, cada uno de los cuales tiene un plan, un objetivo, cuya aplicación y ejecución ha de ser conseguida imponiéndose —muchas veces— sobre los planes de terceros.

Las unidades de mercado buscan normalmente modificar el comportamiento económico de los otros por medios más o menos compatibles con la lógica del mercado y la teoría de los precios. Estas unidades abarcan una pluralidad de formas, en las que el Estado es sólo una de ellas. Toman sus decisiones de acuerdo a sus propios planes, que son elaborados, las más de las veces, con prescindencia y sin considerar el de las otras unidades en un horizonte de tiempo. Nos estamos refiriendo a las fuerzas mismas de la economía, a las acciones de las propias empresas o de los elementos del mercado.

Veamos un ejemplo: Cuando la empresa o grupo de presión "A" traza un plan incompatible con el elemento "B" está planteando, voluntaria o involuntariamente, un conflicto, una beligerancia que no será resuelta sino por la participación de un plan efectivamente dominante de otro elemento "C". Es decir, la aparición de la coacción. Perroux, quien indudablemente realiza uno de los aportes más interesantes en el estudio de los diferentes elementos y sus presiones en el mercado, llama a estas decisiones económicas macrodecisiones. Cualquier elemento económico tiende a usar la coacción para ejecutar sus propios planes. Lo que ocurre es que estos elementos del mercado no saben necesariamente, cuando planean, si es incompatible con otro elemento del mercado. Los grupos o empresas sólo perciben su confrontación en el camino de la aplicación de sus propios planes.

Ahora bien, cuando un elemento del mercado emplea la coacción pública o privada para hacer sus planes compatibles o concordantes,

es decir, para realizar una o varias acciones que le aseguren un predominio temporal sobre la plaza, es que efectúa una macrodecisión<sup>48</sup>.

La macrodecisión es obra, ya sea del Estado, ya sea de una empresa, un sector manufacturero o comercial, o un grupo económico. Se basa en la apreciación *a priori* de las diferentes reacciones del mercado e implica el uso de la coacción.

Las macrodecisiones corresponden al Estado como a los grupos privados frente a otros grupos o unidades elementales. La decisión del Estado se aplica sobre o por encima de los planes de cualquiera de los grupos que participan del mercado. En tanto que las macrodecisiones de los entes privados se aplican cuando de su adaptación se deriva una colisión de intereses con otros grupos.

Esta presión, ejercida durante un lapso por una unidad económica sobre otra, resulta tanto de las operaciones comunes como de actividades heterodoxas. Así, una de las presiones puede ser por volumen de unidades producidas para alterar el precio del producto del mercado, o alteración de los volúmenes de venta por manejo de precios. En tanto que un tipo de acciones no heterodoxas puede ser, por ejemplo, las acciones de *lobby* que efectúan las unidades económicas para inducir a los poderes públicos, a los niveles de decisión política o económica, a adoptar una conducta o disponer una prohibición o, finalmente, una abstención que pueda ser favorable a sus objetivos.

El hacer *lobby*, reciente técnica de influencia de los grupos económicos, para inducir a determinados otros grupos —no solo al Estado— a ser sensibles y receptivos frente a sus objetivos significa, obviamente, un gasto y, por lo tanto, una consideración en el actuar de cualquier grupo.

## 1.2 La coacción como bien económico

Los mejores trabajos sobre la coacción en el campo económico son los aportes de François Perroux, Roberto Mac Lean, Stewart

48. François PERROUX . *La economía del siglo XX*, p. 265.

Macaulay, Bronislaw Malinowski, Eugene V. Rostow y los de Bengt Broms. Si bien Mac Lean U., dentro del mismo análisis del primero, trata sobre la coerción económica internacional y de la forma como los estados pueden llegar hasta los límites de la agresión política y económica, proporciona importantes conceptos sobre la coacción.

La macrodecisión, pues, es una decisión que trata de imponerse sobre las otras fuerzas de la economía a través de la coacción, que, hay que admitirlo, es al fin y al cabo un bien económico.

La coacción presenta las características de un bien económico. Si lo clasificamos dentro de los tipos de bienes es complementario pues junto con otros satisface necesidades, y también es un bien sustituto, pues puede ser reemplazado por otros, el premio por ejemplo. "Puede, dentro de unos límites, reemplazar otro bien, en el plan de empleo del sujeto. Los gastos necesarios para adquirir los medios de coacción son, en principio, comparables a los gastos necesarios para obtener los medios del cambio más libre (bienes de producción, bienes de consumo, moneda)"<sup>49</sup>.

El apremio es ejercido por todos los elementos o grupos que interactúan en el mercado, siendo que el que corresponde al Estado es la expresión jurídica por excelencia y está revestido de la aceptación social. Su enunciado es producto del *jus imperium* y es acatado por la sociedad en su conjunto, pues posee el aparato policial y militar para exigir su cumplimiento. Influye decisivamente, como se ha señalado en el capítulo precedente, en toda la estructura económica del país. Tiene igualmente características oligopólicas y monopsónicas, por el volumen de compra y venta de productos y servicios, que le brinda una mayor fuerza coercitiva.

Los grupos privados ejercen coacción a través de entes de influencia, como es el *lobby*, imponen sus productos o servicios mediante poderosas campañas de publicidad y promoción que hacen modificar las inclinaciones del consumidor; crean estructuras oligopólicas vía *trust*; forman asociaciones gremiales que presionan sobre el Estado,

---

49. *Ibid.*, p. 268.

sobre sus proveedores o sobre otros sectores, como el comercio que puede verse afectado si se prohíbe la comercialización de algún producto importado. También ejercen presión sobre los trabajadores independientes, los abogados, por ejemplo, o los economistas, para obtener opiniones o declaraciones que favorezcan el desenvolvimiento de su plan o crean el medio ambiente favorable para que otros grupos o elementos del mercado faciliten su actuar.

En su acepción genérica, muchas conductas de los grupos económicos pueden ser lícitas *per se*, pero, no obstante, su licitud causa serios daños a otros grupos de la competencia. Por ejemplo, el caso del registro de marca o nombre de productos es *per se*, cumplidas las formalidades burocráticas de cada administración, un acto lícito, pero sería coacción si se registra premeditadamente para evitar que la competencia lo explote y concurra con otros.

Veamos: La marca distingue y busca que un producto sea diferenciado de otros; y la labor de promoción está basada en resaltar precisamente la marca. De esa manera, el consumidor se enfrenta a varios bienes alternativos para seleccionar uno de ellos, dentro de los límites de su propia recta de presupuesto, produciéndose un acto de conocimiento y aprendizaje. Posteriormente, cuando se presente nuevamente la misma necesidad, el consumidor buscará maximizar su tiempo, para cuyo efecto se dirigirá al mismo producto buscándolo por la marca. Luego, si una persona registrara una marca y no la explotara (independientemente de los plazos que en cada caso existan para la caducidad del registro) se estará ejerciendo una coacción, siendo que el acto previo por sí mismo sea legítimo.

## 2. TEORÍA DEL MONOPOLIO

La competencia está implícita en los sujetos que interactúan en el mercado, se ha dicho; pero, también los conceptos de mercancía y de valor. Y esos principios son los que no solamente le dan existencia al mercado, sino a la actividad económica en general. El mismo Marx empieza sus trabajos en base al estudio y análisis de la mercancía como del valor. Y es que precisamente el intercambio es el que da dinamismo a la economía.

Los agentes económicos se mueven en base a ese intercambio de mercancías y del valor, buscando ganar la competencia en el juego de la plaza. Ese propósito no sólo de competir, sino de ganar – obtener un beneficio real e inmediato y una permanencia en el mercado– es el que los lleva conscientemente, o empujados por las propias otras fuerzas, a querer dominar individualmente o con pocos, la totalidad del mercado. Es una tendencia que reside en el propio espíritu del sujeto y es consustancial a toda competencia: ganar y dominar. Esta práctica económica es muy antigua, y la disposición o posesión de la información es la que ha motivado, también, el dominio del mercado.

Antes de nuestra era cristiana, el célebre Thales de Mileto, que por cierto no era un mercadólogo, advirtió en base a sus profundos conocimientos astronómicos y geométricos una abundante temporada de lluvias que beneficiarían la producción de olivo de su isla. Entusiasmado por ello y como buen matemático, alquiló todas las prensas que existían para extraer el codiciado aceite de olivo. Al advenimiento de la abundante cosecha se dio igualmente una gran demanda de prensas que, entonces, el padre de la Escuela Jónica subarrendó a un precio mucho más alto que el que había pagado. No estuvo distante ni reñida la filosofía con la plusvalía derivada de un monopolio en la extracción de aceite de oliva.

La libre expansión de los señores feudales propició el otorgamiento de privilegios, por parte de reyes y príncipes, a los gremios y corporaciones. Así, los reyes de Francia otorgaron exclusividad a las fábricas de Sevres y Gobelinos para la producción de porcelanas y tejidos, naciendo así, también, las primeras empresas públicas de la historia. En España, se otorgó el uso exclusivo y obligatorio de la forja y el molino. Así como lo fue más tarde, a fines del siglo XIX, la aparición de los estancos sobre productos de primera necesidad, como la sal, el tabaco o los fósforos.

Para acabar luego con estos privilegios –formas monopólicas al fin y al cabo– que impedían el libre desenvolvimiento de las fuerzas económicas, es que se plantea a fines del siglo XVIII, su derogación plena e inmediata, apareciendo las primeras normas jurídicas al respecto. Aun cuando ya en el siglo anterior (1623) fue dictado en

Inglaterra el Estatuto de Monopolios, que prohibía a los soberanos ingleses la concesión de nuevos privilegios monopolísticos.

Luego, en medio de la competencia, pilar fundamental del mercado, está subyacente, aun cuando no aletargado, el afán de dominación y de preeminencia hegemónica: el monopolio. Así competencia y monopolio son fuerzas concurrentes.

Se analiza, por primera vez, esta relación en la Universidad de Harvard, cuando E.H. Chamberlain (1927) expone su teoría sobre competencia monopolística, en la que sostiene que tanto competencia y monopolio participan de tipos similares de uno y de otro respectivamente. Perroux sigue llamando a esta relación de la misma manera: competencia monopolística; en tanto que Ferguson, siguiendo a Joan Robinson (*Economics of Imperfect Competition*), la llama explotación monopólica, y otros autores sólo lo estudian aisladamente, dentro de la competencia imperfecta. Mas coinciden en líneas básicas en aquello que con claridad expresa Zeuthen "Ni el monopolio ni la competencia son jamás absolutos; las teorías que se ocupan de ellos sólo examinan las fronteras de la realidad, la que debe ser buscada entre tales límites"<sup>50</sup>.

No hay un monopolio absoluto o perfecto porque siempre habrá estructuras socioeconómicas o legales que limitan su poder. Kafka, siguiendo a Ferguson, señala que no existe un monopolio perfecto. "El término perfecto implica que se trata nuevamente de una abstracción teórica que difícilmente se cumplirá en la realidad"<sup>51</sup>, pues en verdad el modelo del monopolio puro tiene condiciones tan rigurosas que sirven como esquema de análisis, pero que nunca se dan en un mundo real<sup>52</sup>.

---

50. F. ZEUTHEN. *Problem of monopoly and economic warfare*, p. 62.

51. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 341.

52. C.E. FERGUSON. *Op. cit.*, p. 229.

La especie más frecuente de monopolio es cuando sólo hay un productor en el mercado, así como la existencia de barreras a la entrada al mercado, que pueden ser legales o puramente de hecho y tiempo, como en el ejemplo de Thales de Mileto, donde no se podían conseguir otras prensas o hacer otras, pues se requiere de tiempo y dinero y la extracción del aceite de oliva se hace en una temporada específica.

Es curioso que en el recorrido de los ejemplos y experiencias para evitar la formación de oligopolios o estructuras empresariales oligopólicas, se ha querido evitar éstas con nuevas conformaciones empresariales –principalmente de propiedad estatal–, que luego han devenido en otros monopolios. Se ha enfrentado los monopolios con otras estructuras monopólicas. Así, en el proceso de privatización que experimenta América Latina se ha condenado el monopolio, pero a su vez se ha otorgado un carácter monopólico a determinadas empresas privatizadas a fin de hacer atractiva su compra por capitales extranjeros, como es el caso de los servicios telefónicos. De esa manera el Estado que mantenía el monopolio en determinados servicios ha transmitido a otras empresas ese poder sobre el mercado –claro, a un plazo determinado– pero de todas maneras afectando el juego libre del mercado. El fenómeno es más confuso cuando muchas de las empresas estatales latinoamericanas han pasado a otras empresas estatales de otras regiones.

Se ha querido corregir esta desviación económica anteponiendo formas empresariales que luego han engrosado la relación de estructuras monopólicas, propiciando, cuando no agudizando, el proceso de destrucción de la competencia. Para corregir esta desviación del mercado es preciso una estrategia completa que ataque de manera particular no sólo a las estructuras ya formadas de monopolio, sino a todo aquello que lo favorezca o lo promueva, tal como lo estudian Zullita Fellini y Pérez Miranda, quienes señalan que es preciso distinguir entre una legislación antimonopólica y una legislación referida a factores que originan posiciones monopólicas<sup>53</sup>. Es decir, el campo del jurista deberá diferenciar entre una acción legal directa

---

53. Gandulfo ZULLITA FELLINI. *El Derecho frente a los monopolios*, p. 68.

para limitar las acciones monopólicas y oligopólicas y las actividades derivadas de ellas en cuanto a sectores de mercado y precios. Esa acción será distinta del plan legal referido a enfrentar, o mejor dicho regular, las acciones que siendo de manera individual convenientes y hasta positivas para el mercado, puedan, por efecto de su aglutinación en un solo grupo o centro de poder perjudicar el mercado; como es el caso del Estatuto para el tratamiento del capital extranjero, el régimen sobre transferencia de tecnología, la legislación sobre bancos y sucursales extranjeras, que pueden, vistas en el marco global de la economía nacional, propiciar, facilitar y hasta alentar, dentro de cauces incluso legales, la formación de estructuras empresariales monopólicas.

Se trata de aclarar que no sólo se puede corregir el desviacionismo monopólico con medidas que lo prohíban, lo limiten o lo sancionen, sino un grupo de acciones juseconómicas acordes con la variedad de circunstancias como este fenómeno se presenta y la sutileza como se crean las actuales estructuras monopólicas, donde el dominio del mercado por una unidad empresarial ha pasado al mundo de los ingenuos, cediendo el terreno a fenómenos como los de la concentración empresarial, a través de la fusión que conducen, como señala White y Ruiz Massieu, al crecimiento del tamaño de las empresas y a la disminución correlativa de su número<sup>54</sup>. Otra forma monopólica es la del denominado fideicomiso mercantil, por el cual una sociedad emite una serie de títulos y obligaciones fungibles pero que no transmiten derechos de ninguna especie, creando así un patrimonio para fines mercantiles que es manejado por una junta de fiduciarios (*board of trustees*) con la característica de órgano de la corporación.

## 2.1 La regulación monopólica

Las diversas formas con que se ha querido limitar la acción y dominio del monopolio han devenido en una serie de reglamentaciones del mercado. El ejemplo más notable es el de los Estados Unidos de América con el tríptico legal de la Sherman Act, Clayton Act, y la Federal Trade Commision Act.

---

54. José Francisco RUIZ MASSIEU. *Régimen jurídico de las empresas multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio*, p. 92.

Este tríptico tiene su origen en 1890, en plena efervescencia del crecimiento industrial de los Estados Unidos de América, dentro de su política proteccionista, para fortalecer este desarrollo industrial y la colisión frecuente entre la Administración Central del Estado y los distintos Estados que conforman la nación y que permitían las creaciones monopólicas.

Hay que añadir, además, una consecuencia derivada de la producción industrial tendente a la especialización que facilita la formación de grupos monopólicos.

El citado tríptico, al cual hay que añadir otra serie de normas complementarias (Miller-Tydings Act de 1937 y la Mc Guire Act de 1952), considera delictivo todo acuerdo privado que limite la producción industrial y comercial en los Estados Unidos de América y en el comercio internacional.

Estas sanciones penales no sólo recaen sobre los contratos de tendencia monopólica, sino que se aplican "con independencia del resultado que puede o no producirse en el mercado, por lo que no es necesario un perjuicio real al bien jurídico"<sup>55</sup>. Es decir, no es preciso que se dé una lesión efectiva.

Sin embargo, es difícil discernir entre acuerdos legales y monopólicos, siendo conveniente rodearse de pruebas de difícil obtención y efectuar un ejercicio interpretativo —en algunos casos extensiva— para distinguir el *animus delictus* que prevé la norma.

Otra caso de regulación monopólica es el Tratado de Roma (marzo de 1957) que prohíbe los acuerdos entre empresas que perjudiquen el comercio y que impidan o falseen la competencia dentro del mercado común. Asimismo, en 1956, Inglaterra plantea un órgano singular que es un avance en la regulación monopólica: El Tribunal de Prácticas Restrictivas, tendente a resolver, incluso de oficio, cualquier pacto lesivo al interés público del mercado.

---

55. Gandulfo ZULLITA FELLINI. *Op. cit.*, p. 75.

Alemania, que tiene una gran tradición con los "carteles", posee la "Ley contra imitaciones de la competencia" (abril, 1974), que reconoce la necesidad de sustentar el sistema de economía de mercado, condena las prácticas monopólicas, prohíbe el abuso del poder económico en todo su sentido, siempre que este abuso produzca efectos contrarios al interés del consumidor.

En el Perú, el Art. 61 de la Constitución de 1993 señala que combate "...el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios". Sin embargo se otorgó monopolio por cinco años a una empresa privada encargada de los servicios telefónicos. De igual manera ocurrió en la Argentina, para el mismo servicio y la misma empresa transnacional, con el propósito de captar inversiones externas.

## 2.2 El modelo monopsónico

Para decirlo en términos simples, el monoposonio es un monopolio al revés. Es el caso de un solo consumidor frente a muchos productores, quienes no pueden influir sobre el precio del producto.

A diferencia del monopolio, es el comprador (monoposonio) o pocos (oligoposonio) quien impone y fija precios con el objetivo de maximizar beneficios. Luego, se requiere de un comprador poderoso que influya de por sí en el mercado, o de algunos con los mismos efectos. Es difícil que los consumidores puedan aglutinarse y organizarse, a través de un cártel por ejemplo, para influir en el mercado bajando precios de una manera efectiva; la razón es que no hay una forma fuerte de organización de consumidores, y la otra es que el cártel indicado por naturaleza es inestable. Si formáramos un cártel de consumidores, éstos hemos dicho, tendrían un objetivo único: fijar un precio –el más bajo– maximizando los beneficios del grupo; pero la respuesta inmediata es que los vendedores a ese precio no tienen incentivo para producir grandes cantidades sino un volumen determinado, que de acuerdo a las reglas del cártel ya formado deberá ser repartido entre los cartelizados. Pero lo que ocurre es que los consumidores a un precio tan estimulante querrán adquirir más allá de la cuota que les corresponde; están incitados por el factor precio, así empezará uno, luego les seguirán otros y al final se habrá acabado este intento.

Paradójicamente, éste es otro modelo utilizado más efectivamente por las grandes estructuras empresariales, donde usualmente la matriz maneja, por su poder de compra, el precio de las filiales debido a la pendiente positiva de la oferta externa en razón de su dependencia con la matriz; pero, también podrá aprovechar su poder monopsonico frente a terceras empresas no vinculadas que le proveen del mismo tipo de mercancías, ya que éstas concurren al mercado conjuntamente con la filial para un solo comprador, presentando una mayor oferta, es cierto, pero dependiendo del volumen de la demanda del monopsonio, que maximizará beneficios en las dos ofertantes.

Luego, el monopsonio es un medio por el cual el consumidor único determina el precio del mercado a través del siguiente proceso indicado en el Gráfico N° 6. Donde, considerando que tanto la oferta como la demanda tienen su correspondiente ingreso marginal, hemos indicado la curva CMg. Así, el máximo excedente que se puede obtener en el monopsonio estará dado por el punto de intersección de CMg y la curva de la demanda (punto B). Así, el comprador monopsonico adquirirá una determinada cantidad de mercancía (Q1) a un precio (P1) y habrá ganado un excedente, que en el gráfico se expresa por el espacio  $ABDP_1$ . Ello es así en razón de que el punto D está sobre la curva de la oferta, que viene a significar el costo medio para el demandante, comprador, quien tiene el poder de señalar precios<sup>56</sup>.

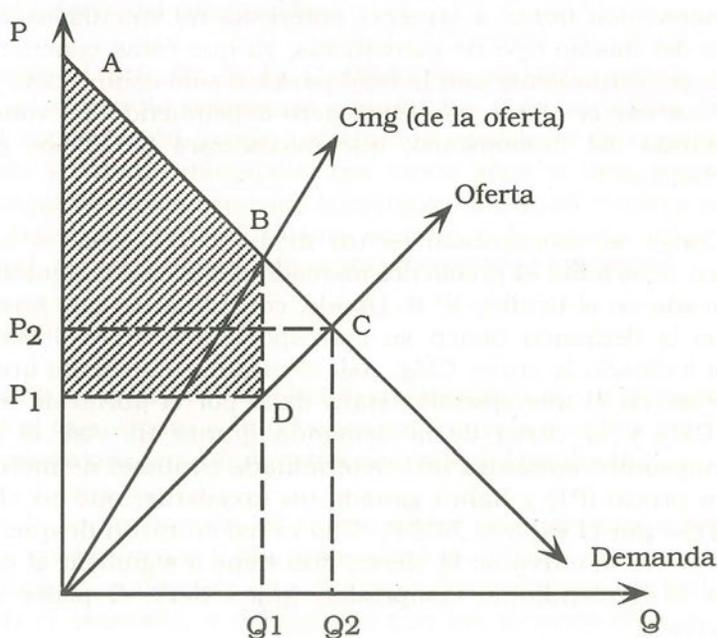
### 3. EL PODER DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y DE LOS SINDICATOS

El crecimiento industrial ha propiciado, por la gran producción en escala, que las empresas, como acumuladoras de capital y ejes de inversión, así como los sindicatos, como grupos de defensa gremial que incluso controlan el ritmo de la producción y las condiciones de trabajo, hayan alcanzado niveles de poder, siendo que sus decisiones afectan siempre el mercado.

---

56. Folke KAFKA. *Op. cit.* p. 397.

**GRÁFICO N° 6**  
**PROCESO DEL MONOPSONIO**



Los factores jurídicos que se han unido para escudar ese desarrollo del poder de los grupos empresariales y sindicales o hacer escapar la acción del control legal son:

- a) La posibilidad legal que tienen las entidades de poder organizarse en personas jurídicas distintas a las de las sociedades mercantiles y de esa manera escapar al control y a las responsabilidades que éstas de por sí tienen. Es el caso de los sindicatos de empresas, en fin, las unidades empresariales como el *holding*, el *trust*, o nuevas formas de aglomeración empresarial.

- b) La falta de conocimiento y preparación de los jueces para apreciar la dimensión de los grupos de poder en el mercado y sancionar los abusos que cometen tales organizaciones.

En el aspecto juseconómico, los jueces –aun los más cuidadosos– sólo consideran que han de radicar jurisdicción únicamente cuando los grupos de poder afectan los intereses de la propiedad; siendo que existe un universo mayor de intereses juseconómicos que pueden ser afectados en términos cuantitativos más grandes y aun en derechos expectaticios.

- c) La forma tan abierta en que se acepta la figura de las fundaciones y que ha permitido a muchas empresas constituirse simulando propósitos benéficos y a algunas centrales sindicales apoyarse, cuando no aprovecharse, de los beneficios tributarios, entre otros.

Aun cuando en el Perú la aparición de las fundaciones es tan débil y escasa que hasta habría de promoverla, sobre todo aquellas que se dedican a la investigación, el análisis académico, el apoyo a las universidades, no podemos dejar de mencionar, en la perspectiva de este texto, que ya en otras realidades esta penetración del poder dentro del mercado tiene una presencia irrefutable. No en vano los más importante estudio sobre la acción de las llamadas “fundaciones benéficas” o “fideicomisos de beneficencia” pertenecen a Maitland (1936) en Inglaterra y a Friedmann (1966) en los Estados Unidos de América, países en los cuales la proliferación de las fundaciones ha traído beneficios para muchas tareas de investigación, pero también han sido utilizadas con otros desviados propósitos.

### **3.1. Expresiones del poder empresarial y sindical**

Tal como señalan los estudios de Berle y Means (*The modern corporation and private property*), el aparato industrial moderno se ha convertido en un imperio de sociedades anónimas dentro del Estado, en el cual el control de la dirección tiene más importancia que la propiedad de las acciones. De igual manera ocurre con la mano de obra organizada, donde también el control de la dirección de las federaciones de trabajadores o de las centrales sindicales tiene más

importancia que el número de empleados sindicalizados. El resultado de la acción de esos dos grandes centros de poder afecta directamente al mercado, ejerciendo una influencia decisiva sobre el volumen de la producción y sobre la vida económica de la Nación.

En las economías liberales, como las de los Estados Unidos de América, esa acción se manifiesta a través de la negociación directa entre las grandes estructuras empresariales, algunas oligopólicas, y la dirigencia laboral, y sus resultados no sólo afectan un sector de la producción norteamericana, sino que van más allá, inciden en las economías de los países importadores de los bienes específicos producidos en mérito a este acuerdo de negociación. De allí que el incremento salarial, los mayores beneficios sociales y la mayor expectativa de lucro de las empresas son satisfechos, de alguna manera, por los consumidores de otros países.

En el caso de Europa, particularmente de Gran Bretaña, Alemania o los Países Escandinavos, a este juego de poderes se une la influencia del consumidor a través de las cooperativas de consumo, que mitigan la acción del capital y el trabajo. Pero en el marco de América Latina la situación es diametralmente distinta, pues como no existe una estructura organizada del consumidor la decisión se toma a espaldas de éste o ignorándolo y entonces —allí viene la paradoja— el capital actúa desde su particular interés, y el grupo laboral organizado también, a pesar de la declaración abierta de que siempre actúan en beneficio de la clase trabajadora en general, el ama de casa y el ciudadano común; aun cuando en verdad sólo se esté discutiendo en la mesa de las negociaciones el mayor o menor ingreso de un sector que muchas veces no es ni el 1% de toda la masa trabajadora del país, pero cuya decisión afecta los precios y puede, con otras medidas, incrementar la inflación.

En el funcionamiento normal de una sociedad, aun democrática, hay un afán constante entre el sector empresarial y las fuerzas laborales organizadas que buscan traducir sus intereses y objetivos particulares en figuras legales y acciones administrativas. Obviamente esa influencia está en razón de la fuerza que posea y que puede estar representada por el total de personas que lo conforman o incluso por la calidad, experiencia o dotes personales de sus dirigentes, pero

además por los recursos financieros y su cohesión organizativa y los medios de comunicación masiva de que dispongan y que, como se ha visto anteriormente, influyen en esa inmensa masa silente que son los consumidores, haciendo incluso que varíen sus gustos o inclinaciones.

El grupo más poderoso y mejor dirigido puede conseguir identificar el "interés público" con sus propios intereses, señala Friedmann<sup>57</sup>. Pero se dan factores que lo aminoran y que actúan como un "poder equilibrador", como lo llama Galbraith. Así, un grupo industrial puede ser contrapesado por una asociación muy bien organizada de mayoristas o incluso detallistas, que son los que acercan la producción hacia el consumidor final. El mismo accionar del inversionista para imponer las condiciones de trabajo y salario está mitigado por el poder de los sindicatos y de las federaciones de trabajadores, como claramente se ve en la asociación de trabajadores de la industria textil, mineros o petroleros. La discusión entre fabricantes, comerciantes y los sindicatos está siendo reemplazada cada vez más por la discusión de alcance nacional entre todo un sector industrial, cuando no de todo el aparato productivo, y las centrales sindicales; así se ha visto en el caso de España, donde un acuerdo nacional sobre expectativa de lucros de la industria y legítimos intereses salariales permitió al país un período de armonía nacional para conseguir metas de recuperación y estabilidad económica. Ha sido recientemente el caso de Italia donde los propios obreros consideraron que la indexación de salarios que los pretendía cubrir de la inflación no era la solución. Un buen intento es el de las Confederaciones de Instituciones Empresariales Privadas que surgieron en América Latina a mediados del decenio del 80, pero que ahora se han convertido en un gremio más de empresarios.

Las fuerzas productivas, las relaciones de producción y los conflictos adentro de la estructura del mercado pueden condicionar, determinar, el bienestar o la miseria de las sociedades y de los individuos sin que hayan sido consultados o participado en tan semejantes decisiones.

---

57. W. FRIEDMANN. *El Derecho en una sociedad en transformación*, p. 313.

Estas expresiones son tan grandes que rebasan, con frecuencia, los linderos fronterizos de sus propios países. La OIT (Organización Internacional del Trabajo), por ejemplo, negocia convenios internacionales en materia de Derecho del trabajo y la seguridad social. Está integrada por delegados de los gobiernos, empresarios y trabajadores, pero estos últimos representan la mitad de todos los delegados. El Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) negocian préstamos de muchas centenas de millones de dólares afectando por ende las balanzas de pago de sus países. La AILA (Asociación de Industriales de Latinoamérica) y diferentes asociaciones gremiales son una muestra de esta vinculación internacional del poder empresarial. En otro extremo lo están la AFLACIO y otros centros del poder laboral.

Estas instituciones de carácter internacional no sólo rompen el monopolio de gestión, e incluso jurídico de los Estados, sino que representan en cierta medida los intereses y aspiraciones de grupos sociales dentro de la estructura estatal.

### **3.2 Desafíos y oportunidades de las sociedades y sindicatos**

Las empresas y su estructura más común de formación legal, las sociedades anónimas, tienen su mejor definición en aquella célebre frase de Winston Churchill: La sociedad anónima no es ese tigre feroz que lo pretende comer todo; ni una gran vaca lechera donde todos pueden ordeñar; sino sólo un buen percherón que jala una pesada carreta.

El gran apologista de la sociedad anónima, el profesor Berle, señala que ésta es la principal fuerza organizada de la sociedad industrial moderna, no sólo en un aspecto puramente económico sino como institución política. Con menos hipérbole le siguen David Lilienthal, e incluso Kenneth Galbraith, pero que admite la necesidad de establecer algún freno al poder ilimitado de las empresas, proponiendo como tal aquel "poder equilibrador" que mencionamos anteriormente.

Las sociedades comerciales o las corporaciones tienen sus indudables ventajas, tal vez la mayor es que son un medio ágil para la conformación del capital: "La corporación viene a resolver la mayor

parte de los molestos problemas de la sociedad tipo personalista y constituye un medio casi perfecto para reunir grandes capitales”<sup>58</sup>. Es centro de formación y entrenamiento de una clase dirigente, permitiendo un desarrollo de la tecnología decisiva que puede luego ser utilizada por el Estado, las entidades gremiales y los propios centros de defensa de los consumidores u otras instituciones sociales intermedias. Permite formar gerentes para todas las áreas y niveles. “Y es que la gerencia en cualquier parte del mundo es un recurso muy escaso, a la vez que valioso e imprescindible”<sup>59</sup>. Muchas de las grandes empresas en el mundo y de sus instituciones alcanzan éxito no sólo por sus grandes proporciones, sino porque cuentan con los dirigentes más capacitados. El crecimiento en personal, ventas, mercados y funciones, de las grandes compañías llega a niveles tan desmesurados que no falta quienes estén pensando que la estructura formal del Estado puede ser reemplazada por las corporaciones mundiales; sea que el propio Estado propicie el crecimiento de las empresas públicas o que el capital incentive el desarrollo de las sociedades mercantiles.

A esta altura de la exposición es necesario hacer un deslinde entre lo que se entiende por sociedad mercantil y lo que es la empresa; la sociedad se ha dicho, es una acumulación de capital para obtener un lucro; la empresa es una organización en la que participan trabajadores, técnicos profesionales y que posee una estrategia y objetivos que conseguir. Carlos Torres y Torres Lara<sup>60</sup>, señala que se da una superposición de los objetos de estudio en el Derecho societario y en lo que él pretende individualizar es el Derecho de la empresa. Así, por ejemplo, en el caso de la cogestión empresarial, se introduce la participación de los trabajadores en el capital social para modificar la sociedad anónima, y no a nivel de empresa donde sería lo correcto, es decir, en la organización; pues de otra manera se llegaría al absurdo de pretender que el capital también esté representado en el sindicato.

58. Paul A. SAMUELSON. *Curso de economía moderna*, p. 90.

59. Luis PALOMINO. “Eficacia gerencial y desarrollo empresarial”, *1er. Congreso Nacional de Gerencia*, p. 22.

60. Carlos TORRES Y TORRES LARA. “Derecho de la empresa”, *Revista del Foro*, p. 68.

Es preciso recordar esta distinción, pues de lo contrario se puede ir a extremos. La empresa tiene un valor y una importancia para el desarrollo de la economía y el entrenamiento de futuros cuadros directivos; pero actualmente –aun cuando no en la realidad de América Latina– se pretende colocar la empresa como la institución social central. Así lo aprecian autores como William Ouchi, divulgador de la llamada “Teoría Z” o “modelo para el resto de la sociedad”. Este razonamiento se deriva a que muchos países y particularmente los de nuestra región no tienen un proyecto nacional, la cultura y la sociedad están desprovistas de finalidad; y en otros, en los países desarrollados, ese primer sentimiento de unidad provocado particularmente a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial ha comenzado a declinar, trayendo consigo una pérdida de confianza en las instituciones.

Toda sociedad necesita de un proyecto colectivo o de un Proyecto Nacional, como por primera vez empiezan a hablar en el Perú Jorge Basadre G., Víctor Andrés Belaúnde y Francisco Morales Bermúdez C.; así como las ideas de Víctor Raúl Haya de la Torre y de José Carlos Mariátegui. Se necesita de puntos comunes de referencia éticos. Esos grandes lineamientos aun no se labran en América Latina; ese papel estabilizador de los valores compartidos en una sociedad todavía en formación e inmadura, como la de América Latina, parece haber sido tomado por la empresa. Allí, entonces, surge la conveniencia de instrumentos juseconómicos reguladores.

Empero, todo este posible predominio empresarial no solucionaría nada si es que no se diera una integración entre las organizaciones patronales y sindicales. No existe una motivación que propicie en los trabajadores sentir su misión importante para el fortalecimiento de la empresa; como tampoco hay un esfuerzo real de los patronos para incentivar y motivar a la clase asalariada. Tal vez ello explique el esfuerzo por escuelas o temas de productividad.

El trabajo es la fuente y único origen lícito de la riqueza. La Constitución del Perú del año 1993 en su Art. 22 señala que el trabajo: “Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, y así lo reconocía antes la Constitución italiana, como lo consagran ahora otras leyes magnas, siguiendo aquel principio de

que el "trabajo de los obreros es el que logra formar la riqueza nacional"<sup>61</sup>. Sin embargo, aun no ha sido lo suficientemente reconocida la dignidad del trabajo, ni quienes son trabajadores o su fin social.

Hasta una época reciente el trabajo sólo estaba vinculado a la actividad manual. "En realidad hay trabajo desde el momento en que el hombre coordina o calcula su actividad en vistas a alcanzar un determinado fin"<sup>62</sup>.

Tanto o si el esfuerzo es físico como si lo es únicamente intelectual. También es trabajo la dirección de empresas, la asesoría y el esfuerzo consultor de un abogado, por supuesto. De allí que no es justo ni conveniente separar, dentro de una sociedad, a la llamada clase trabajadora, como aquella que no dirige la empresa, y clase patronal, aquella que la dirige, porque ambas tienen un carácter social, es decir, comunidad organizada hacia un fin común.

Todos los trabajadores requieren, entonces, actuar de manera coordinada, de allí la misión inmediata de los sindicatos para velar por el deber moral e incondicionado del trabajo; así, el derecho de ejercer la función que una persona es capaz de desempeñar. Ése es el gran desafío y oportunidad de los sindicatos, ya que siendo la sociedad una reunión de personas es el trabajo el que coordina a sus miembros, "... de aquí que el primer deber del hombre sea poner su actividad al servicio de la sociedad para aportar su parte de cuota a este bien común que es fruto de todas las actividades conjugadas"<sup>63</sup>.

Sólo resta que los sindicatos se adapten a las necesidades del tiempo presente; y en esto parece que no hay un recorrido paralelo con las sociedades.

---

61. LEON XIII. *Rerum novarum*, p. 57.

62. J. LECLERCQ. *La revolución del hombre en el siglo XX*, p. 64.

63. *Ibid.*, p. 71.

Los instrumentos y el análisis juseconómico consideran esta situación como manifestación del poder. Se ha de propiciar, a través de la doctrina y de la norma, no sólo su cabal entendimiento sino su genuina expresión. Así como se habla de la renta nacional, de la producción nacional, también debe referirse al trabajo nacional, al aporte sindical, al esfuerzo de los sindicatos.

#### **4. REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS Y DE LA DISCIPLINA SINDICAL**

El desenvolvimiento de la economía mundial, en nuestros días, se mueve entre dos grandes ejes: el conjunto de las grandes empresas y la práctica comercial institucionalizada. Nos referimos en el presente texto al primero, que involucra a la fuerza sindical.

La observación inicial que puede hacer un liberalista poco avisado o un sindicalista radical es por qué tenemos que hablar de un control. Sin embargo, las grandes organizaciones cooperativas de los negocios y el trabajo han dejado de ser un fenómeno estrictamente privado<sup>64</sup>, pues tienen un influjo directo y real sobre la vida económica del individuo y la sociedad. Ésta es la realidad de la época; lo que constituye un desafío es explicar en términos juseconómicos esa metamorfosis de las empresas y de los sindicatos, legalmente entidades privadas, en entes públicos. El estudio de la regulación de estas fuerzas es tarea de esta rama del Derecho.

El afán de regular las grandes sociedades ha oscilado desde el planeamiento central marxista, según el cual la solución radicaría en el traspaso de todos los medios de la producción a manos del Estado hasta que éste sea posteriormente suplantado por la dictadura del proletariado, pasando por esquemas cooperativistas, hasta modelos de coparticipación del capital y el trabajo, como el ensayo de la comunidad industrial en el Perú.

---

64. W. FRIEDMANN. *Op. cit.*, p. 322.

El modelo de coparticipación o codeterminación surgió en la Alemania de la Postguerra en las industrias del carbón y del acero, teniendo como idea central el derecho del control y dirección de las empresas por los capitalistas y los trabajadores. El sistema funcionó no sólo armoniosamente sino con resultados en la producción excelentes. Empero, hay que apreciar el contexto histórico en el que se dio: la devastada Alemania, la depresión económica y la amenaza de desocupación forzosa. Luego, el sistema prospera cuando hay un elemento de motivación y de cooperación meta legal, como fue la necesidad de la reconstrucción nacional, o cuando hay un proyecto nacional o conjunto de valores compartidos por una comunidad en un momento dado y no en épocas de prosperidad o ausencia de grandes objetivos nacionales admitidos por la población, pues entonces los intereses de patronos y obreros tenderán a chocar con violencia.

Tal vez el esquema más práctico desde una óptica juseconómica sea una moderna legislación antimonopólica para regular el excesivo poder de las empresas, que deberá estar unida a una moderna autoridad administrativa que ejerza una labor de inspección pública como organismo regulador y no como un organismo directivo o sustituidor de la dirección de la empresa. Paralelamente se requiere un esfuerzo del aparato jurisdiccional del Estado, para asimilar y adquirir la formación básica en los temas y nuevas categorías de la Juseconomía que le posibiliten una aplicación eficiente cuando radiquen jurisdicción. Mas principalmente formación de conciencia de la opinión pública que coadyuve a ese "poder equilibrador".

Una economía en la que coexistan las empresas estatales, las empresas privadas o las empresas de economía mixta, así como las cooperativas y aun las de cogestión, impedirá el abuso de alguna de ellas en perjuicio de las otras y de esa inmensa masa de ciudadanos aun no organizados.

En otro extremo, los sindicatos también ejercen prácticas monopolísticas que se expresan con frecuencia en la tiranía sindical que se instala en los cuadros directivos por largos períodos, en la sanción sin revisión a sus afiliados o en las acciones tendentes a impedir la formación de otros sindicatos o en la negociación de los

llamados contratos colectivos. A ello debemos añadir la influencia directa que ejercen en la producción y en el precio a través de los salarios y las demás condiciones estipuladas en los contratos colectivos de trabajo, por no mencionar la posibilidad de una huelga que paralice a todo un país.

La gran conquista social de nuestro siglo es el reconocimiento constitucional, en todas las democracias industriales del mundo occidental, de los sindicatos como grupos de expresión y defensa de la clase laboral. Ahora el problema es el poder del sindicato, "la protección del afiliado individual, del sindicato contra castigos arbitrarios incluida la expulsión por decisiones incontrolables del sindicato"<sup>65</sup>.

Obviamente existen disposiciones constitucionales y legales sobre la libertad sindical tendentes a proteger al individuo y su libertad de elección; pero no se puede negar que aun así, y tal vez en razón de la protección legal de la existencia sindical, subsistan las amenazas a la libertad individual, sobre todo por la aversión que tienen los jueces a intervenir en las querellas internas de los sindicatos por ser entidades privadas. Reticencia que se debe sustancialmente más a problemas técnicos que a la aplicación de los principios generales del Derecho.

Las organizaciones sindicales, si bien se estructuran como entes privados, su actuación compromete la economía no sólo de la familia del trabajador sindicalizado, sino de cientos o miles de éstos, cuando no —como se ha dicho— de la economía del país. Por ello es que la Juseconomía lo toma, también, como objeto de su estudio.

La acción sindical puede fijar un salario real mínimo para todo trabajo; pero ni eso estamos seguros favorecería de manera efectiva al trabajador, ya que podría reducir el volumen de empleo que sería útil ocupar con una cantidad dada de máquinas.

"Es posible, aunque no sea seguro, que la automatización implique no sólo un aumento de la productividad media y una reducción de la importancia relativa del trabajo respecto a la maquinaria, sino tam-

---

65. *Ibid.*, p. 335.

bién una disminución de la elasticidad de sustitución entre hombres y maquinaria”<sup>66</sup>.

Se requiere, en consecuencia, una acción equilibradora de los sindicatos, una especie de juego de controles para reequilibrar la libertad individual. Así, garantizar la elección periódica de las directivas sindicales no sólo en su pureza sino en su renovación, evitando la reelección indefinida y el autoritarismo; el establecimiento de instancias para el caso de sanciones a los afiliados con derecho a la reclamación judicial, y finalmente la existencia plural de sindicatos o federaciones dentro de una misma actividad industrial.

En la medida que esa regulación funcione, la acción de la empresa y de los sindicatos propiciará una mayor producción y productividad, acorde con el respeto a la persona y a los miles de individuos que de manera pasiva soportan la acción de estas dos realidades.

Tal vez el problema futuro, como afirma Samuelson, no consista tanto en decidirnos entre las grandes empresas monopolísticas y los competidores en pequeña escala, cuanto en buscar la manera de mejorar la actuación social y económica de grandes conjuntos de esas empresas. El desafío de los próximos años será el de encauzar las tremendas posibilidades creadoras de las grandes corporaciones empresariales hacia el bien general. De la misma manera en que el sindicato se coloque al servicio único y exclusivo del trabajo, permitiendo al individuo laborar dentro o fuera del sindicato; pues si lo aparta, por cualquier medio, o lo impulsa a otros fines, será una entidad privada que afectando a la sociedad adquiere acciones públicas que han de merecer control.

## 5. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La primera advertencia que se debe hacer es respecto al error, frecuente, de vincular la protección al consumidor con la sociedad de consumo. La responsabilidad civil, mucho antes de la construcción

---

66. James Edward MEADE. *Eficiencia, justicia y propiedad*, p. 31.

de la teoría aquiliana y cuando se confundía con el delito, antecedió a la economía de mercado. La resolución contractual en la *emptio-venditio* es tan antigua como la propia compraventa; la redhibición la encontramos en las prácticas de los pueblos primitivos y está reflejada en el Código de Hammurabí. Si seguimos en este recuento histórico, este instituto protector ya era conocido en la Edad Media. Pirenne, usando el mismo subtítulo de este parágrafo, refiere que las penas tan severas contra los fraudes y aun la simple negligencia por parte de los artesanos favorecía al consumidor. El artesano estaba sujeto no sólo al control de los vigilantes municipales, que tenían el derecho de penetrar de día y de noche en su taller, sino también a ser vigilado por el público, bajo cuyos ojos tiene la obligación de trabajar<sup>67</sup>.

En la antigua Roma, era asegurada la garantía sobre vicios ocultos en la compraventa, en caso que el vendedor anunciara o pregonara (*promissa*) que la mercadería presentara ciertas cualidades, las que después de la venta fueran constatadas como inexistentes.

Esa circunstancia es la que se ha mantenido constante a través de los siglos: la promoción o publicidad engañosa como causa principal para la formación de este instituto protector.

Pero cualquier órgano protector y defensor del consumidor será insuficiente si es que el consumidor no tiene conciencia de su propia área de protección, si no está instruido de su propio derecho, sino aprecia su propio poder y fuerza para actuar frente a cualquier desviación de las líneas del mercado.

Por ello es que el consumidor comenzó a organizarse, primero en los países desarrollados a fines del decenio del 60 cuando tomó conciencia de sus derechos y luego en América Latina a inicio de los 90 cuando las corrientes de apertura económica e ingreso de inversiones en diferentes formas (marcas, nombres, know-how o aportes económicos) propiciaron la formación de entes que protegieran la propiedad intelectual. En 1971 se dio en Quebec (Canadá) un dispo-

---

67. Henri PIRENNE. *Historia económica e social da Idade Media*, p. 192.

sitivo legal que regulaba los contratos de crédito, la garantía de la publicidad, creaba un órgano protector del consumidor y establecía sanciones para todo acto comercial que lo afectara. En América Latina el consumidor aún no está organizado porque las instituciones sociales intermedias todavía no están establecidas o porque tal vez se piensa que los códigos sanitarios y las leyes sobre especulación y acaparamiento son suficientes; sin embargo, resta regular otras situaciones, como la inducción al error al consumidor, la falsa propaganda y publicidad, la formación de estructuras oligopólicas, la creación de grupos empresariales y alianzas empresariales que pueden afectar directamente al consumidor final cuanto a las otras unidades económicas que precisan de insumos o partes y piezas manufacturadas. Todos estos fenómenos son objeto del Derecho Económico, pues distorsionan la libre elección del consumidor en una economía de mercado.

Sin embargo, este principio puede ser desconocido o impracticable, cuando no inservible, en casos en que la realidad del mercado o del país no pueda distinguir, con precisión, los vicios en las transacciones. Una cosa es el acto que salva el vicio oculto, solucionable generalmente en la relación consumidor-vendedor, consumidor-locador, ya que está circunscrito a la cuestión precio y objeto. Otra cosa es la responsabilidad eventual, nacida del vicio oculto y de cuya relación pasa a participar el fabricante del objeto que causa el daño cuando asimismo actúa en todo el proceso económico.

Así, la protección al consumidor es una institución necesaria dentro de la sociedad a fin de reequilibrar el poder de las empresas, del Estado y aun de los sindicatos, ya que entrega al consumidor una herramienta para defender su derecho a recibir una información real, clara y coincidente con el bien o servicio que se le está ofreciendo por cualquiera de dichas unidades económicas.

La publicidad constituye un verdadero arte que induce al consumidor hacia un bien prescindiendo de los concurrentes. El nombre, características e incluso el diseño y los gráficos pueden ser engañosos y el consumidor indefenso cae en tales ardidés sin tener él y la sociedad en su conjunto un arma legal para reponer las cosas en la situación previa a la confusión, cuando no a la del fraude.

La protección al consumidor admite tres premisas fundamentales: la unión o asociación de los consumidores, la información o capacitación de sus derechos como de la forma de ejercerlos, y la institución pública que viabilice la acción individual o gremial de los consumidores así como el entrenamiento y divulgación de sus derechos.

Diferentes han sido las formas en que los países latinoamericanos han enfocado la protección al consumidor. Así algunos han puesto énfasis únicamente en la asociación de los consumidores y su capacitación; otros han creado sólo organismos divulgadores. Así tenemos la legislación mexicana (1975) y la brasileña (1976) que dan herramientas de protección al consumidor. De igual manera las normas peruanas como la ley 25868 que crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (1992) y que tiene como funciones conocer y resolver los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como imponer sanciones por infracción a la libre competencia y a los derechos de los consumidores.

CAPÍTULO IV

EL DESARROLLO DEL  
ANÁLISIS ECONÓMICO

**SEGUNDA PARTE**

**EL ANÁLISIS ECONÓMICO  
DEL DERECHO**



## **CAPÍTULO IV**

# **EL DESARROLLO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO**

El Derecho, su vigencia, aplicabilidad y racionalidad han sido, con frecuencia, apreciados, desde una óptica formalista, sin encontrar su vinculación con la eficiencia. El enfoque analítico es provechoso para entender esa eficacia en una realidad evolutiva.

### **1. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN**

Aun cuando el desarrollo del análisis económico aplicado al Derecho es relativamente nuevo, según se ha explicado anteriormente, lo que ha ocurrido es que ese ámbito se ha ampliado ostensiblemente, y en base a trabajos de economía sobre tributación, distribución, utilidad pública, se han añadido nuevos como el de asignación de recursos, desarrollo industrial, regulación de inflación, control de precios, recesión, reglamentación de estructuras oligopólicas o monopólicas, desarrollo de exportaciones, entre otros. Los registros más interesantes son los de regulación de las prácticas empresariales y las consecuencias de dichas prácticas. Su estudio, por supuesto, tiene implicancias para la política legal, pero básicamente permite a la

economía explicar el comportamiento de los mercados. Así, el análisis económico posibilita entender los fenómenos económicos frente al Derecho, a la administración de justicia, así como a los criterios que se deben seguir para estructurar la ley.

Uno de los aspectos que podemos considerar nuevos y que fortalecen el nacimiento de esta inquietud académica, es la aplicación de las teorías y los métodos empíricos de la economía al sistema jurídico en temas comunes, como el régimen de seguro, contrato y propiedad, la teoría y práctica del castigo, los procedimientos civil, penal y administrativo, a la teoría de la legislación y a la aplicación de la ley y de la administración judicial. Mientras que el Derecho y la Economía anteriormente confinaban su atención a las leyes que regulaban relaciones económicas explícitas y, por cierto, a un subgrupo limitado de dichos preceptos como el de la indemnización, el régimen de alimentos, las costas judiciales y personales, el campo de lo juseconómico es de mayor dimensión.

Todo este método y los criterios para apreciar y analizar el Derecho se desarrollan en el sistema jurídico anglosajón en donde los principios del *common-law* orientan la creación jurídica en cada caso concreto, en donde la fuerza de los precedentes o de la jurisprudencia establecen reglas que someten el actuar de los jueces en casos similares, como en la posibilidad de cambiar tales líneas de actuación cuando cambian los hechos. De esa manera el análisis económico del Derecho, nace como una respuesta a la cada vez más creciente manifestación de los fenómenos jurídico-económicos y al propósito de posibilitar un desarrollo armonioso del mercado en el que primen los intereses individuales de los operadores económicos por encima de las leyes que, a veces, pueden impedir el eficiente actuar de tales agentes. De allí que el trabajo doctrinario de esta teoría nace después de un período de crisis y fuerte intervención estatal en la economía.

El principal precursor de estos trabajos es César Beccaria Bonesana (1764), quien logró relacionar el Derecho Penal con la economía. El célebre autor *De los delitos y de las penas*, fundador de la Escuela Clásica, realizó un análisis económico de los delitos y de las penas, desde la perspectiva del daño a la sociedad y del factor

disuasivo que proporciona la cárcel y la sanción penal. Este primer trabajo que podría desvirtuar la afirmación precedente no propició un desarrollo de la materia, precisamente porque estaba inmerso en el sistema jurídico romano-germánico, cuyas numerosas reglas, vinculadas *a priori* a situaciones específicas impiden que el juez pueda crear fácilmente derecho en cada nuevo caso concreto. Por otro lado la forma romano-germánica de resolver los casos que ahora llamaríamos de análisis económico de los hechos limita la facultad jurisdiccional de tener en cuenta y proyectarse, más allá de los intereses de las partes involucradas, hacia el interés del mercado o de lo que se llama la cuestión del costo social. Finalmente, aun cuando existen categorías y principios en el sistema romano-germánico, no hay un método que analice todos los actos de las personas dentro de criterios puramente económicos o de costos.

La primera indagación de Beccaria es planteada, nuevamente, un siglo más tarde, por estudiosos del *common-law* que desarrollan estos primeros criterios pero desde un enfoque y aplicación dentro del sistema anglosajón.

Así, junto a Beccaria dos autores completan el grupo de precursores: Bentham y Wagner. El primero, en 1864, publica *Theory of legislation* y se refiere a la teoría positiva del comportamiento humano como una nueva teoría económica; y, finalmente, Wagner, en Alemania, en una segunda edición ampliada de su obra (1876) expuso sus investigaciones sobre los efectos y los cambios en las necesidades económicas sobre el Derecho. Los tres destacados tratadistas partían de la relación del derecho positivo y sus consecuencias económicas al momento de aplicarlo, así como las nuevas necesidades que se podrían plantear.

Pero los límites de este enfoque y su tratamiento directo datan de los inicios del decenio del sesenta con los trabajos de Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*) y el de Ronald Coase (*The problem of social cost*). Estos fueron los primeros intentos para aplicar el análisis económico de una manera sistemática a las áreas de las leyes que no regulaban manifiestamente las relaciones económicas. En ese mismo período John Rawls publica sus primeros trabajos (*The sense of justice y Distributive justice*), y su

razonamiento defiende una concepción de la justicia que, inscrita en la tradición del pensamiento liberal, se distancia del extremo conservador y del llamado "Estado de bienestar", introduciendo un fuerte ingrediente igualitario en la ley y en la distribución de los bienes.

Posteriormente, hacia el decenio del 70 los aportes anteriores se enriquecen con Gary Becker, quien en su obra *The economic approach to human behavior* estudia la vinculación entre ley y economía en actos y hechos no mercantiles como la caridad y el amor. Asimismo, efectúa el análisis económico del crimen, discriminación racial, el matrimonio y el divorcio. Así como los aportes de A. Klevorick (*Law and economics theory: An economist's view*) y los trabajos de Warren Schwartz. No se pueden dejar de mencionar los importantes aportes de W. Friedmann (*Law in a changing society*) en el año 1972; como los de L.M. Friedmann y S. MacCaulay (*Law and behavioral sciences*) en 1977. Finalmente, alcanza madurez con la obra de Richard A. Posner (*Economic analysis of law*).

En el decenio del 80, ya definida esta especialidad, surgen los trabajos de Mitchell Polinsky (*An introduction to law and economics*) en 1983; asimismo Anthony T. Kronman (*Contract law and distributive justice*) en 1980, y Richard A. Epstein (*The social consequences of common law rules*) en 1982.

El tema suscita el interés de los académicos en América Latina hacia fines del decenio en los 80, en que aparecen los primeros libros y ensayos.

En Argentina un trabajo inicial es el libro *Introducción al análisis del derecho* de Carlos Santiago Nino, publicado en 1983 y que plantea temas como la administración de justicia, la valoración moral del derecho así como la valoración moral de algunas instituciones, analizando las posiciones doctrinarias de los primeros precursores del análisis económico del Derecho. En tanto en Brasil, Roberto Mangabeira Unger autor de *Law in modern society. Toward a criticism of social theory* (1975), es el más destacado jurista en el tema, al cual se le une José Eduardo Faria, con su obra *Eficacia jurídica e violencia simbólica* (1988). Pero corresponde al Perú tener el

mayor número de trabajos. Un primer aporte es el libro *Introducción a la juseconomía* publicado en 1988. Luego, en ese mismo año, Fernando de Trazegnies publica *La responsabilidad extracontractual*, que es, probablemente, lo mejor que se ha escrito en América Latina sobre un aspecto específico de este análisis tendente a acercar la teoría anglosajona del *tort law* y la responsabilidad civil dentro de la concepción de la responsabilidad extracontractual. Finalmente José Antonio Payet, en 1990, escribe *La responsabilidad por productos defectuosos*, que es un importante y documentado análisis económico del Derecho. Un dato que merece resaltarse es que las tres obras han sido editadas bajo el mismo sello de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las revistas especializadas también se han interesado en el tema y han acogido ensayos de estudiosos como Alfredo Bullard G.

Es explicable que los aportes latinoamericanos sean escasos, en razón de que este método de análisis nace y se aplica en el sistema anglosajón; en tanto que la respuesta al fenómeno juseconómico, a través del Derecho Económico, es más abundante ya que éste es más adaptable dentro de categorías del sistema romano-germánico.

## 2. BASES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Las reflexiones de Coase, Calabresi, Posner, Becker y Rawls han sido generalizadas y examinadas empíricamente, dando lugar a una teoría económica del Derecho con un amplio poder explicativo y reformador y con un apoyo empírico creciente. De ello es posible afirmar que la Economía tiene un rol tanto normativo como positivo en el estudio de las leyes y las instituciones jurídicas.

De tal manera que ya a fines del decenio del 70 estaban dados los fundamentos de esta teoría desarrollada íntegramente bajo el sistema anglosajón y a partir de dos corrientes que, con diferencia de matices, dieron forma a lo que se conoce como *Economic Analysis of Law*, principalmente en la Universidad de Chicago, y lo que se llama *Law and Economics* en la Universidad de Yale.

Tales teorías que parten desde un mismo punto de análisis del

Derecho llegan a distanciarse cuando se ponen en consideración los criterios de justicia, ética y equidad, y es que la pretensión de que la Economía es una herramienta de análisis tanto normativo como positivo del Derecho y las instituciones legales ha derivado en un mundo de críticas que, con frecuencia, es insubsistente cuando no inútil, pues como se ha explicado en el primer capítulo, la Economía no es el árbitro fundamental de la alternativa social.

En cualquier caso el análisis económico se ha utilizado para explicar y entender el sistema jurídico, particularmente el sistema del *common-law*, como para proporcionar un método de aplicación y entendimiento a los jueces que posibilite mejorar el propio sistema jurídico en base al privilegio que se otorga a los criterios de eficiencia y equidad cuanto a los costos que se deben tener en consideración cuando se adoptan determinadas decisiones jurídicas.

Ahora bien, veamos la relación del criterio de eficiencia con algunas figuras jurídicas. Por ejemplo, en el caso del hurto, dentro de la esfera del Derecho Penal, aun cuando la Economía no puede decirle a la sociedad si deberá buscar la limitación del hurto, puede mostrar que sería ineficiente permitir su propagación. Se puede así clarificar un conflicto de valores mostrando cuánto debe sacrificarse de un valor como la eficiencia para alcanzar otro. O, tomando como base la meta de limitar el hurto, el economista puede ser capaz de mostrar que los medios por los que la sociedad ha tratado de lograr esa meta son ineficientes, ya que la sociedad podría obtener más prevención, a un costo menor, usando diferentes métodos. En consecuencia, si los métodos más eficientes no perjudicasen ningún otro valor, entonces se les consideraría socialmente deseables y óptimos, aunque se le asignase a la eficiencia un lugar relativamente menor en la jerarquía de valores.

Mientras que el rol normativo del análisis económico del Derecho es de este modo importante, el rol positivo –el de explicar las reglas y las consecuencias en el sistema jurídico tal como son– es aun más significativo. Así, tal como lo estamos viendo, muchas partes del Derecho llevan el sello del razonamiento económico.

En el caso de la administración de justicia es evidente que no sólo

hay poquísimos jueces, muy escasos, que tienen una formación en Economía, sino que el silogismo jurídico que se elabora al momento de pronunciar sentencia carece de referencias explícitas a los conceptos económicos, resultando así que los verdaderos terrenos de la decisión jurídica son con frecuencia ocultos y no iluminados por el razonamiento juseconómico.

El economista y el abogado enfocan un mismo caso de maneras tan diferentes que a primera vista parece darse una incompatibilidad básica entre el Derecho y la Economía. Veámoslo con un ejemplo que se da en las calles de nuestras ciudades: Un peatón es atropellado por un automovilista descuidado. Ahora bien, la única preocupación de las partes y sus abogados, la única atención del juez y el fiscal, es si el costo de los daños deba transferirse del peatón al automovilista; en definitiva, todo gira en determinar si es "justo" o "injusto" que el peatón deba recibir una compensación o no.

El abogado del peatón argumentará que es justo que su cliente sea indemnizado, puesto que el automovilista estaba en falta y el caminante libre de culpa. A su vez, el abogado del automovilista puede argumentar que el peatón era distraído y, por consiguiente, es justo que la pérdida la soporte por su descuido. La justicia y la imparcialidad no sólo no son conceptos económicos, sino que el economista no está interesado en la única cuestión que les preocupa a la víctima y su abogado, cual es la de determinar quién deberá cargar con los costos de este accidente. Para el economista, el accidente es un capítulo cerrado. Los costos que generó el evento son costos "amortizados" que no pueden ser recuperados por un pago de transferencia del causante del daño a la víctima. El economista está interesado en los métodos de prevención de accidentes futuros y así reducir los costos de los atropellos, pero las partes en litigio no tienen ningún interés en el futuro. Su interés se limita a las consecuencias financieras de un accidente pasado. De donde se puede generalizar que los abogados defensores, como en el ejemplo, están preocupados por determinar quién fue y el momento en que ocurrió; en tanto que los economistas lo estarán en el cómo fue y de qué manera evitar en el futuro que esto ocurra para no disminuir las horas-hombre trabajador y la transferencia de recursos no productivos.

Pero esta dicotomía es exagerada. El fallo del juez y la jurisprudencia uniforme afectarán el futuro y por eso deberán interesarle al economista, porque establecerán o confirmarán una regla para el gobierno de las personas comprometidas en actividades peligrosas. La sentencia y la jurisprudencia en general pueden crear una forma y un comportamiento de las personas, pues si un sujeto se comporta de cierta manera y se produce un accidente tendrá que responder ante el juez, cuya sentencia reconociendo una indemnización, según el caso, influirá en el monto de las reparaciones, los costos de los daños personales e incluso las primas de seguros.

A la inversa, el juez y los abogados defensores no pueden ignorar los fallos judiciales ni su influencia en el futuro, ya que cualquier aplicación de la ley se constituirá en un precedente, con impacto directo, sobre el comportamiento futuro de las personas distraídas y de los automovilistas descuidados. Si, por ejemplo, se le concediese el fallo al peatón, sobre la base de que era un agraviado, aunque descuidado, la decisión estimularía a las personas a desatenderse o, algunas en el extremo, a abusar de esta jurisprudencia para, incluso, aparentar un atropello y reclamar los beneficios.

Así, la justicia y la imparcialidad asumen significados más amplios sobre lo que es justo o imparcial, como entre este demandante y este defendido. El asunto gira en torno al resultado justo e imparcial para una clase de actividades, y no puede ser resuelto sin que la decisión judicial por lo menos haga alguna consideración al impacto que tendrá sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones de los mismos.

Otro tema sugestivo es el de la formación de las leyes por fuerza de la costumbre y su derogación por presión de las mismas.

En casi todos los códigos comerciales del mundo y aun los civiles, de Argentina, Brasil, Colombia, México o del Perú, por ejemplo, la costumbre es considerada con la misma fuerza que la ley escrita.

La función positiva del análisis económico del Derecho adquiere trascendencia cuando explica la razón por la que muchas normas no se cumplen, no por falta de respeto, sino porque el germen de su

incumplimiento está implícito en la propia norma. Los sujetos llegan al convencimiento que su actuar, y no el exigido por la ley, es el correcto, y aun cuando hubiera coacción ésta es irrealizable; entonces el dogmático del Derecho hablará de "la derogación por la fuerza de la costumbre", en lugar de derogación por fuerza del mercado, como en verdad lo es, o efecto contrario al propósito inicial del precepto.

Determinadas leyes que buscan proteger la industria nacional o una producción eficiente pueden perjudicar al país si es que en su elaboración no hay una visión integral. Las normas tienen que enfrentar el problema y paralelamente regular en otros campos, a veces distintos, para hacer efectiva la ley principal. Si no se introducen cambios en la legislación fiscal, monetaria o cambiaria, es posible que no se alcancen los beneficios de una industria eficiente.

En muchos de los países de América Latina algunas empresas pueden presentar estados financieros saludables, porque las leyes proteccionistas les permiten vender por encima de los precios internacionales. Las tasas de cambio supervalorizadas les facilitan importar equipos e incluso insumos a precios inferiores del costo real. De esa manera la sobrevalorización de la producción y el bajo costo de los insumos incrementan las utilidades de las industrias.

### 3. EL TEOREMA DE COASE

Ronald Coase, nacido en Londres, profesor de la Universidad de Chicago (EE.UU.) y director del *Journal of Law and Economics*, es uno de los eruditos más serios y rigurosos en el estudio del análisis juseconómico y de los costos de transacción que conllevan soluciones por encima de aquéllos a que pueden llegar los procesos judiciales o sin intervención de éstos.

Una categoría que es bueno precisar para entender a plenitud el Teorema de Coase, quien afirma que si los costos de transacción son nulos la asignación de derechos es irrelevante para fines de eficiencia, es precisamente este último.

Eficiencia se entiende como aquella situación en la que ninguna persona puede mejorar sin que empeore otra persona<sup>68</sup>.

El teorema de Coase se puede resumir en el principio de que: el intercambio solamente puede ser hecho cuando beneficia a ambas partes.

La práctica de los agentes económicos genera con frecuencia un conjunto de costos ya para el individuo, ya para la empresa, pero en definitiva costos privados; éstos no coinciden necesariamente con los costos sociales, es decir, el costo en que incurre una sociedad al usar sus recursos productivos para gestar un determinado bien, ya que la sociedad al poseer una concentración de recursos, de propiedad individual o colectiva, buscará con ellos lograr la mayor producción<sup>69</sup>.

Este costo social puede ser mayor o menor que el costo privado debido a la presencia de externalidades positivas o negativas, según el caso. El término externalidad se refiere a la presencia de factores exógenos que afectan a las empresas o a los individuos<sup>70</sup>.

Un ejemplo real es el ocasionado por la quema de caña de azúcar en la ciudad de Trujillo (Perú), cuando las grandes empresas azucareras hasta los años 60, al proceder a la quema de caña de su zafra anual, originaban una fuerte lluvia de ceniza que cubría la ciudad, manchando la ropa de cientos de hogares que la tendían en los clásicos cordeles, durante los largos días de la cosecha, en una ciudad de zaguanes, patios y quintales. Así, las familias trujillanas veían aumentados sus costos al tener que emplear más jabón en el lavado de sus ropas. El precio del azúcar vendida por los ingenios al exterior no incluía el costo creado a ni las amas de casa, debido a la pobre asignación de derechos. El aire y los cielos pueden ser usados

---

68. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 231.

69. C.E. FERGUSON. *Op. cit.*, p. 169.

70. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 230.

por todos y, en consecuencia, las amas de casa ni las compañías azucareras tienen Derecho exclusivo sobre él. Para resolver el asunto se debe efectuar un examen general para ver cuál es el daño mayor; o prohibir la quema y disminuir la producción de azúcar o dejar que los hogares trujillanos laven dos veces, con doble jabón y agua, sus prendas.

La mayoría de los abogados, frente a este caso concreto, y lógicamente en estos tiempos, estarían preocupados en el monto indemnizatorio que deberían percibir las familias trujillanas y en iniciar –los más avezados– una acción judicial de daños y perjuicios. Pero lo curioso es que también los economistas –los de menos formación juseconómica– apuntarían en esa dirección o, alternativamente, fijar un impuesto variable a las empresas azucareras con relación a la cantidad de ceniza producida equivalente en moneda nacional (los soles de la época) al daño producido o, finalmente, trasladar –circunstancia improbable e impracticable– las fábricas a otros valles. La decisión correcta, pues parece que las expuestas no lo son, es la que puede ser adoptada con la ayuda del Teorema de Coase.

En la práctica diaria la cuestión se formula comúnmente como que una persona A ocasiona daño a B y lo que tiene que resolverse es cómo se puede impedir que A actúe para así bloquear el daño. Esto es erróneo, afirma Coase. “Estamos tratando un problema de naturaleza recíproca. Evitar daño a B infligiría un perjuicio a A. La cuestión real que debe decidirse es: ¿Debe permitirse que A dañe a B, o que B dañe a A? La cuestión es evitar el daño mayor”<sup>71</sup>. En efecto, hay que apreciar con cuidado esta situación, pues se tiene tanto un costo (en el ejemplo, el costo adicional en jabón, agua y tiempo de las amas de casa trujillanas) como un beneficio (el ingreso que percibirá el país por la exportación de azúcar); luego, en un análisis integral se ha de considerar si el daño que se evita al prohibir la quema de caña de azúcar (externalidad) es mayor o menor que la pérdida que resultaría si se eliminase dicha actividad.

---

71. Ronald COASE. *Op. cit.*, p. 2.

Un ejemplo que ilustra la idea de las externalidades es el que se presentó en la ciudad de Río de Janeiro (Brasil), donde sus más bellos paisajes naturales son disputados por sus habitantes y los apartamentos adquieren mayor o menor valor en razón de la vista de que disfruten. Frente a uno de esos lugares, la Lagoa Rodrigo de Freitas, existe un restaurante en uno de los edificios más bajos, apenas tres pisos, al lado de otros que superan, sin excepción los 10 ó 12; se llama Bar Lagoa, no es lujoso y tiene además el servicio de mozos más displicente de la ciudad, pero posee una antigua clientela, ubicada en los mejores cargos de la administración pública. El propietario del inmueble pretendió destruir el edificio para construir uno mayor, aprovechando una externalidad positiva que era la vista y el lugar. Sin embargo, sus feligreses, melancólicos por el local y en uso de sus vinculaciones y cargos públicos, declararon el predio intangible y se prohibió su demolición. ¿Fue una decisión correcta a la luz del costo social? El nuevo predio beneficiaría a muchas familias, la municipalidad recibiría mayor renta por concepto de impuestos y tributos municipales, se daría mayor fuente de trabajo. En este caso no se permitió que entraran en juego los costos de transacción, es decir, un posible acuerdo entre el propietario del inmueble y el propietario del restaurante.

Otro ejemplo es el que narra Fernando de Trazegnies. El caso de Luis Esteves Flores con la Municipalidad de San Isidro, Lima, en el que la presencia de una bodega y de una peluquería fue calificada como una deseconomía externa, ya que atentaba contra la estética urbana de una zona residencial; en donde el perjudicado por el daño estético aducía un desmedro del valor de su propiedad en razón del afeamiento del lugar<sup>72</sup>. Y, aunque la Corte no amparó la demanda basándose en un razonamiento forzado de la zonificación, la que no corresponde analizar en las circunstancias, nos preguntamos: ¿sería una decisión eficiente ordenar la clausura de dichos locales?, ¿no sería más conveniente ordenar un cambio de fachada, redecorar los locales? Nuevamente la municipalidad, en este caso, recibiría mayores tributos, la oficina de recaudación tributaria percibiría una ma-

---

72. Fernando de TRAZEGNIES. *La responsabilidad extracontractual*. t. II, p. 355.

yor cantidad de impuesto general a las ventas, los vecinos mantendrían sus servicios más cercanos y tal vez de mayor utilidad, dado que no estaba en discusión la calidad o conveniencia de estos servicios a la comunidad; hubiera sido mejor que se establecieran líneas de razonable transacción entre don Luis, el bodeguero y el peluquero y a lo mejor el alcalde, que tal vez fuera cliente del figaro limeño. Claro está, todo ello, independientemente de que el vecino demandante pudiera tener derecho a una vista y un medio ambiente estrictamente residencial, sin actividad comercial, desde que el costo de transacción sea igual a cero.

Estas situaciones pueden ser analizadas desde la situación de los costos en la operación.

### **3.1 Los costos de transacción**

El Teorema de Coase expone dos posiciones para analizar las diferentes situaciones que se dan en las relaciones sociales.

- Cuando los costos de transacción son nulos.
- Cuando los costos dificultan una libre transacción.

#### **3.1.1 Costos de transacción nulos**

Esto significa que se efectúa la operación de un sistema de precios sin costo, donde las partes que disputan los efectos de una externalidad pueden ponerse de acuerdo.

De esa manera, según los ejemplos expuestos anteriormente, las partes podrían responder de manera diferente, seguramente con una mayor eficiencia.

El propietario del inmueble estaría dispuesto a pagar hasta una determinada cantidad de dinero al dueño del restaurante o a lo mejor a construirle uno nuevo en otro lugar. El dueño del restaurante estaría dispuesto a recibir un pago, tal vez por lucro cesante, durante el período de construcción hasta su nuevo local, ya que éste es el costo de la construcción del edificio que eliminaría la externalidad. Si el restaurante recibiera el Derecho de quedarse en su lugar, el pro-

pietario del edificio se interesaría en llegar a un acuerdo con el restaurante, de manera que reciba un lucro cesante por el período de construcción del nuevo predio o una cantidad por trasladarse prontamente. Se solucionaría el problema con un costo menor y ésta es la solución eficiente según Coase.

Por otro lado el bodeguero y el peluquero estarían dispuestos a mejorar arquitectónicamente sus negocios e incluso a compensar al demandante desde que sus ingresos así lo justificaran. Adicionalmente, los otros vecinos tal vez están interesados en que tales negocios continúen en sus lugares, sobre todo en una zona con una alta tasa de natalidad infantil (2,6%), que son los principales consumidores y usuarios de estos servicios. También podría solucionarse la situación con costos menores para la sociedad o el barrio en concreto.

Con costos de transacción nulos o muy bajos, la asignación de derechos es irrelevante para fines de eficiencia. Las partes en contienda resolverían inmediatamente, sin intervención del Estado, o de la municipalidad como en los ejemplos, efectuando una racional asignación de derechos.

Coase menciona el hecho del ganado extraviado que destruye sembríos de tierras vecinas<sup>73</sup>. Supongamos que un agricultor y un ganadero están trabajando en propiedades vecinas sin puntos de deslinde, por lo que un incremento en el número de animales aumentaría el daño a los cultivos. Para significar el ejemplo diremos que el agricultor tiene dos alternativas: construir un cerco perimetral o cobrar al ganadero por su cosecha destruida. Pero el agricultor no precisa de construir una cerca, ésta es una responsabilidad del ganadero, que le permitirá que el costo por la responsabilidad por daño se haga cero. Puede, entonces, ser más barato para éste no cercar y pagar por las cosechas destruidas con algunas cabezas de ganado.

La ocupación del terreno por el ganadero no causará un aumento de los sembríos, en el hipotético caso en que el agricultor prefiera

---

73. Ronald COASE. *Op. cit.*, p. 393.

aprovechar la situación y sembrar para un "consumidor cautivo" como sería el ganado. En realidad el efecto de ese ganado será disminuir sembríos. La razón está en que si el valor de la cosecha dañada es superior a los ingresos por la venta de ésta en óptimas condiciones y menor que los costos de cultivo, será entonces beneficioso para el agricultor y el ganadero llegar a un acuerdo para que se deje terreno sin cultivar. La meta del agricultor sería inducir al ganadero a pagar por el acuerdo de dejar las tierras sin cultivar; siendo a su vez que no podrá obtener un pago mayor que el costo de cercar las tierras invadidas, que no es tan alto como el de inducir al ganadero a abandonar el uso de dichas áreas.

Coase ilustra la situación bajo términos aritméticos: supongamos que el valor de la cosecha es de 12 y que el costo por cultivar es 10, siendo la ganancia 2. Obviamente admitimos que el agricultor es dueño de la tierra. Supongamos ahora que el valor de la cosecha dañada por el ganadero es de 1. En ese caso, el agricultor obtiene 11 por la venta en el mercado y 1 del ganadero por el daño sufrido, aunque la ganancia neta continúa siendo 2. Supongamos ahora que el ganadero encuentra beneficioso incrementar el tamaño de su rebaño aun cuando la cantidad del daño aumente a 3; lo que significa que el valor de la carne adicional producida es mayor que los costos adicionales, incluyendo el pago adicional de 2 por el daño. Pero el pago total por el daño es ahora 3. La ganancia del agricultor es aun 2. El ganadero estará mejor si el granjero decide no cultivar esta tierra por un pago menor de 3 y el agricultor estará de acuerdo en no cultivar la tierra por un pago encima de 2.

Esta misma situación se repite con frecuencia en Otuzco (Perú), donde la producción agrícola y ganadera es escasa. Los agricultores permiten que el ganado vecino pueda pastar en sus tierras y luego, según el área utilizada, efectúan un cobro a los ganaderos. Sin embargo, cuando ésta es grande, la costumbre permite al agricultor quedarse con una o dos cabezas de ganado y no aceptar el pago en dinero. Y es que en muchas zonas andinas del Perú el dinero tiene acepciones distintas. Y aquí es donde tal vez Coase encuentre una situación difícil de explicar a través de su teorema.

El dinero, cuando se utiliza en la mayoría de las zonas andinas del Perú, debe estar acompañado siempre de una serie de actividades, casi rituales. Los obreros y trabajadores del campo deben recibir, en el momento mismo del trabajo, papas y, en algunos casos, platos típicos, y el patrono, asumir la obligación de apadrinar un hijo. Luego, para superar la dificultad, debemos asumir que en estas regiones desconocidas por el análisis teórico pero vitales en extensas zonas andinas de América Latina, el dinero –medio básico para cualquier transacción y asignación de derechos– interactúa en instituciones sociales ancestrales, adherido a la tierra, al ganado y hasta a la forma de producir.

Hay situaciones que no es posible resolver a través de la remuneración monetaria; incluso el salario adquiere una connotación diferente, y ello se debe fundamentalmente a que siguen estando presentes relaciones cualitativas por estar inmerso en instituciones sociales.

Otra es la posición cuando hay costo de transacción sin responsabilidad por daños. Actitud en la que, aun cuando el sistema de precios funcione sin costos, el sujeto que ocasiona el daño no es responsable por él y, en consecuencia, no debe realizar un pago a los afectados. Coase señala que la asignación de recursos será igual, en este caso, que cuando el sujeto causante del daño era directamente responsable; sin embargo, es conveniente conocer si la actividad perjudicial es directamente responsable o no del daño causado, ya que sin establecer esta delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlas<sup>74</sup>.

Los efectos dañinos causados a terceros pueden asumir una amplia variedad, pero con transacciones de mercado sin costo, la decisión de cualquier juez respecto a una posible indemnización por daño no tendría efecto sobre la asignación de recursos. Ante una acción como la que se esboza, los magistrados tienen que decidir sobre la responsabilidad legal, pero esto no debe desorientar a los economistas sobre la naturaleza del problema económico. Así, en el

---

74. *Ibid.*, p. 6.

caso que hemos mencionado, resulta evidente que no existiría daño al agricultor sin el ganado, pero tampoco a la cosecha si ésta no existiera o tuviera un cerco. Ambas partes propician el daño; el ejemplo, incluso, es más claro en el caso de los agricultores otuzcanos, en donde parecería que hasta incitan a la invasión de ganado para lograr una transacción que los favorezca ante la escasez de bienes. Si propiciamos una asignación óptima de los recursos es deseable que ambas partes tomen en cuenta el efecto dañino antes de decidir cómo actuar. En éste y cualquier otro caso, y dentro de un sistema de precios sin costo o sin problemas, hay un egreso para ambas partes. "Las partes en conflicto resolverían sus problemas automáticamente por medio de la asignación de derechos, lo que puede ocurrir sin la intervención estatal"<sup>75</sup>. Así, las partes llegarán con facilidad a una negociación y posterior acuerdo, ya que no importa quién reciba la asignación de derechos, sino la forma eficiente en que será utilizado el bien –en el ejemplo el caso de la tierra colindante–, pues no se trata de una confrontación de costos privados y sociales, sino la apreciación de los beneficios totales derivados de la externalidad.

### **3.1.2 Los costos dificultan una libre transacción**

Ahora planteamos la otra circunstancia, cuando existen costos de transacción y éstos son ostensibles o cuando existen costos de transacción positivos. Éste es un aspecto que con frecuencia no se tiene en consideración cuando se considera la intervención del Estado, invocada con frecuencia para "reequilibrar" la relación contractual o proteger al sujeto más débil en cualquier negocio jurídico. Algunos legisladores desconocen estos criterios y entonces, frente a determinadas situaciones productivas, consideran necesaria la intervención estatal a través de tributos, prohibición, cuotas o permisos de asignación introduciendo así costos de transacción que dan como resultado la ineficiencia una vez que la entidad gubernamental asigna los derechos. En tanto que algunos agentes no valoran el tiempo, el esfuerzo y el dinero que tienen que emplear las personas para solucionar sus conflictos.

---

75. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 235.

Ilustremos el concepto a través del caso de la quema de caña de azúcar explicado líneas arriba. Si la ciudad de Trujillo recibiera los derechos, es decir se le reconociera el derecho a lavar su ropa y tenderla sin temor a ser manchada por las cenizas de caña de azúcar, las fábricas de azúcar se verían obligadas, por ejemplo, a establecer un sistema productivo más caro que afectaría sus costos totales de producción y, en consecuencia; su presencia en los mercados internacionales, disminuyendo el ingreso de divisas al país. Se habría solucionado el problema a un costo demasiado alto, mayor aun si se prohibiera el funcionamiento de los ingenios azucareros. Ahora bien, algún legislador inteligente puede proponer una contribución que se cobraría sólo cuando las cenizas invadieran la ciudad; y claro está, en aras de la proporcionalidad del daño, la contribución sería igual al perjuicio causado. Al promulgarse la ley las fábricas preferirán instalar el sistema caro que señalamos —con la ventaja de considerarlo incluso como una inversión y por tanto posible de ser repatriadas las utilidades, como sería en el ejemplo histórico donde las empresas eran extranjeras— y nuevamente este costo sería mayor a aquel que lamentablemente afectaba a las familias trujillanas. En todo caso, la tasa del impuesto ha de ser determinada a niveles que no afectan la rentabilidad de las fábricas y, por otro lado, rebajadas aquellas que específicamente afecten a la colectividad perjudicada.

Luego, no siempre la intervención estatal, vía impuesto igual al daño afectado, soluciona un problema de externalidad. Los planteamientos de la ortodoxia jurídica de resarcir el daño vía compensación tributaria no siempre surten efectos positivos. De nuevo, como en la explicación anterior, el juseconomista tendrá que ver el caso de una manera integral para lograr eficiencia. Frente a una externalidad dentro de una situación en la que existan costos ha de primar el criterio de comparación de los beneficios globales derivados de la externalidad.

Imaginemos otra situación: un abogado que tiene su oficina profesional en su propio domicilio y que después de trabajar en esas circunstancias durante diez años llega un escultor a ocupar la casa vecina y colindante y también decide instalar su propio taller en su casa, a la cual lleva pulidores y máquinas vibradoras. El abogado, que además es un profesor universitario, a partir de entonces no

tuvo sosiego para atender a sus clientes ni menos para preparar sus clases con reflexión y atención. Según la visión económica se da aquí una externalidad. Las operaciones del escultor –que tenía una gran demanda de sus obras– impusieron costos externos al abogado, pues el costo de producción de su profesión fue incrementado, pues tuvo que colocar aditamentos acústicos a las paredes y techos de su oficina; adicionalmente los clientes preferirían no llegar al estudio en las horas de mayor trabajo del ruidoso escultor. Viendo desapasionadamente el hecho, en realidad es una consecuencia involuntaria.

Estas consecuencias involuntarias pueden ser benéficas o perjudiciales. Sería lo primero si la producción del escultor adornara, por ejemplo, la calle haciéndola conocida y fácilmente ubicable y agradable para los clientes del ya atormentado abogado. Pero en realidad era lo segundo, ya que sufría el ruido sin compensación alguna.

El abogado entonces no tuvo otra alternativa más que demandar y pedir que cese el ruido. El juez admitió la demanda y sentenció a favor del profesor universitario. Ahora la situación se invirtió, pues los costos se trasladaron al escultor. Pero la externalidad se mantenía. El juez había indicado quien asumiría los gastos para evitar la propagación del ruido. Ello nos lleva a considerar que las externalidades son recíprocas. No hubo ninguna en el barrio hasta antes que se le ocurriese trasladarse al escultor. Pero todo sucedió sin premeditación, sino porque así se dan las cosas en un mundo de gran movilidad de los factores.

Es injusto que el abogado asuma los costos, ya que al final de cuentas él llegó primero. Los economistas estarán pensando en un sistema de ordenamiento urbano. Pero si aplicamos el Teorema de Coase podría el asunto solucionarse de diferentes maneras: el abogado podría renunciar a su derecho si el escultor lo resarce con las mejores piezas de su colección a fin de compensarlo por la pérdida de sus clientes o lo suficiente para que instale material aislante en toda su casa o por último para que el abogado se mude de barrio. Ahora surge la indagación de saber cuánto estaría dispuesto a pagar el escultor: solamente si su pérdida de renta por el encarecimiento de sus esculturas fuese mayor de la cantidad necesaria para compensar

al abogado; o si, incluso, su cambio de domicilio le ocasionaría un mayor costo que aquel que debe asumir para resarcir al reclamante. Cualquiera de las soluciones sería conveniente. Sería así alcanzada la eficiencia. Como se ve el resultado no depende de la intervención del juez. Es más bien una cuestión de negociación entre las partes. Incluso si el juez no hubiese admitido la demanda, todavía podía mantenerse un interés por la negociación, ya que el abogado, si valorizase, su trabajo más que el escultor, podría más bien compensarlo para que no trabaje en las horas de atención al público o de estudio, o asumiendo por sí el costo del aislamiento acústico de su casa, o también pagando el traslado del escultor para que vaya con su ruido a otra parte; claro está, siempre y cuando fuese más ventajoso trabajar en la misma casa.

### 3.2 Las aplicaciones del Teorema

El Teorema de Coase ha sido aplicado para explicar diferentes situaciones y ése es su mérito, ya que permite apreciar diferentes aspectos de las relaciones jurídicas.

Así, la cuestión de los efectos sobre la riqueza fue abordado por Kennedy (*Form and substance in private law adjudication*) y Veljanovski (*The new law and economics a research review*). Estiman que las personas pueden optar por varias decisiones cuando se encuentran frente a dos cuestiones alternativas, como: ¿cuánto dinero se estará dispuesto a ofrecer para librarse de una externalidad? o ¿cuánto dinero se aceptaría como compensación para desistir de tal externalidad?

En tanto, también ha sido utilizado en cuestiones de negociación, para apreciar el poder o situación de ventaja que tienen las personas cuando están frente a frente y de qué manera esa inicial posición de ventaja es utilizada con eficiencia por quien la disfruta. Trataron la cuestión Baker (*The ideology of the economic analysis of law*) y Veljanovski (*The new law and economics. A research review*).

De igual manera ha sido aplicado desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual por Tullock (*The logic of the law*) y Fernando de Trazegnies (*La responsabilidad extracontractual*), evi-

denciando que, independientemente de la existencia o no de reglas específicas sobre responsabilidad extracontractual, si las personas tienen un ambiente y condiciones para negociar libremente y sin trabas o obstáculos, se llegará a la misma situación si existiera un conjunto de reglas para tales eventualidades.

Sin embargo, la aplicación a estas diferentes áreas o contingencias debe hacerse con particular cuidado, ya que todo el Teorema está basado sobre un presupuesto fundamental que si no funciona no posibilita su aplicación. El presupuesto básico es que las condiciones del mercado permitan que las partes puedan actuar libremente, que no existan trabas ni dificultades, que la información sea igual para todos y que todos los sujetos tengan acceso a la administración de justicia y capacidad de negociar interpartes en igualdad de condiciones.

#### 4. CRÍTICAS AL ENFOQUE ECONÓMICO

El análisis económico del Derecho hace surgir considerables críticas, particularmente entre los abogados académicos que no gustan de la idea de que la lógica de las leyes pueda ser la Economía.

Una crítica ingenua, pero sugerida con demasiada frecuencia, es que puesto que los economistas han tenido dificultad en predecir o explicar, por ejemplo, hechos como la recesión con inflación o los problemas de recuperación económica en el corto plazo, ellos no tienen nada que decirle, a los abogados acerca del sistema jurídico.

Como señala Samuelson, el mayor error de la economía "en proyectar hacia el futuro es no darse cuenta cuán significativas son las probabilidades de que ocurran otros sucesos sobre los cuales todos están de acuerdo"<sup>76</sup>.

---

76. Paul SAMUELSON. *Business Week*, 21 de diciembre de 1974, p. 51.

Debido a estas circunstancias, ya que la Economía es una ciencia incompleta e imperfecta, e incluso a causa que muchos planes económicos que plantean determinados objetivos no se cumplen, sea porque surge alguna variable no prevista o una de ellas no actúa como se había calculado, hay quienes estiman que no es una ciencia confiable. Y aun cuando, en verdad, en el caso de los planes económicos éstos se generan unos tras otros sin que con frecuencia se den los resultados positivos que sí se daban en el escritorio, ello no nos puede llevar a desestimar la conveniencia de sus métodos o su sistema.

Una crítica relacionada con el enfoque económico del Derecho es que, puesto que la Economía tiene limitaciones significativas, especialmente como un cuerpo de principios normativo –por ejemplo, no hay ninguna teoría económica ampliamente aceptada sobre la distribución óptima del ingreso y la riqueza– el abogado puede ignorar el enfoque económico. Esto es, puede despreciar una herramienta por ser imperfecta. Una versión más inteligente de esta crítica ataca el uso de la Economía en el análisis normativo del Derecho, recusando la validez de su base filosófica, que es el utilitarismo.

Conviene, para entender esta crítica, aclarar el principio utilitarista. En primer lugar es una teoría que tiene dos aspectos: la moral personal y la justicia social. Un buen hombre es aquel que se esfuerza por maximizar la suma total de felicidad, y la buena sociedad es aquella que busca maximizar esta suma total. En segundo lugar, el axioma no es un estado anímico en particular de éxtasis, sino que es el concepto más amplio de satisfacción. La utilidad está maximizada cuando los individuos son capaces de satisfacer sus necesidades en el mayor grado posible. Pero ello no excluye la posibilidad de que alguien pretenda querer conocer las preferencias mejor que las de los otros sujetos. Y entonces surge la pregunta ¿la felicidad de quién se tiene en cuenta para diseñar una política económica que maximice la felicidad de los individuos o de la sociedad? Por otro lado, si la mitad pobre y miserable de muchos países de América Latina muriera de hambre, o las políticas económicas estuvieran diseñadas sólo en razón del PBI (Producto Bruto Interno) y la relación de habitantes que pudieran vivir con dicho producto, el nivel de vida de la otra mitad mejoraría. Sin embargo, es posible que el total

de personas felices sería mucho menor, ya que los padres y los hijos sufrirán por la pérdida de sus seres queridos. No hay pues una base clara en el principio utilitarista para determinar cuál es el promedio y cuál el *summum* de la felicidad.

Hay una relación estrecha entre la economía normativa y el utilitarismo, aunque también hay diferencias importantes. Sin embargo, los usos propiamente normativos de la economía, como son los de clarificar los conflictos de valores y mostrar cómo alcanzar las metas sociales por medios más eficientes, no son tocados por los debates hechos sobre los méritos filosóficos del utilitarismo. Aun más, la capacidad del análisis económico para ampliar nuestro entendimiento sobre la manera en que el Derecho trabaja en la realidad no es socavada por los ataques al utilitarismo. Si los participantes en el proceso legal actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones, si el proceso legal en sí mismo ha sido moldeado dentro de un marco maximizador de la eficiencia económica, el economista tiene un campo de estudio muy rico, sin que interese si la sociedad en la que las personas se comportan de determinada manera o sus instituciones moldeadas por dichas preocupaciones, es una buena sociedad.

Otra crítica común del análisis económico es que el intento de explicar el comportamiento de las instituciones jurídicas y de las personas que las manejan debe fracasar porque, con seguridad, en dicho comportamiento está involucrado mucho más que la maximización racional. Así, las motivaciones del homicida calificado no pueden reducirse a la maximización del ingreso; ni las metas del sistema de justicia penal, a la minimización de los costos del crimen y de su control. Esta crítica no solamente refleja un error fundamental sobre la naturaleza de la indagación científica, sino que en realidad no es una objeción; es una predicción de que el enfoque económico será, en última instancia, infructuoso.

Este aparente cuestionamiento también ignora una importante lección de la historia del progreso científico. En general, una teoría es deleznable no por sus defectos o limitaciones, sino solamente, proponiendo una teoría más racional, más lógica y, sobre todo, más útil. Cualesquiera que sean sus deficiencias, el análisis económico pare-

ce ser la teoría positiva más prometedora existente. Mientras que los antropólogos, sociólogos, psicólogos, politólogos y otros científicos sociales, además de los economistas, también hacen análisis positivos del Derecho, su trabajo hasta el momento no tiene la suficiente riqueza en contenido teórico y empírico como para significar una competencia seria para los economistas.

Una objeción común del Derecho y la Economía actuales es que manifiestan un sesgo político fuertemente conservador. Sus practicantes han encontrado, por ejemplo, que la pena capital tiene un efecto disuasivo y que la legislación diseñada para proteger al consumidor con frecuencia acaba lastimándolo. Así como fue el caso de las disposiciones del Código Civil peruano del año 1936, que pretendiendo proteger a las comunidades indígenas les limitaba cualquier derecho de disposición de sus tierras, incluso hasta del disfrute, pues no podían arrendarlas, hipotecarlas ni venderlas, por lo que los supuestos beneficiados por la ley pasaron a ser los más perjudicados, ya que no eran sujetos de crédito ni podían conseguir inversiones o aportar bienes como capital. Hallazgos como éstos proporcionan munición a los defensores de la pena de muerte, así como a los oponentes de la legislación del consumidor, o a aquellos desaprensivos e insensibles a los requerimientos de los indígenas o nativos. Aun así, la investigación económica que proporciona apoyo a las posiciones liberales es reconocida sólo raramente, al menos por los liberales, como portadora de sesgo político. Esta crítica pasa por alto hallazgos recientes, concernientes a la fianza, al derecho de aviso y al modelo de evidencia en los casos criminales, las normas sobre la radiodifusión, la discriminación de la mujer, los costos sociales, monopolio y otros, que sirven de apoyo a las posiciones liberales. En otro ámbito, el enfoque juseconómico también ha sido atacado por las posiciones de derecha, sobre la base de que si se permitiera a los jueces imponer obligaciones legales a fin de aumentar la eficiencia estarían atentando contra los derechos humanos. Sin embargo, los jueces difícilmente pueden dejar de utilizar algún criterio de bienestar social al elaborar su sentencia o las normas, incluso de conducta, a que se han de obligar las partes o el condenado. Ahora bien, la eficiencia es un criterio de bienestar social más liberal que el comportamiento del consumidor, de donde esta parte de la crítica, nacida de posiciones conservadoras, es inconsistente.

Richard A. Posner<sup>77</sup> señala que la apreciación económica del Derecho también es objeto de crítica por ignorar la “justicia”, la cual, con seguridad, debería ser la preocupación central del sistema jurídico y de aquellos que la estudian. Al evaluar esta crítica, continúa el autor, debemos distinguir cuidadosamente entre los diferentes sentidos en que se emplea el término en el marco legal. A veces se utiliza para significar “justicia distributiva”, que puede definirse crudamente como el grado “apropiado” de la desigualdad económica. Aunque los economistas no pueden decirle a la sociedad cuál es ese grado, tienen muchas cosas altamente pertinentes que decir en el debate sobre la desigualdad, sobre las cantidades verdaderas de disconformidad en diferentes sociedades y períodos, sobre la diferencia entre la disparidad económica real y las desigualdades en el ingreso *per capita*, que tan sólo balancea las desemejanzas de costo o refleja las diversas posiciones en el ciclo vital, y sobre los costos por lograr una mayor igualdad real o nominal.

Un segundo significado de “justicia”, y tal vez el más común, es simplemente “eficiencia”. Veremos, entre muchos otros ejemplos, que cuando las personas señalan como “injusta” la declaración de culpabilidad de un individuo sin juicio previo, la expropiación sin pago o la exoneración a un automovilista negligente que responda por los daños causados a la víctima de su negligencia (caso común de los microbuseros en Lima), se puede interpretar que ellos no quieren decir otra cosa que la conducta en cuestión desperdicia los recursos. Hasta el principio de “enriquecimiento indebido” puede derivarse del concepto de eficiencia. Y, con un poco de reflexión, se llegará a la no sorprendente conclusión de que en un mundo de recursos escasos el desperdicio debe ser considerado como inmoral.

Pero hay algo más en las nociones de justicia que una preocupación por la eficiencia, al menos en cualquier sentido obvio de este término. Visiblemente no es ineficiente permitirles a las personas que hagan pactos suicidas forzados, que discriminen sobre bases raciales o religiosas, o que se aprovechen del más débil. Tampoco parece ser

---

77. Richard A. POSNER. *Economic analysis of law*, p. 22.

ineficiente que se permita el aborto, que se deje que los niños sean vendidos o que se les dé a los condenados a muerte la alternativa entre el fusilamiento o la participación en experimentos médicos peligrosos. Empero, todas éstas son prácticas frecuentemente condenadas por injustas. Con respecto a ellas, el rol primario del análisis económico consiste en disipar ciertos aspectos de pseudojusticia que parecen basarse en la más completa confusión intelectual y ayudar en la clarificación de los valores mostrándole a la sociedad a qué debe renunciar para alcanzar algún ideal no económico de justicia. Así por ejemplo, muchas personas reaccionarían con estupor ante la propuesta de eliminar la prisión como sanción en los delitos de contrabando o de corrupción de funcionarios o de cohecho y, en cambio, establecer penas pecuniarias a un nivel igual o mayor que el costo de mantener en prisión al actor del delito a fin de que la sustitución del encarcelamiento por la multa no reduzca el castigo efectivo del infractor. Claro está que la propuesta aparentemente sugiere una norma en razón del poder económico de los sujetos, pero el asunto en realidad es diferente, ya que, como la casuística lo demuestra, muchos infractores de estas leyes son sujetos solventes, mientras que la mayoría de los delincuentes comunes no lo son; los primeros pueden ser disuadidos por penas económicas, que en definitiva son más fáciles de administrar que una prisión, en tanto que los segundos no. Otro ejemplo es el de la venta de niños, pues tal vez –y claro con las reservas de la ética– sea pseudojusticia querer castigar a quien vende sus hijos o recién nacidos, ya que si la sanción es fuerte y la intención de deshacerse del niño igual, algunos optarían por una alternativa peor: el aborto.

En consecuencia, la demanda de justicia no es independiente de su precio, y entonces tal vez, no habría objeción a la experimentación médica con los condenados si se demuestra que los beneficios sociales de dichos experimentos exceden en gran medida a los costos. Tampoco habría objeciones a la pena capital si se pudiera demostrar convincentemente que esta pena tiene un efecto disuasivo mayor que el de la prisión de por vida. Estos son asuntos en que la economía tiene una gran relevancia.

## **CAPÍTULO V**

### **LOS SISTEMAS**

La idea de sistema viene dada por el particular propósito de analizar el comportamiento de los hechos, así como de las instituciones sociales y los diversos agentes, dentro de un espacio y marco, donde actúan con determinada homogeneidad y en necesaria relación con los demás hechos sociales.

#### **1. EL SISTEMA ECONÓMICO**

Un sistema económico es el conjunto singular y homogéneo de las relaciones económicas establecidas por el hombre en un determinado momento histórico, así como la forma en que se manifiestan estas relaciones y su adecuación a los diferentes aspectos que forman la vida social.

Tal como adelantáramos en el Capítulo I, al comentar la aproximación de los hechos, en algún momento histórico en la vida de la sociedad se desenvuelven particulares relaciones económicas entre los hombres, las cuales condicionan los diferentes aspectos de la

sociedad. Así, en el sistema capitalista las relaciones económicas entre sus habitantes se manifiestan bajo formas mercantiles, lo cual suscita que la organización, en su conjunto, opere con la correspondencia necesaria y de acuerdo a las condiciones en que se dan los actos económicos.

Para precisar el concepto conviene aclarar lo que entendemos por particulares relaciones económicas, pues éstas son las que caracterizan un sistema económico diferenciándolo de otro. Veamos: existen en primer lugar los llamados medios de producción (naturaleza, fábricas), instrumentos de trabajos (máquinas, herramientas), la experiencia y conocimiento de los trabajadores (tecnología). La división del trabajo y la especialización hace que los hombres entren en contacto con la naturaleza sobre determinados aspectos de la producción; en esa participación adquieren compromisos entre ellos mismos, siendo así que algunos efectúan una tarea específica que luego es culminada por otros; esos compromisos y tareas son compensados a través de los sueldos y salarios que son la base del conjunto de relaciones económicas.

Hay quienes emplean con frecuencia el término organización en lugar de sistema, como preferimos llamarlo. Quienes usan esta terminología consideran que la organización económica es el conjunto de instituciones organizacionales que aglutinan a participantes comprometidos, de acuerdo a un conjunto de leyes y disposiciones así como de acuerdos de grupo, en la producción, distribución y circulación de bienes y servicios<sup>78</sup>.

Un sistema económico debe ser apreciado y observado en su totalidad a fin de comprender cualesquiera de sus partes, sus piezas e interrelaciones fundamentales para el medio ambiente interno en el cual se dan las normas legales.

### **1.1 Elementos del sistema económico**

Los elementos fundamentales de un sistema económico son: el

---

78. Allan G. GRUCHY, *Comparative economic systems*. p. 11.

trabajo, la naturaleza y el capital. Aun cuando Alfred Marshall, en su conocido libro *Principios de economía*, incluye a la organización, es decir, la empresa.

El trabajo del hombre es base y motor de la actividad económica, ya organizándola o ya ejecutándola, desde el inicio de la actividad productiva hasta su posterior comercialización. Preferimos indicar el hombre y no el trabajo a secas, pues creemos que uno de los equívocos de la terminología económica, que ha afectado las relaciones sociales, es la de usar el vocablo trabajo como una categoría inanimada, cuantificable y expresada como un número. Por otro lado, sólo él genera trabajo, así que sería redundante decir trabajo del hombre. El conjunto de hombres forman la población de un país. Pero toda ella no trabaja, sustancialmente por razones de edad; así los niños menores de 14 años no sólo no trabajan, sino que están prohibidos, y los mayores de edad son pasibles de jubilación. Luego, en el estudio de este primer elemento, debemos diferenciar la población en edad de trabajar (más de 14 y menos de 65) de aquella que no lo está.

Ahora bien, a partir de la población en edad de trabajar se llega a los conceptos de población "económicamente activa" y "población ocupada". La primera es aquella que se encuentra dentro del mercado de trabajo pero que no es remunerada (un estudiante de juseconomía, por ejemplo), la segunda, es el conjunto de personas que ejerce una actividad remunerada (un profesor de Derecho, por ejemplo).

El número de personas ocupadas en una sociedad se ve afectado por fenómenos económicos, sociales y demográficos, *strictu sensu*. Luego, a partir de la población total hay que sustraer niños y ancianos para llegar a la población hábil, después disminuimos a los aptos pero que aún no están orientados al trabajo (el estudiante del que hablamos) y así tenemos la población activa y, finalmente, restamos a los que no alcanzan trabajo, para obtener la población ocupada.

La naturaleza es el segundo elemento, y está conformada por los recursos naturales incorporables a la actividad económica, como el suelo, los bosques, los yacimientos minerales, las fuentes de agua.

El capital es el último elemento o factor de la producción, que va desde la flecha o la lanza primitiva hasta el dinero, una inmensa factoría, el avión, una escuela o un hospital de nuestros días. La actual técnica industrial se basa en el uso de maquinaria sofisticada y el uso masivo de dinero, que se convierte en el flujo vital del sistema económico.

Se usa también el término capital para designar bienes de capital en general, los que son bienes que pueden utilizarse a su vez como factores para elaborar otros productos, en tanto que la tierra y el trabajo son factores primarios, no producidos por el sistema económico<sup>79</sup>, sino elementos de éste.

Esos bienes, así como la acumulación de parte de los resultados obtenidos por el trabajo, como monumentos, carreteras o puentes, se le denomina genéricamente como "reserva de capital".

Ahora bien, una de las características fundamentales de la evolución de un sistema económico es el número de etapas o instancias que transcurren entre la producción y el consumo final o destrucción de un bien que satisface así una necesidad. Esas etapas se cumplen a través de unidades productivas (empresas) que enlazan trabajo, naturaleza y capital. Esa articulación la ejecutan personas que son el valioso aporte gerencial o administrativo del que hablábamos. Así una unidad productiva es una panadería como una fábrica de computadoras.

Las unidades actúan entre grandes sectores: primario (agricultura, minería), secundario (manufacturas) y terciario (transportes, seguros, bancos, los servicios profesionales de un abogado o de un economista, así como los del tendero de la esquina).

El estudio del peso relativo de cada uno de dichos sectores permite conocer el nivel de desarrollo y la característica del sistema económico. Así por ejemplo, el sector primario ocupa, en nuestros países

---

79. Paul SAMUELSON. *Curso de economía moderna*, p. 48.

de América Latina, mucho más de la mitad de la población económicamente activa, a diferencia de las naciones industrializadas que no alcanzan a ocupar más de 20% o 25% de su población.

El sector secundario está, en cualquier sistema, inequívocamente asociado al factor capital. Las relaciones entre la reserva de capital, progresivamente acumulada en varias fuentes, pero fundamentalmente en las actividades industriales, por un lado, y la inmensa oferta de mano de obra incrementada por la explosión demográfica o el sobrante de la agricultura para ser absorbida en nuevos empleos, por el otro, constituyen hoy en día la más grave cuestión a que se enfrentan los sistemas económicos<sup>80</sup>.

El sector terciario se basa en el uso extensivo o intensivo del factor trabajo. Su composición nos permitirá conocer el grado de desarrollo de la economía de un país. Así, en las naciones industrializadas, el comercio, los bancos, las compañías consultoras y los servicios profesionales o el turismo configuran casi la totalidad de este sector; en cambio, en las naciones del Tercer Mundo, y particularmente en América Latina, lo compone la mano de obra no calificada que conforma el comercio ambulante o callejero y que mueve de tal manera la economía de una nación, que merece un tratamiento aparte, como es la criptoeconomía o la llamada economía informal, que no solamente opera en este sector, aun cuando es mayoría, sino también en la actividad industrial. El peso de la informalidad es tan fuerte que merece ser considerada cuando se quiere conocer el sistema económico de un país, ya que el circuito informal o la economía contestataria, como la llama José Matos Mar en el primer ensayo sobre la informalidad<sup>81</sup>, representa una importante proporción de la real vida económica del país, y el estudio de su peso relativo en cada sector, básicamente en el terciario, permite tener una imagen clara de la estructura productiva del sistema.

---

80. A. CASTRO y C. LESSA. *Introducción a la economía*, p. 19.

81. José MATOS MAR, *Desborde popular y crisis del Estado*, p. 59.

El estudio de las relaciones de los factores que acabamos de explicar, así como sus alteraciones y tendencias, permite esclarecer algunos problemas de tipo estructural –como el caso de la marginalidad o la criptoconomía– a los que se enfrentan los sistemas en proceso de cambios radicales.

Veamos ahora cómo es que actúan estos sectores y cómo es que se articulan los factores que citamos al inicio de este párrafo: la articulación de los factores da como resultado la producción de bienes y servicios, los mismos que pueden ser clasificados genéricamente en bienes de consumo (pan y vestido), de capital (máquinas, carreteras), y bienes intermedios (los que se destinan a producir otros bienes).

Los bienes y servicios destinados al consumo de la colectividad reciben el nombre de bienes finales. El total de éstos generados en un período se le conoce como producto<sup>82</sup>.

Cada uno de los factores recibe un pago, una remuneración, por su aporte en todo el proceso productivo, sea salario (trabajo), interés o *royalties* (capital) o renta (naturaleza). La totalidad de este pago constituye el ingreso de la sociedad.

El funcionamiento de las unidades productivas, es decir, el aparato productivo, da origen a dos flujos simultáneos: el flujo real, constituido por bienes y servicios, y el flujo nominal, que reúne los ingresos distribuidos por el sistema en su operación<sup>83</sup>. Se establece así una dicotomía que se expresa en denominaciones como producto e ingreso u oferta y demanda.

Estos flujos permiten ofrecer y adquirir bienes. Concurren de esta manera quienes con ingresos buscan satisfacer sus necesidades y a su vez quienes con bienes o servicios buscan dinero que justifique esta transferencia, surgiendo así el mercado.

---

82. A. CASTRO, y C. LESSA. *Op. cit.*, p. 22.

83. *Ibid.*

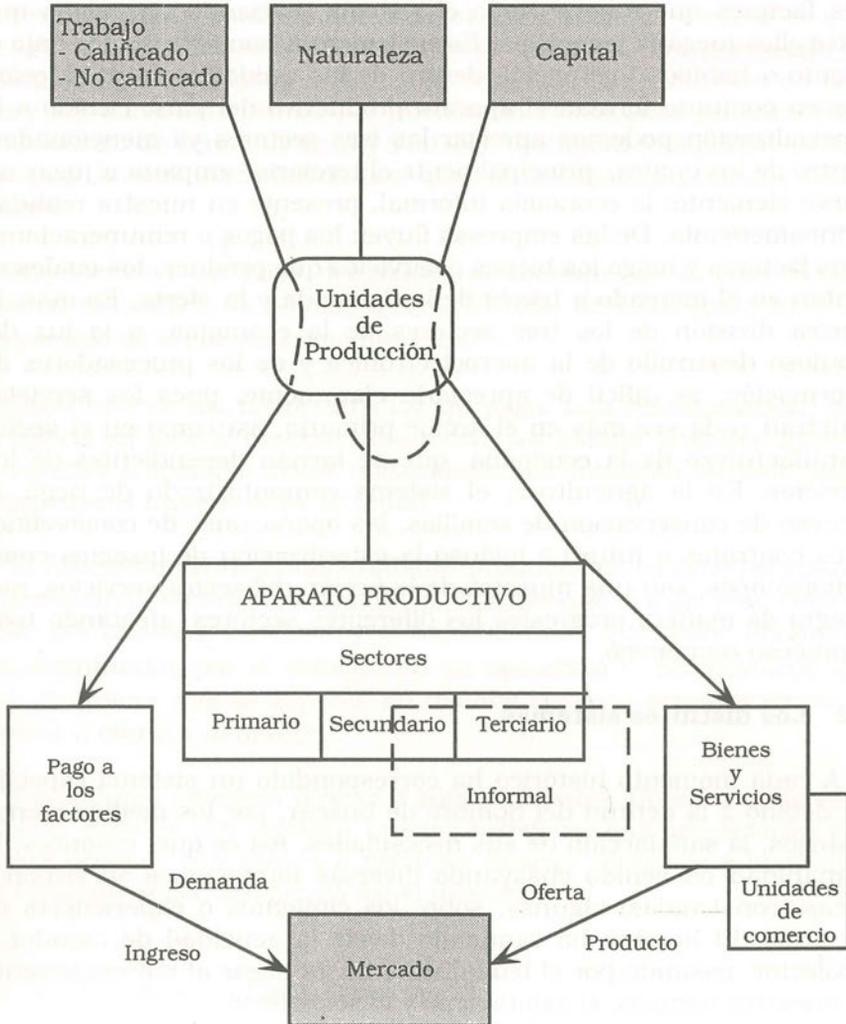
Veamos a través de un gráfico cómo se estructura y funciona el sistema productivo. Para simplificar la explicación hemos prescindido de la presencia del Estado, del que, por otra parte, hemos hablado en detalle y por razones de exposición en el Capítulo II.

En el Gráfico N° 7 se puede apreciar dónde se inicia el proceso, los tres factores que mueven todo el sistema, haciendo aclaración que entre ellos juega la tecnología. Esos elementos son articulados bajo el talento o habilidad gerencial, dentro de las unidades de producción que en conjunto forman el aparato productivo del país. Debido a la especialización podemos apreciar los tres sectores ya mencionados, dentro de los cuales –principalmente el terciario– empieza a jugar un nuevo elemento: la economía informal, presente en nuestra realidad latinoamericana. De las empresas fluyen los pagos o remuneraciones a los factores y luego los bienes o servicios que produce, los cuales se juntan en el mercado a través de la demanda y la oferta. Es más, la clásica división de los tres sectores de la economía, a la luz del fabuloso desarrollo de la microelectrónica y de los procesadores de información, es difícil de apreciarla claramente, pues los servicios penetran cada vez más en el sector primario, así como en el sector manufacturero de la economía, que se tornan dependientes de los servicios. En la agricultura, el sistema computarizado de riego, el proceso de conservación de semillas, las operaciones de *commodities* y los contratos a futuro e incluso la esterilización de insectos como radioisótopos, son una muestra de la acción del sector servicios, que integra de manera progresiva los diferentes sectores, afectando todo el proceso económico.

## 1.2 Los distintos sistemas

A cada momento histórico ha correspondido un sistema específico, debido a la actitud del hombre de buscar, por los medios menos costosos, la satisfacción de sus necesidades. Así es que, entonces, la humanidad ha venido ensayando diversas formaciones socioeconómicas, construidas, algunas, sobre los cimientos o experiencias de las otras. El hombre ha caminado desde la actividad de cazador y recolector, pasando por el feudalismo, hasta llegar al enfrentamiento de nuestros tiempos: el capitalismo y el socialismo.

**GRÁFICO N° 7**  
**ESTRUCTURA DEL SISTEMA ECONÓMICO**



Sin embargo, en ese largo recorrido sólo se dan contados casos de intento sistemático de la economía. El mercantilismo es el primer sistema que crea una política estatal continua y consecuente. Luego el fisiocratismo intentó reducir a principios todos los fenómenos sociales y económicos, y dio forma a una estructura sistemática que según algunos teóricos, es preciso reconocerle haber anticipado la economía como ciencia. En la actualidad es bastante difícil determinar y delimitar los extremos de algún sistema económico, porque muchos de sus objetivos se entrecruzan, otros son difíciles de diferenciar y existe una zona gris común a ellos. "La economía sistemática, es decir, reconstruida lógicamente para presentar un cuadro sumario y racionalizado de las conductas económicas de una sociedad concreta, usa conceptualizaciones estrechas, regidas por ideas fijas"<sup>84</sup>.

Samuelson consideraba que se podía hablar sólo de fascismo, capitalismo y socialismo con sus variantes más extremas. La realidad demuestra ahora, otra geografía. De una parte, un sistema central planificado cuyas conceptualizaciones transforman el mundo real en un paraíso; y de la otra, un sistema de mercado, cuyas grandes corporaciones transnacionales efectúan una planeación estratégica para sus operaciones. Hoy en día la estructura política-económica de la antigua URSS y sus aliados ha caído como un castillo de naipes, en lo que ha significado el más breve tiempo que una ideología se ha desarrollado en el mundo. Y sin creer que el mercado lo resuelve todo, buena parte del mundo se mueve, con diversos matices dentro de las aguas de una economía de mercado o de las llamadas economías en transición.

Para no entrar en delimitaciones o definiciones que nos llevarían a un largo e interminable camino de apreciaciones teóricas y de planteamientos ideológicos, vamos a suponer dos situaciones y cómo son tratadas dentro de un sistema capitalista o en un sistema comunista que aun en franco declinio y desaparición merece ser apreciado para ver sus manifestaciones. Veamos cómo se conseguiría un objetivo de producción y cómo se distribuirían los excedentes en cada caso:

---

84. François PERROUX. *Op. cit.*, p. 526.

- a) Supongamos que tanto en un país capitalista como en un comunista se trata de obtener una determinada producción de tractores, obviamente con el menor costo y en el menor plazo.

Esta situación la tratará la organización comunista partiendo del principio de que la sociedad por entero es la poseedora de los medios que se utilizan para producir los tractores; siendo que el Estado, como administrador de la propiedad social, será quien regule el proceso productivo. La fabricación de tractores se hará siguiendo el Plan (que determina los precios, los flujos, el ajuste de los flujos y el ajuste de éstos a los flujos monetarios), así como las presiones del partido (existe una coacción partidaria), el beneficio de la empresa colectivista y las primas de los directivos y funcionarios.

En la organización capitalista las decisiones están en manos del sector privado y hay una descentralización de las resoluciones económicas. Los costos dependen de la expectativa del beneficio o retorno de la inversión y de los medios procurados para la investigación y la reorganización de la empresa por el beneficio realizado, así como por la remuneración al Directorio, bonificaciones a vendedores y trabajadores. El precio de los tractores será fijado por las grandes corporaciones que ejercen un control decisivo sobre la conducta del mercado.

- b) En cuanto a la distribución de los excedentes, en el sistema capitalista es obra de los empresarios, que la canalizarán comparando el beneficio adicional esperado con los costos del capital invertido. El Estado también interviene para incentivar la inversión y distribuir el excedente a través de políticas fiscales y monetarias, así como por su intervención directa en varios aspectos de la actividad económica.

En la organización comunista la inversión adicional se reparte de acuerdo al Plan entre los sectores prioritarios, en volumen y de acuerdo a los costos de los capitales indicados en ese mismo programa.

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO

El tema del sistema jurídico tiene la categoría y la altura de la filosofía y la teoría general del Derecho, y dentro de ese nivel es que debiera ser tratado por su profundidad; sin embargo, para los propósitos de este trabajo lo acometemos de una manera básica y sencilla que permita la comprensión de la norma juseconómica. Un buen profesional, y aun un lector interesado, debe saber articular los conceptos y las categorías de un sistema jurídico, para conocer la realidad en que se encuentra y también para aplicar el Derecho o estructurar una defensa.

Para dar una definición adecuada de una disposición jurídica es menester tener una teoría del sistema jurídico. Vamos a partir, entonces, en primer lugar, de lo que involucra el sistema, para qué sirve y en qué consiste. Posteriormente, y en párrafo aparte, pretendemos abordar el tema de definir de manera adecuada una disposición juseconómica, que es lo que interesa al abogado y al economista para entender la normatividad; al legislador, para construir la ley; al juez, para administrar justicia acorde con la política económica dentro de la cual existe la norma; y al ciudadano más simple, para entender el mundo de protección social dentro del que actúa.

Las tres características básicas e importantes del Derecho son normatividad, institucionalidad y coactividad. Así lo esbozan Kelsen, Hart y Raz. En efecto, el Derecho es normativo porque es una guía de la conducta humana; es institucionalizado porque su nacimiento, aplicación o posterior modificación se hace a través de instituciones sociales; y finalmente, es coactivo porque existe para ser cumplido e intrínsecamente garantiza su acatamiento, aun cuando sea preciso el uso de la fuerza.

El Derecho es normativo porque guía, a través de sus normas, el comportamiento humano, prescribiendo un específico curso de acción. Mientras las leyes de la naturaleza formuladas por las ciencias naturales tienen que conformarse con los hechos, los actos del hombre deben de conformarse con las normas jurídicas descritas por la ciencia del Derecho<sup>85</sup>. Así guía la conducta humana facilitando, tam-

85. Hans KELSEN. *Teoría pura del Derecho*, pp. 23 y 24.

bién, medios para cumplir ciertas necesidades humanas.

Es institucionalizado, pues emana de instituciones sociales básicas que lo crean. Si bien la teoría del Derecho entra en jugosas discusiones sobre eventos o actos creadores del Derecho, partiendo desde las ideas de Bentham o de Kelsen que diferencian entre normas "originarias" y normas "derivadas" hasta los comentarios de Alf Ross que critica la estructura lógica que se asigna a las proposiciones jurídicas; no es necesario ahondar en tales apreciaciones, ya que para los efectos de esta obra, en la ocasión basta decir que sólo las instituciones admitidas previamente por la estructura social son las que pueden producir normas.

El Derecho es, finalmente, coactivo; es decir, las normas están respaldadas por sanciones que permiten su cumplimiento. Esto es precisamente lo que hace eficaz a cualquier orden jurídico.

El primero que delineó el concepto de sistema jurídico fue John Austin; posteriormente, y con mayores explicaciones y fundamentos, Hans Kelsen lo desarrolla con amplitud.

Una teoría del sistema jurídico consiste en dar respuesta a dos problemas básicos: el problema de existencia, es decir, determinar los criterios para establecer la verdad o falsedad de las normas, y el problema de la identidad, es decir, establecer cuáles son las disposiciones jurídicas que forman un sistema.

Algunos tratadistas, como Joseph Raz<sup>86</sup>, añaden dos problemas más a ser respondidos, el de la estructura, es decir, contestar si existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos; y el del contenido, que se refiere a aclarar si existen disposiciones jurídicas que también aparezcan en otros sistemas. Sin embargo, él trata sólo uno de estos problemas: el de la estructura.

A excepción de H.L. Hart, pocos otros autores se han detenido a tratar el problema del contenido, por lo que nos quedamos única-

---

86. Joseph RAZ, *El concepto de sistema jurídico*, p. 18.

mente con los dos mencionados: el de la existencia y el de la identidad.

Conviene, previamente, aclarar las diferencias entre disposiciones jurídicas y normas jurídicas. Una regla que establezca "las presentes regulaciones se aplican únicamente a los actos que se realizan en un cierto territorio, provincia o ciudad" es una disposición jurídica, porque no impone deberes ni confiere facultades, aun cuando especifica las condiciones de aplicación de determinadas reglas; en tanto que la enunciación: "la persona que excede un permiso de asignación será multada con el 300% del valor de la producción generado por ese exceso", es una norma jurídica, pues se aplica a actos determinados dentro de una jurisdicción específica y, obviamente, tiene una sanción.

Existe, sin embargo, una conexión entre disposiciones y normas, que ayuda al entendimiento del Derecho y que permite clasificar ciertos grupos de disposiciones como pertenecientes a determinadas ramas del Derecho dentro de un sistema.

La distinción entre disposición y norma no tiene aceptación unánime. Raz y los justeóricos modernos la vislumbran, pero Bentham basa su teoría en que toda disposición jurídica es una norma y toda norma es una regla que impone deberes.

## **2.1 El problema de la existencia**

El problema de la existencia de un sistema jurídico se centra en determinar si éste existe en una sociedad dada; o al revés asumiendo que una sociedad está regida por un sistema jurídico ya definido a saber cuál es.

Hans Kelsen parte del supuesto de que la existencia depende únicamente de su eficacia, de la obediencia a sus disposiciones jurídicas<sup>87</sup>. Por otro lado, Joseph Raz aporta las valiosas sugerencias sobre la manera en la cual el problema debe ser abordado, manifes-

---

87. Hans KELSEN. *Op. cit.*, pp. 224 y 225.

tando que existen dos distintos conjuntos de pruebas para resolver la situación<sup>88</sup>.

Así, un sistema existe en razón de la obediencia y cumplimiento a sus disposiciones jurídicas y al número de oportunidades de obedecerlas. Ése sería el criterio de eficacia, que aun cuando tiene algunas objeciones nos parece racional, sobre todo cuando tocamos el punto de ensayar un sistema juseconómico. Volveremos luego sobre el tema de la eficacia, en el párrafo final de este capítulo.

La atingencia al principio de eficacia es que no da respuesta a si la mera conformidad con una disposición jurídica es asimilable a la obediencia que exige, por lo menos, un mínimo conocimiento del Derecho o, incluso, con la obediencia en el sentido de que su existencia afecta el comportamiento de las personas.

El principio de eficacia se refiere únicamente a la obediencia y desobediencia de algunas disposiciones jurídicas (aquellas disposiciones prescriptivas que no necesitan ser creadas por actos hechos con la intención de crear normas). Supóngase que el Gobierno designa una comisión para administrar de emergencia alguna región y que sus miembros en protesta contra el régimen rehusan hacer uso de sus facultades. ¿Acaso no es una acción tan perjudicial para la existencia del sistema como la desobediencia civil? ¿La abstención masiva de votar en elecciones acaso es menos relevante que un mitin no autorizado por la autoridad administrativa?

La obediencia a todas las disposiciones jurídicas es relevante para la existencia del sistema jurídico, empero —señala Raz— es necesario atribuir diferente peso a los actos de desobediencia, tomar en cuenta circunstancias e intenciones jurídicas relevantes, así como tomar en cuenta el grado de conocimiento del Derecho y su influencia en los individuos<sup>89</sup>.

---

88. Joseph RAZ. *Op. cit.*, p. 246.

89. *Ibid.*, p. 245.

Veamos cómo se comprueba la existencia del sistema. Hay 2 pruebas: la prueba preliminar, que sirve para conocer la eficacia general de los sistemas, y la prueba de exclusión, que sirve para saber cuál sistema jurídico existe.

La prueba preliminar consiste en apreciar el grado de obediencia al Derecho privado y al Derecho público, así como el uso de facultades por parte de la población en su conjunto y el grado en que las disposiciones jurídicas son conocidas e influyen en el comportamiento de los individuos.<sup>90</sup>

La prueba de exclusión se aplica para saber qué o cuál sistema jurídico existe. Una sociedad puede ser regida por dos sistemas jurídicos, los cuales, aun si entraran en contradicción, pueden ser compatibles.

En muchos países de América Latina, como veremos posteriormente, coexisten organizaciones sociales diferentes. Los Estados son, en principio, incompatibles, pero usualmente conviven con las religiones y estructuras sociales primitivas.

Esta prueba atribuye especial importancia a las actitudes y acciones de los individuos hacia el Estado, hacia el Gobierno, hacia otra forma de organización social o hacia las propias instituciones sociales intermedias (gremios), de la cual el sistema jurídico en cuestión es una parte integral. Es relevante, entonces, para el análisis apreciar las intenciones de los personas cuando violan ciertos deberes, cuando ejercen o se abstienen de accionar sus facultades jurídicas. Otros factores son el cumplimiento de la Constitución y el funcionamiento de la administración de justicia así como del Poder Legislativo.

Esta prueba se aplica para comparar dos sistemas que coexisten. Aquel que es más eficaz ése será el verdadero.

“Un sistema jurídico existe siempre en cierto momento o durante un cierto período. Tiene que recordarse, sin embargo, que la prueba

---

90. *Ibid.*, p. 246.

de eficacia y exclusión producen resultados únicamente si son aplicados durante un cierto período mínimo de tiempo. Un sistema jurídico existe en un momento dado si este momento es parte de un período en el cual éste existe"<sup>91</sup>.

## 2.2 El problema de la identidad

Consiste en encontrar un criterio que nos permita saber si un conjunto de normas es una descripción completa de un sistema jurídico.

Como se dijo anteriormente, es posible que en un mismo país puedan darse dos sistemas; luego, es preciso saber si esos sistemas temporales o momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico. Señalar la identidad a un sistema. Ello nos lleva a distinguir entre un sistema jurídico general y un sistema jurídico momentáneo. Entre uno que es permanente que se mantiene en la continuidad y aquel que es temporal en un sentido más estricto. El problema de identidad en el primero se prueba por la cuestión de la continuidad y las causas que interrumpen esta existencia. De lo que queremos tratar, ahora, es de decidir si dos sistemas momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico.

El criterio de identidad de los sistemas momentáneos puede ser formulado así: un conjunto de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema si éste describe el mismo sistema y si además, el propio enunciado normativo es implicado por el conjunto.

Se considera "descripción completa" de un sistema cuando un enunciado describe de forma integral una disposición jurídica del sistema y no existe un enfrentamiento de enunciados que describan la misma disposición. Para encontrar el sistema jurídico al cual pertenecen las disposiciones jurídicas es menester hurgar el origen. Tanto Bentham como Austin y Kelsen resaltan la importancia de las instituciones generadoras del Derecho como uno de los rasgos fun-

---

91. *Ibid.*, p. 249.

damentales de un sistema jurídico. En tanto que Salmond explica, en otro extremo, que no todo derecho es creado por órganos generadores, es más no se detiene en hurgar cómo es creado el Derecho; lo que interesa es saber si los tribunales reconocen una disposición jurídica como tal; es a los tribunales a los que hay que recurrir para determinar la verdadera naturaleza del Derecho<sup>92</sup>.

Consecuentemente, puede decirse que para conocer la identidad de un sistema partimos de dos supuestos: que las disposiciones jurídicas sean aplicadas por un órgano jurisdiccional, y que ellas estén reconocidas o interconectadas con un conjunto sustancial de disposiciones. Este criterio asume que la identidad y la actuación del órgano administrador de justicia es esencial. Austin, Raz y Holland<sup>93</sup>, con algunas variaciones, lo denominan como "criterio de membresía".

El concepto de aplicabilidad o la aplicación de las disposiciones jurídicas por un órgano jurisdiccional permite determinar la identidad de un sistema. Un órgano de la administración de justicia en la medida que utiliza y aplica una disposición está prefijando la identidad del sistema que rige para determinada conducta en un espacio concreto que es la jurisdicción. El órgano administrador está facultado para decidir si una disposición jurídica fue violada o si su decisión es básica y condición primera para aplicar una sanción. Esto significa que es posible que en una sociedad existan ciertas reglas aun con sanciones coactivas pero en la cual no subsiste un órgano jurídico aplicador, entonces esa disposición no es aplicada y de esa manera no es posible determinar la identidad de la disposición ni del sistema. Veamos un caso: por el matrimonio el marido o la mujer están encargados de dirigir y administrar la sociedad conyugal. Para efectos de claridad expositiva y no por "machismo" diremos que siempre lo es el marido; por otro lado, la ley no puede dejar que en medio de la ilusión de los primeros días exista un vacío gerencial al no decidirse ninguno de los cónyuges a escoger al geren-

---

92. Guthrie William SALMOND. *Salmond on jurisprudence*, p. 41.

93. Thomas E. HOLLAND. *The elements of jurisprudence*.

te de esta sociedad; de allí que algunas legislaciones proclamen que es el marido el encargado de administrar la sociedad conyugal con algunas reglas básicas, entre las que está el manejo ordenado del patrimonio. Pues bien, si el marido cae dentro de las causales de prodigalidad, el órgano jurisdiccional interviene para determinar que una disposición jurisdiccional interviene para determinar que una disposición jurídica fue violada; pero la aplicación de las sanciones – en este caso relevar al marido de la administración– puede ser confiada a la mujer o al hijo más apto. Es decir, el órgano jurisdiccional hace su aparición de dos maneras: para determinar la disposición violada y para decidir sobre la aplicación de la sanción.

La regla de reconocimiento que junto con el concepto de aplicabilidad son los instrumentos para la identidad, es “una regla para la identificación concluyente de reglas primarias de obligación”<sup>94</sup>.

El reconocimiento, como apunta Hart, existe únicamente como una práctica compleja, aunque normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares en la identificación de derechos con referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho; luego, concluimos, no debe probarse.

Como no se puede partir, en regreso, hacia un número infinito de precedentes jurídicos, tenemos que detenernos en un primer generador jurídico que exista antes que nada y que no requiera de una disposición previa. De allí que casi la totalidad de justicóicos parten de la Constitución, como la norma inicial primaria, fundamental y sin precedentes.

Hart menciona que si surge la cuestión de saber si alguna pretendida regla es jurídicamente válida, para contestar la pregunta tenemos que usar un criterio de validez proporcionado por alguna otra regla<sup>95</sup>. Este presupuesto es cuestionado por Raz, pues sostiene que la existencia de una disposición jurídica no depende de la referencia

---

94. H. L.A. HART, *El concepto de Derecho*, p. 118.

95. *Ibid.*, p.133.

a otra disposición jurídica, sino de un criterio teórico-jurídico. En última instancia habrá que referirse a un enunciado general que no describe una disposición jurídica, sino una verdad general sobre el Derecho<sup>96</sup>.

Hart, pues, deja a los órganos administradores de justicia la obligación y el mérito de reconocer o no determinadas disposiciones jurídicas, por lo que parecería que nuevamente llegamos a ese criterio de la aplicabilidad, ya comentado; sin embargo, debemos distinguir dos cosas diferentes, en reconocer una disposición y en aplicarla al caso concreto.

Podemos concluir que el problema de la identidad de un sistema se resuelve conociendo si las disposiciones jurídicas son reconocidas por los órganos básicos o el primer escalón de la aplicación del Derecho y si éstos a su vez los reconocen como integrantes de un sistema. *Contrariu sensu*, si estos órganos ignoran o desconocen las normas legales, éstas no existen; si asimismo no son aplicadas o utilizadas para resolver un litigio, entonces tampoco forman parte del sistema jurídico. Éste tiene identidad cuando sus normas son reconocidas y posteriormente aplicadas por las instituciones jurisdiccionales encargadas de hacerlo. Sin embargo, el hecho de que la población ignore la existencia de alguna ley o decreto es irrelevante para la existencia del sistema. La ley que califica como estafa la emisión de cheques sin fondo no es usada con frecuencia debido al costo de la inflación; sin embargo, eso no significa que la regla no exista. Igualmente, la norma que otorga derecho de pensión alimentaria a ambos cónyuges, pero que sólo es utilizada únicamente por la mujer –por lo menos frecuentemente– no significa que no ampare el derecho del marido cuando su mujer (abogada de éxito tal vez) dispone de una mayor renta.

Hay la tendencia a pensar que si una disposición jurídica ha perdido mucho de su importancia y no es usada, ya no es una disposición jurídica; parece razonable soslayar este criterio general por consideraciones de la naturaleza sistemática de las normas. En

---

96. *Ibid.*, p. 238.

virtud de que pertenecen a un sistema caracterizado por la aplicación organizada de las leyes, por órganos especialmente creados para ello, aun las disposiciones jurídicas ignoradas son auténticas disposiciones en la medida en que son reconocidas y aplicadas por dichos órganos.

### 3. HACIA UN SISTEMA JUSECONÓMICO

Conociendo la estructura del sistema jurídico y las respuestas básicas a sus problemas esenciales, podemos tentar una articulación teórica de lo que podría ser un sistema integrado por el aporte de la Economía y el Derecho. Aun cuando no hay antecedentes sobre este desafío, el valioso e inmenso aporte de Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen y Hart, así como la singularidad de Joseph Raz, nos va a permitir iniciar este tema, que pretende, en algunos casos, como en el principio de la eficacia de Kelsen, reforzarlo con el aporte de la Economía.

Para restituir la idea relación de las dos disciplinas, así como por hacer posible un mejor entendimiento de los problemas contemporáneos y las normas que lo afrontan, debe aceptarse una idea integradora. Así como François Perroux habla de la "idea que englobe la economía del hombre, entendida como la economía de todo el hombre y la economía de todos los hombres"<sup>97</sup>, así también, debemos entender el Derecho, concibiéndolo como la disciplina del hombre y no sólo de la protección de los bienes patrimoniales de unos cuantos hombres.

La idea de la economía del hombre quiere decir que el ser humano es entendido con todos sus móviles en estructuras abiertas y no predeterminadas en las que pueda realizarse y obtener lo que la persona humana considera como sus valores finales, sean ideas (justicia, verdad), sea una fe<sup>98</sup>.

---

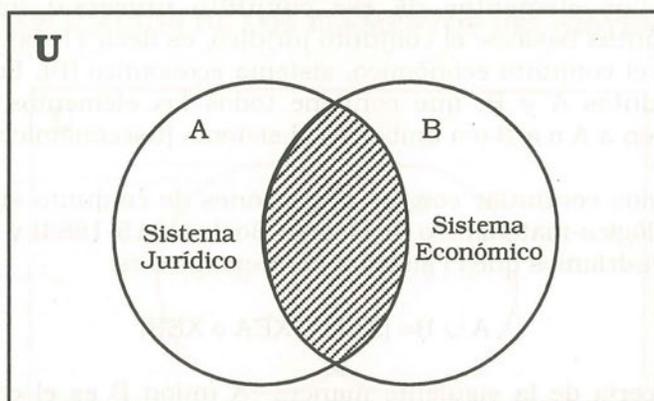
97. François PERROUX. *Op. cit.*, p. 529.

98. *Ibid.*

Una economía generalizada es un proceso destinado a examinar en pleno funcionamiento a los sistemas económicos dados en una realidad, de apreciar como unas instituciones diferentes sirven al cumplimiento de funciones comunes. Debemos entenderla como una continuidad, una acción permanente y, en consecuencia, observada en pleno movimiento.

Un sistema juseconómico tiene que ser visto en relación a las formas sociales y económicas a las cuales pertenece. Cuando Raz expone el criterio de identidad para demostrar un sistema jurídico, llega a la conclusión que está determinado no únicamente por consideraciones teórico jurídicas, sino por consideraciones que pertenecen a otras ciencias<sup>99</sup>. No se puede analizar un sistema independiente de otros momentáneos que existan en una realidad concreta, ha de estudiarse de conjunto. La identidad y la existencia de los sistemas jurídicos dependen de la identidad de las formas sociales y económicas en donde están insertos. Si esto es así, cuando se hace el estudio

### GRÁFICO N° 8 LA CONFORMACIÓN DEL SISTEMA JUSECONÓMICO



99. Joseph RAZ. *Op. cit.*, p. 227.

técnico de un sistema jurídico, que pretende abstraerlo para mejor auscultación de esas formas, cuando queremos tener una visión más cercana a la realidad concreta, no se pueden soslayar los aspectos económicos. De allí que intentamos ir hacia un sistema juseconómico como un sistema de forma compleja de vida social, de estructuras económicas y relaciones de poder, de normas y órdenes, que pretende regular la conducta de los hombres (consumidores) y de la población. El sistema jurídico constituye un aspecto, evidentemente el más valioso, para entender la realidad jurídica de una sociedad; es un buen intento para conocer los rasgos definitivos de un Estado y una sociedad.

Los cambios del Derecho son suficientemente importantes para establecer una alteración en la entidad social de la cual el sistema jurídico es parte, pero otros factores, como los económicos, tienen también que ser tomados en cuenta.

Pedimos ayuda a la matemática, en particular a la teoría de conjuntos, para graficar la idea de lo que sería este sistema, encuadrado dentro del sistema jurídico y la realidad económica.

Donde  $U$  es el conjunto universal, es la colección total de todos los elementos económicos, sociales y jurídicos a considerar en una sociedad. Los elementos de ese conjunto universal forman dos subconjuntos básicos: el conjunto jurídico, es decir el sistema jurídico ( $A$ ), y el conjunto económico, sistema económico ( $B$ ). La unión de los conjuntos  $A$  y  $B$ , que contiene todos los elementos de  $U$  que pertenecen a  $A$  o a  $B$  o a ambos es el sistema juseconómico.

Podemos continuar con las operaciones de conjunto siguiendo el análisis lógico-matemático de George Boole (1815-1864) y simbólicamente tendríamos que el sistema juseconómico es:

$$A \cup B = [XEU \mid XEA \text{ o } XEB]$$

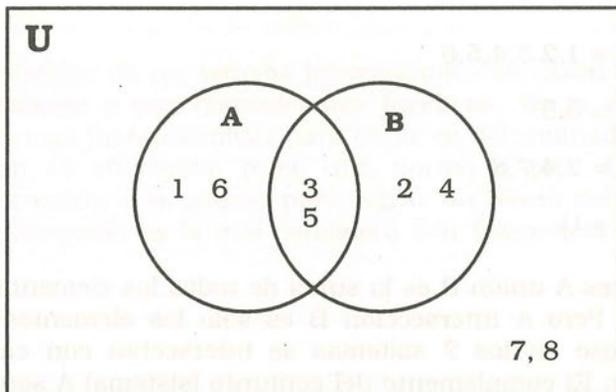
que se leería de la siguiente manera "A unión B es el conjunto de aquellos elementos  $X$  de  $U$  tales que  $X$  es un elemento de  $A$  o de  $B$ , o de ambos. Es decir la unión del sistema jurídico y del sistema económico es el conjunto de aquellos elementos  $X$  (determinados) de la

sociedad en búsqueda de satisfacer sus necesidades (conjunto universal **U**) tales que **X** es un elemento del sistema económico o del sistema jurídico o de ambos”.

En la sociedad, como lo dijimos al inicio de esta obra, se dan diferentes manifestaciones del hombre en su búsqueda del bienestar. Nosotros sólo nos referimos a los aspectos jurídicos o económicos y hemos pretendido explicar su sistemática. Cada una de las cuales tiene sus fundamentos y reglas de validez y eficacia. Sólo que ocurre que algunas manifestaciones o normas que regulan la vida social, que la orientan hacia determinados fines de bienestar, tienen un contenido económico, y entonces podemos adelantarnos a pensar que muchos de los instrumentos del sistema jurídico son aclarados y mejor explicados por formas del sistema económico y viceversa. Luego podemos pensar en un sistema con diferencias si no, tal vez, vitales –esto es sólo un intento– pero lo suficientemente gráficas para apreciar un sistema juseconómico.

Supongamos que en la sociedad en su conjunto, en el área de la acción del hombre, para satisfacer sus necesidades y no en el campo

### GRÁFICO N° 9 LA EXPLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA



de las ciencias naturales, se dan 8 elementos (1,2,3,4,5,6,7,8); de los cuales algunos son o económicos o jurídicos (1,2,3,4,5,6) y por lo tanto pueden ser explicados por sus propios sistemas. Pero algunos de ellos (3,5) se intersectan de las características del sistema económico y del jurídico y no pueden ser explicados en toda su integridad como sí los otros (1,2,4,6), ya que no tienen características propias de cada sistema, como tampoco se puede decir que son conexos, son una nueva expresión, tanto así que se pueden diferenciar. Así, pertenecen exclusivamente a A los elementos 1 y 6; en tanto que a B, exclusivamente los elementos 2 y 4. Luego, hay un sistema nuevo: juseconómico.

Matemáticamente, el conjunto expuesto en el diagrama de Venn de la figura anterior sería:

$$\text{Si } U = [1,2,3,4,5,6,7,8]$$

$$A = [1,3,5,6]$$

$$B = [2,3,4,5]$$

Donde está claro cuáles son los elementos del sistema jurídico (A) y los del sistema económico B. Pero no lo están los elementos 3 y 5, que participan de ambos pero que no sabemos en qué o con qué intensidad. Tendremos que identificar el conjunto A intersección B ( $A \cap B$ ).

$$A \cup B = 1,2,3,4,5,6$$

$$A \cap B = 3,5$$

$$A' = 2,4,7,8$$

$$A \cap A' = U$$

Entonces A unión B es la suma de todos los elementos de los dos sistemas. Pero A intersección B es sólo los elementos 3 y 5, que originándose en los 2 sistemas se intersectan con características especiales. El complemento del conjunto (sistema) A son los elementos 2, 4, 7 y 8; y, finalmente, A unión complemento de A ( $A'$ ) es todo el conjunto universal.

Como se mencionó anteriormente el sistema jurídico parte de la Constitución y lo complementa la legislación. Lawrence Friedman menciona tres componentes: estructurales, como la Carta Magna; sustantivos, como las leyes y decretos, y culturales como la costumbre, usos y prácticas. Aún cuando el tratadista norteamericano habla del sistema jurídico, cuando menciona que uno de sus elementos es el medio ambiente, usos y experiencias, está refiriéndose al conjunto universal dentro del cual juega el subconjunto llamado sistema jurídico (administración de justicia, leyes); por ello es que nos permitimos invocarlo para visualizar este sistema.

Zolezzi dice que el jusistema es la interacción de las partes que deben ser analizadas en movimiento, en acción y cuya apreciación rebasa la concepción normativista tradicional. Admite la existencia de los elementos mencionados por Friedman, pero interactuando, en movimiento<sup>100</sup>.

Resta, ahora, ver si el sistema juseconómico existe y si sus disposiciones jurídicas forman una estructura posible de denominar sistema juseconómico.

### 3.1 El principio de la eficacia

Más que en el sistema jurídico, es en éste que el principio de eficacia se ve más claramente útil para resolver el problema de la existencia.

Se puede hablar de un sistema juseconómico en razón de la obediencia manifiesta a sus disposiciones jurídicas. Es la virtud que tienen las normas juseconómicas para obrar en determinado sentido, pero también es eficiencia, pues una norma o una disposición juseconómica existe o se genera para lograr un efecto determinado. Esta última acepción es la que considera con frecuencia la Economía.

---

100. Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA. *Derecho y desarrollo*, p. 35.

La eficiencia económica se refiere al costo y al valor. Una unidad productiva puede producir un bien de alta calidad, pero si sus costos son tan altos que nadie está dispuesto a comprarlo y pagar dichos costos, entonces diremos que esa empresa es ineficiente. De la misma manera, una norma puede ser técnicamente perfecta, en su origen, su formación, con exposición clara y conocida, pero si nadie o pocos están dispuestos a cumplirla, ni los jueces aplicarla, entonces diremos que es una regla ineficiente. Si una norma no tiene la virtud para hacer obrar en determinada dirección, y tampoco puede lograr un efecto determinado, entonces no es eficaz.

Si una regla no orienta a actuar hacia un determinado sentido es lo mismo que si no logra un efecto determinado o una acción buscada. Luego, eficacia y eficiencia se asimilan; así lo reconocen indistintamente el discurso económico como el jurídico.

La eficacia está sustentada sobre la base de combinar los factores productivos de manera que dicha combinación sea la que permita producir mayor cantidad de bienes al menor costo posible. Ello se consigue cuando la unidad productora logra el nivel óptimo de producción al conseguir el costo más bajo posible, y cuando logra el costo mínimo al fijar una meta productiva mezclando los factores productivos de tal manera de reducir los costos a nivel mínimo. Para expresarlo en términos sencillos hay que plantearla en relación a objetivos específicos, así la eficiencia será medida por los costos de alcanzar esos objetivos.

La eficacia de la norma, como ya se dijo, está en razón directamente proporcional a los casos de acatamiento a sus disposiciones en relación al número de oportunidades de obedecerlas.

Si un automovilista conduce su vehículo por encima del límite máximo de velocidad en la Av. Arequipa (Lima) o en Carrera 7a (Santafé de Bogotá) ha violado, obviamente, una regla. El problema es saber cuántas veces. Fue sólo una, cuando lo detuvo el policía, o fueron 10 de acuerdo al número de cuadras que recorrió. El mal empleado que en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires ha sustraído ilegítimamente dinero de las cuentas de depósito en provecho propio está cometiendo delito. ¿Cuántos?, ¿veinte o cincuenta? Si el

mismo caso se repite en Lima, Caracas o México D.F., ¿dónde es más eficaz el sistema? ¿En Buenos Aires que se repitió 10 veces por el mismo autor, o en México que fueron 20? ¿Dónde es más eficaz el sistema en Argentina o en México?. El operador de un sistema electrónico de datos que transfiere de cuenta ajena depósitos de dinero para especular o aplicar en los sistemas financieros de *over night*, sin autorización del titular y para provecho propio, ¿está cometiendo un delito? ¿está logrando una mayor eficacia del dinero ya que está movilizándolo en depósito a plazo fijo para hacerlo más productivo? ¿dónde está el cuerpo del delito? ¿cuál es el *animus delictus* si lo que busca es una mayor rentabilidad que luego retornará al banco?

Son preguntas en verdad difíciles de responder, por ello Raz dice que el principio es inadecuado<sup>101</sup>. Pero la dificultad contable no nos puede llevar a abandonar el principio.

Y la eficacia de la justicia está en razón no sólo de la correcta administración de la ley, sino en la oportunidad de la sentencia y en la forma y contenido de ésta. Joubert decía que la justicia es la verdad en acción; pero no siempre es así. Frecuentemente ella es inoperante y tardía. Balzac escribía que los jueces de su tiempo juzgaban poco y dormían mucho. Las cosas no son muy diferentes en estos días. En América Latina la morosidad de los procesos judiciales, la falta de criterios objetivos en muchísimos casos y la impunidad de los jueces pueden traer a los que a ella acuden más problemas de los que tenían antes de invocarla o procurarla. En efecto, la falta de reglas sobre corrección monetaria para determinar una indemnización así como la cultura respecto al valor del tiempo hacen que, con más frecuencia de la que imaginamos, los demandantes de un derecho se vean perjudicados cuando no preteridos, pues la tardía decisión del juez y la frecuencia con que ello ocurre habrán ocasionado otro atropello adicional al demandante de un servicio del Estado, como es la justicia; de tal manera que al final tendrá dos derechos vulnerados: aquel con que inició la acción y aquel que buscó en la administración de justicia.

---

101. Joseph RAZ. *Op. cit.* p. 243.

El sistema juseconómico debe ser visto como un proceso. Friedmann dice que el jusistema es una unidad efectivamente operante dentro de la sociedad, que toma la materia prima, la procesa y obtiene un producto. Dentro de ese marco coincidimos que el sistema juseconómico debe ser apreciado dinámicamente en tres componentes:

a) Estructurales: Es decir las instituciones. La presencia de una Constitución, la división de poderes. Un poder judicial independiente, los jueces, los gobiernos, reyes, fiscales, jurados y funcionarios de la administración pública. Zolezzi denomina a este componente como parte formal, pues está llamado a intervenir en ciertos tipos de conflicto, según normas y procedimientos establecidos<sup>102</sup>, reconociendo además una parte menos formal, como es el caso de los árbitros, los conciliadores o los mediadores. Pero éstos también son registrados por la ley. La figura del arbitraje a la que acuden libremente las partes, así como los amigables componedores o conciliadores, es reconocida por las propias disposiciones jurídicas, luego también deben ser incluidos como parte formal, aun cuando no sean categóricamente jueces. Otro sería el caso de los sistemas de vigilancia de barrio o el concejo de vecinos, que son creados por la propia estructura social en un momento determinado y revestidos de autoridad sin recibir una disposición delegada del sistema legal. Ésta es la situación de los comités vecinales cuando deciden por sí y ante sí radicar justicia frente a determinadas conductas.

b) Culturales: Son los valores, continúa Friedmann, y las actitudes que constituyen la argamasa del sistema y que determinan su lugar dentro de la cultura de la sociedad entendida como un todo. La percepción que tiene el pueblo de la justicia, de la seriedad de los jueces, y la oportunidad de sus decisiones; el respeto o no a los abogados, lo que piensa la gente de las cortes y los jueces; incluso la formación académica de los abogados, son interrogantes a responder cuando queremos apreciar este componente.

---

102. Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA. *Op. cit.*, p. 75.

Empecemos por la formación de los abogados, y desde la óptica particular de este trabajo, no todos ellos tienen un conocimiento juseconómico. Y los que no optan por esta especialidad y siguen más bien el procedimentalismo, empiezan por plantear una demanda ante los órganos formales, remontándose a los principios generales del Derecho sin especificar la norma o disposición que ampara su acción o la de su defendido. La exposición tan frecuente de "en base a los dispositivos legales vigentes" no sólo indica una pobreza en el conocimiento del Derecho positivo, sino la poca certeza de que lo que se está invocando tiene asidero legal. Los informes legales que concluyen con la frase "salvo mejor parecer" dejan en la duda e incertidumbre no sólo al cliente, sino a quien debe tomar una decisión en base a un informe oportuno, dado que es posible siempre exista un "mejor parecer".

El aprecio o desprecio que tiene la sociedad por sus abogados, los tramitadores, el prevaricato, la solidez de los principios de los miembros de la entidad gremial que los agrupa, son elementos culturales del jusistema. En una experiencia práctica se pudo apreciar un informe legal que denegaba una petición ante un ministerio, porque el asesor informante invocaba un proyecto de decreto supremo que estaba por promulgarse.

Pero los medios de comunicación, la media como es llamada, crean también una cultura extrajurídica que influye en la percepción del Derecho, la idea de justicia y la protección jurídica de la persona humana. El fenómeno jurídico tiene básicamente un nivel comunicacional, y por ello cuando el emisor común de la norma la transmite equivocadamente y con el peso impresionante de la palabra escrita o la imagen transmitida de los satélites, es posible que vaya creando una idea distorsionada entre la esencia del Derecho y la interpretación de la norma que es recibida por el individuo como receptor. El hecho es preocupante cuando en la casi totalidad de los casos, por desconocimiento o por intereses distantes al propio sentido objetivo de la norma, el emisor (la media) no tiene formación jurídica y da una interpretación libérrima y distorsionada del Derecho. La situación se agrava cuando, como en el caso de la media, todavía no existe el canal de retorno que permita la más adecuada relación de la comunicación: emisor-receptor-emisor, y posibilite que el ciudadano

confronte su concepción con el mensaje recibido. De esa manera se crean valores sorprendentes: como el hecho de que la buena fe hay que demostrarla, o que primero hay que calificar un hecho y después investigarlo.

El estudio y apreciación de las demandas que se le hacen a las instituciones jurídicas solicitándoles su intervención, participación o acción en general, es también un componente cultural que permite apreciar la eficacia de la ley y de los órganos de administración de justicia ya que no sería lo mismo un régimen en el cual los sujetos no acuden al órgano de administración de justicia y más bien optan por crear medios de proceso judicial. ¿Donde es más eficaz la administración de justicia: en aquel régimen donde los sujetos demandan con frecuencia los servicios judiciales o en un otro donde no hay requerimiento de tal servicio? ¿El Tribunal Andino de Justicia, fue eficaz porque durante cinco años no tuvo un solo proceso que resolver y más bien sus vocales, como en la obra de Pirandello, eran siete jueces en busca de un caso?

Eficacia es la mayor o menor frecuencia con que los sujetos invocan la intervención de los órganos, sean administrativos o judiciales. No sólo el actor o demandante, sino también la participación del demandado, pues ambos piden la acción de las instituciones legales, o utilizan los otros mecanismos alternativos que les permite la ley.

De esa manera, si en una sociedad no se da este ciclo o frecuencia frente a determinada regla, tendremos un sistema debilitado o cuasisistema.

La criptoeconomía, economía informal o economía contestataria es un fenómeno nuevo que aparece en América Latina y que se caracteriza por un desbordamiento de las masas populares por encima del orden establecido, por una acción de la economía al margen del campo legal. La conciencia de la población ha creado no sólo formas de solución legal sino que el mundo jurídico ha sido invadido por nuevos estilos impuestos por las masas en desborde. La ilegalidad, la alegalidad, la clandestinidad y la semiclandestinidad se convierten en un estilo dominante e invasor, no sólo en el Perú actual<sup>103</sup> sino en

103. José MATOS MAR. *Op. cit.*, p. 92.

Colombia, Brasil o México, y ante cuya omnipresencia la estructura formal sólo puede responder con medidas aisladas y estériles; mientras las demandas hacia los órganos judiciales quedan a un lado, pues la propia sociedad crea sus medios de procesamiento, con sistemas de vigilancia de barrios, de rondas campesinas, que prescindan de la organización policial; con tribunales populares y en algunos casos terribles –aunque esporádicos– ajusticiamientos.

c) Sustantivos: Éstos son las leyes, las disposiciones, la doctrina, el reglamento y las resoluciones en la medida en que son efectivamente utilizados.

Aquí es donde radica precisamente el principio de eficacia del sistema juseconómico, la mayor o menor frecuencia de su acatamiento, invocación o uso de las normas, que depende particularmente del componente cultural, de la forma cómo perciben el Derecho las gentes, con qué frecuencia lo invocan. Es la distinción entre lo que Friedmann y Raz llaman las disposiciones jurídicas de papel y la realidad misma.

Luego, el sistema juseconómico es eficaz en la medida en que la sociedad en su conjunto obedezca las normas y las acepte. No es un problema de contabilidad, es más bien de frecuencia. Tal vez la razón por la cual las leyes que pretenden reprimir el narcotráfico no prosperan es porque los abogados siguen ganando más cuando el delito es mayor, y algunos malos jueces y policías también. Una gran mayoría de la sociedad apoya la ley, pero no los narcotraficantes ni los consumidores que ven encarecida su dosis. Para conocer la eficacia de un sistema es necesario tener en cuenta no sólo la mayor o menor cantidad de violaciones de la regla o el mayor número de veces en que se sigue la regla de conducta, sino también la situación cultural y económica en la cual las conductas se van a formular y expresar, el medio ambiente económico dentro del cual la norma juseconómica se manifiesta.

Una ley tiende por su propia naturaleza a crear un clima de opinión favorable a su propio cumplimiento para lo cual, dice Zolezzi<sup>104</sup>, debe cumplir con cuatro condiciones: a) La norma debe

104. Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA. *Op. cit.*, p. 61.

tener en cuenta la cantidad de oposición y el área en que actúa; b) La calidad de la oposición; no es lo mismo la opinión de un abogado de narcotraficantes que la de un sacerdote, por ejemplo; c) las regulaciones deben ser diligentemente administradas; y d) El grado en que pueden ser aplicadas las sanciones. La mayor o menor frecuencia de las amnistías y de los indultos influye en la aceptación de la norma, pues el condenado tiene la posibilidad de ser indultado y el moroso esperará, porque le es más conveniente una amnistía para pagar demorados tributos.

### **3.2 La vinculación de las disposiciones**

La identidad de un sistema jurídico depende del grado de vinculación o integridad de sus normas así como de su conexión a las formas sociales a las cuales éste pertenece. Así, la identidad de un sistema juseconómico dependerá de la vinculación de sus reglas y de la conexión a la estructura económica dentro de la que actúa.

Como se vio anteriormente, muchos pueblos en la región están inventando sus propias reglas de conducta, sus propias manifestaciones y expresiones. La criptoconomía o la economía contestataria está concibiendo no sólo un nuevo empresario, sino que, en algunos casos, está asimilando a otros y otras unidades productivas que actuaban dentro del esquema formal. De la misma manera se está creando Derecho. Éste es sólo un aspecto de la realidad viviente, el otro es el de un cambio sustancial en las relaciones económicas mundiales que afectan una realidad nacional concreta. No todo derecho es creado por órganos generadores del derecho, y aunque la importancia de la legislación como método creador es característico de los sistemas jurídicos contemporáneos, no se pueden desconocer contingencias actuales.

Es cierto, como concluye Friedmann, que todo cuerpo de leyes, conjuntamente con las instituciones que lo soportan, puede ser llamado en forma general un sistema jurídico. Pero el sistema hacia el cual apuntamos lo será cuando ese conjunto de normas esté vinculado a un sistema específico.

Veamos dos situaciones: ¿Los estatutos de una sociedad anónima

son reconocidos por los tribunales como derecho o como hecho? Eso dependerá de la vinculación de la norma a la realidad económica. En un sistema comunista podría ser sólo un hecho, al desconocer la existencia de las empresas privadas; en un sistema como el de América Latina es constitutivo de Derecho. Por otro lado, la ¿desobediencia a la orden de un jefe comunal o dentro de la minka en el Perú o Bolivia es punible por el Derecho? De igual manera la respuesta está en la vinculación a una realidad, en este caso a aquello a lo cual Matos Mar llama economía contestataria, pues depende más de las costumbres y usos ancestrales que de las fuentes jurídicas que fundamentan las leyes sobre la desobediencia a otras órdenes dentro de la misma geografía pero en otra realidad.

La apreciación del individuo de cuán útil y costosa le es la ley y el reglamento lo decide a vincularse al sistema u optar por un campo extralegal (informal). Los costos de la formalidad legal dice Hernando de Soto (*Economía subterránea o El otro sendero*), condicionan las decisiones de ingresar a un sistema legal, su permanencia o alejamiento. Pero el ingreso a la informalidad también tiene un costo que deriva de la falta de protección y las facilidades resultantes de situarse fuera del marco de las instituciones legales. ¿Cuál es la vinculación real, entonces?, ¿aquella que manda la regla o la que decide el sujeto?, ¿la que guarda relación con la realidad o la que se impone por encima de las contingencias sociales?

La vinculación de las normas con una realidad económica específica es la que nos lleva a afirmar la existencia de un sistema juseconómico que posibilite entender, orientar y sancionar, cuando sea el caso, el comportamiento de las personas; ya que la Economía cuanto el Derecho parten de supuestos distintos cuando pretenden explicar la conducta racional de los individuos. La primera supone la racionalidad de las decisiones económicas de las personas y acepta esta hipótesis como una cuestión que podrá ser contrastada, después, por los hechos. En cambio el Derecho, como conjunto de reglas, parte de otro presupuesto pues supone que la ley es producto de una expresión racional del legislador que no precisa someterse a verificación empírica y que en consecuencia esta hecha para ser aplicada.

Estos diferentes puntos de partida hacen que la conducta de los individuos sea apreciada no sólo de manera diferente sino analizada en líneas paralelas, sin considerar que las manifestaciones económico-sociales y su regulación por la sociedad en su conjunto requiere de un sistema que los aprecia de consuno.

Se presupone que el poder legislativo es siempre consciente de las normas que elabora, y lo que es más aun que es omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de los hechos y posibilidades de las reglas que dicta. Tal actitud es más exagerada cuando los sujetos y los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales) atribuyen a las leyes el sentido de justicia.

Todo ello hace ver la necesidad de encontrar un sistema integral que vincule el sistema económico cuanto el jurídico para el caso específico del fenómeno jurídico-económico.

Cada día resulta más evidente la tensión que existe entre el análisis puramente económico, por un lado, que busca dar una descripción objetiva y neutra del fenómeno económico y, por otro lado, la función del sistema jurídico positivo de eliminar sus indeterminaciones para comprender el fenómeno jurídico. Ello tal vez justifique el esfuerzo de pensar en un nuevo sistema: el sistema juseconómico.

## **CAPÍTULO VI**

### **LA REGULACIÓN DE LOS CAMBIOS SOCIALES**

Grandes cambios está viviendo el mundo, algunos los llaman revolución, sin que esto sea sinónimo de movimiento sangriento o armado, sino una alteración de un medio de vida por otro mejor o el retorno a una anterior tendencia o de antecedente inclinación. Este cambio alcanza todos los aspectos de la vida, particularmente de la vida material y se hace junto a los jurídicos.

Se ha dicho, con frecuencia, que el aporte de un tubérculo originario del Perú, la papa, fue un acontecimiento que revolucionó Europa con tanta fuerza como la Revolución Francesa, del mismo modo como lo fue más tarde la máquina de vapor, y más recientemente los transistores y la telemática. Esas grandes alteraciones están acompañadas de cambios sociales que sorprenden a la Economía y al Derecho, pues son producto de una acumulación de hechos pasados que se presentan con un carácter de algo inevitable. El problema no es entonces aceptarlos o rechazarlos, sino regularlos con el auxilio del Derecho en aras a una mayor eficacia social.

## 1. LOS CAMBIOS JURÍDICOS Y SOCIALES

La connotación ideológico-política que se ha dado al término revolución es tan frecuente que la mayoría de los sociólogos prefiere la denominación neutral de cambio social, incluso en lugar de progreso, desarrollo y hasta crecimiento. Como quiérase que cada uno de estos conceptos contienen aspectos o categorías que llevan a una buena cantidad de posiciones, y las recetas para alcanzarlos son tan numerosas como las buenas intenciones, preferimos el cambio social, entendiendo por tal la alteración de los valores sociales y variaciones en el campo institucional en busca de un mejoramiento en el nivel de vida de la población y una mayor igualdad en el reparto de la riqueza de la nación.

El cambio social viene a ser también el cambio en los valores sociales, la alteración de las formas de organización y los roles que juegan las personas, así como la variación en la posesión de los bienes y en su intercambio. En otras palabras, es el cambio en la estructura social. Un aumento en los ingresos de los funcionarios públicos no es un cambio social, pero sí lo es el que las mujeres tengan el mismo libre acceso al trabajo e igual remuneración, el que los profesores sean reconocidos en su rol social y en sus salarios o el que las empleadas domésticas ingresen al *status* de empleados en general, con derecho a vacaciones pagadas, sueldo mínimo, horas máximas de trabajo y seguridad social. La producción industrial de refrigeradoras con tecnología nacional no es un cambio; pero sí lo es que un porcentaje mayor de ciudadanos tenga acceso a comprarlas y goce de sus beneficios, pues eso significa que su vivienda tendrá servicios de luz eléctrica y, ¡oh cruel ingenuidad!, que el ingreso familiar le permita mantener un *stock* de alimentos que haga útil este progreso tecnológico; ya que en muchas regiones de América Latina el reducido ingreso sólo permite comprar día a día. La esperanza del mañana es un período muy corto y breve. Cambio es, pues, una alteración de los factores de una sociedad en un momento dado y hacia mejores relaciones de las personas y de éstas con otras.

Estos cambios no fluyen espontánea ni pacíficamente, llevan consigo dificultades, resistencias, cuando no conflictos, exigiendo entonces negociación y búsqueda de orden, pues de otra manera sería

revuelta o desnaturalizaría el sentido de la alteración. Luego, para que sea viable y estable se requiere de un ducto que es el Derecho.

La relación de los hombres exige de reglas que posibiliten su vida en común respetando la variedad de sus aspiraciones, actitudes, necesidades e incluso sus usos y costumbres, ya que al fin y al cabo la sociedad es un sistema de usos. Esa relación mientras más fluida y pacífica es, más enriqueedora para los hombres.

El Andrenio —en la novela filosófica de Baltazar Gracián— es casi un ente sin valor en una isla perdida del Atlántico hasta que se encuentra con Critilo. Éste transmite al célebre personaje de Baltazar Gracián ideas y opiniones sobre las cosas y sobre los hombres, forma de actuación y de convivencia, sentido y propósito de la vida misma. Es decir, se produce para esa unisociedad representada por Andrenio un profundo cambio social y jurídico. Critilo es el portador de estas transformaciones que son una relación consecuyente de hechos previos en la vida de los hombres que hasta ese momento no conocía el Andrenio, amamantado y criado por los animales. A partir de entonces es que ambos viven una relación de orden y equilibrio.

El Derecho actúa como un ordenador y fiel de la vida social, y a cada cambio el hombre busca consolidarlo. Este espíritu de estabilidad, característico del Derecho, muchas veces lo ha dejado a la zaga de los eventos imperiosos de la historia. Hasta fines del siglo XVIII todavía florecía una escuela de publicistas y jurisconsultos que sostenía que en medio de los cambios económicos y sociales de la época se debía mantener invariable. Pero entonces el espíritu sosegado, incisivo y penetrante de Bentham destruyó, como se destruye un castillo de naipes, la engañosa doctrina con que ellos pretendían justificar la perpetua paralización del Derecho.

La textura de una sociedad determinada se organiza, con frecuencia, en torno a intereses contrapuestos que son regulados pacíficamente por el Derecho. Al producirse estos cambios sociales, sea por la propia normatividad legal o por los hechos mismos, entran en juego, nuevamente, una serie de intereses contrapuestos; entonces el Derecho pasa a recomponerlos y a explicarlos.

Cuando se engendra un divorcio entre un estado de cosas y la organización jurídica, entre la conciencia que aspira a una justicia más progresiva y la legalidad que está al servicio de un orden injusto y corrompido, entonces es justificada una ruptura incluso violenta, de un determinado esquema legal. Esta ruptura, admitida por el pensamiento cristiano, exige igualmente, y con mayor reiteración, que se instaure a cambio de un Derecho decadente uno nuevo, porque sólo a través del Derecho se realiza la justicia.

El Derecho es vida social y como tal debe cambiar y ordenar aquello que los hechos anteriores a él han establecido o desquiciado. Zolezzi, siguiendo a Paul Bohannan (*Los diferentes reinos del Derecho*) afirma que el Derecho recoge las relaciones sociales en las que hay en juego intereses contrapuestos y los reinstitucionaliza<sup>105</sup>. Esta reuniposición de los hechos sociales, ordenados para una mejor vida en común, incluso, exige un instrumento adecuado. "Más fuertes que la historia, los hechos devanan los hilos de una nueva edad: un nuevo derecho, una nueva moral, una nueva economía"<sup>106</sup>. Un Derecho que sea medio eficaz en los logros de una sociedad más justa.

Un signo de nuestro tiempo es la renovación y el cuestionamiento de las estructuras mentales y las instituciones y el Derecho, entre ellas, está impresionado a modificar su esquema o a consolidar sus principios. "Por dondequiera que miremos en el extenso campo del pensamiento jurídico del siglo XX, encontramos innumerables investigadores animados de una cálida inquietud de renovación de la estructura y el contenido de las ciencias jurídicas. Procedentes de diversas direcciones filosóficas, convergen en un punto esencial: insuflar nueva vida y espíritu a la dogmática jurídica tradicional"<sup>107</sup>.

---

105. Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA. *Op. cit.*, p.32.

106. Harold J. LASKI. *Estado moderno*, p. 30.

107. B. MANTILLA PINEDA. *Proceso de las ciencias jurídicas en el siglo XX*, pp.175 y 176.

Algunas posiciones teóricas hablan de un nuevo Derecho, refiriéndolo a aquel que regula las relaciones de una economía de mercado. Otros se refieren al Derecho revolucionario, y más moderadamente algunos lo denominan Derecho de la transformación económico-social. Mas todo ello expresado en un marco global que abarca toda la ciencia y no sólo una rama como la que pretendemos fundamentar.

Juristas como Cornejo Chávez proclaman la necesidad de un nuevo Derecho que conlleve y haga viable el cambio social, que "como ciencia del hombre en función de la justicia, como norma que define el *status* de cada cual en relación con los demás, como complejo de facultades y obligaciones que equilibran la vida en sociedad, no está jamás ausente de la historia"<sup>108</sup>. Un reencuentro con el humanismo jurídico, una humanización que involucre la utilización de los recursos como también la administración de justicia. Se recomienda, entonces, la permanente la intervención de la ciudadanía en la elaboración y perfección de las leyes, a través de su discusión pública, a fin de dar un sentimiento humano a la norma y un mayor y mejor conocimiento por el sector ciudadano. Es decir, una adecuación de las normas a la realidad. Estos planteamientos apuntan a un Derecho cuya diligencia permita "que las mayorías nacionales, como finalidad primordial del orden social, puedan satisfacer sus necesidades fundamentales"<sup>109</sup>.

Estos aportes adquieren toda su magnitud en cuanto resaltan la misión del Derecho que no puede olvidar a la persona humana como supremo fin de su existencia, pues, como apunta Legaz y Lacambra, "el drama del Derecho consiste en que el orden jurídico y el sistema político pretenden determinar en todas sus dimensiones a la persona humana. Pues la personalidad jurídica es creación del Derecho, pero tiene que construirse a imagen y semejanza de la persona humana.

---

108. Héctor CORNEJO CHAVEZ. *Memoria Presidente Consejo Nacional de Justicia*, pp. 5 y 6.

109. Eduardo GLAVE VALDIVIA. *Memoria Presidente del Consejo Nacional de Justicia*, p. 8.

Sin embargo, ésta no puede agotarse en su imagen jurídica, y un Derecho que procediese como si eso hubiera de ser así, sería una forma insoportable de totalitarismo<sup>110</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD

La esposa de un buen profesor de Economía e incluso éste mismo encontrarán cierta dificultad en determinar el total de rentas que percibe la familia y calcular su distribución, cuando no saben en términos claros el total de su renta. La distribución acusa iguales dificultades y con certeza buenas discrepancias entre la esposa, los hijos y el propio padre de familia. De igual manera ocurre a nivel del país, que al fin y al cabo es la suma de todas esas familias. La renta se distribuye, lamentablemente, de manera desigual en América Latina como en los Estados Unidos de América. Incluso es imposible conocer la forma como se distribuye la renta en nuestro continente. De todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), sólo un tercio proporciona información sobre la distribución de la renta, y aun esas estimativas deben ser tratadas con cautela, como lo advierte el Banco Mundial.

Los datos expuestos en el Gráfico N° 10 se refieren a la distribución de la renta familiar total disponible percibida por grupos de centenas de familias, clasificados según la renta familiar total. Esta distribución cubre áreas urbanas así como rurales, y como se puede advertir, hay una inmensa desigualdad. El 20% de las familias (nivel superior) en el Brasil o en el Perú tiene el 66,6% y el 61%, respectivamente, de la renta nacional; en tanto que la otra quinta parte de las familias (nivel inferior) sólo disfruta de 2% y de 1,9% del total de la renta. En los Estados Unidos de América la desigualdad, aun cuando existente, es menor; así en el Gráfico N° 10 se puede apreciar que el 20% de las familias más pobres disfruta del 5,3% de la renta; en tanto que el 20% de los más ricos dispendian el 39,9%.

---

110. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

Una manera de expresar esta desigualdad es el uso de líneas gráficas.

### GRÁFICO N° 10 DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA

Países	Años	Los 20% inferiores	Segundo quinto	Tercer quinto	Cuarto quinto	Los 20% superiores
Argentina	1970	4,4	09,7	14,1	21,5	50,3
Brasil	1972	2,0	05,0	09,4	17,0	66,6
Costa Rica	1971	3,3	08,7	13,3	19,8	54,8
El Salvador	1976-77	5,5	10,0	14,8	22,4	47,3
México	1977	2,9	07,0	12,0	20,4	57,7
Panamá	1973	2,0	05,2	11,0	20,0	61,8
Perú	1972	1,9	05,1	11,0	21,0	61,0
Trinidad T.	1975-76	4,2	09,1	13,9	22,8	50,0
EE.UU.	1980	5,3	11,9	17,9	25,0	39,0

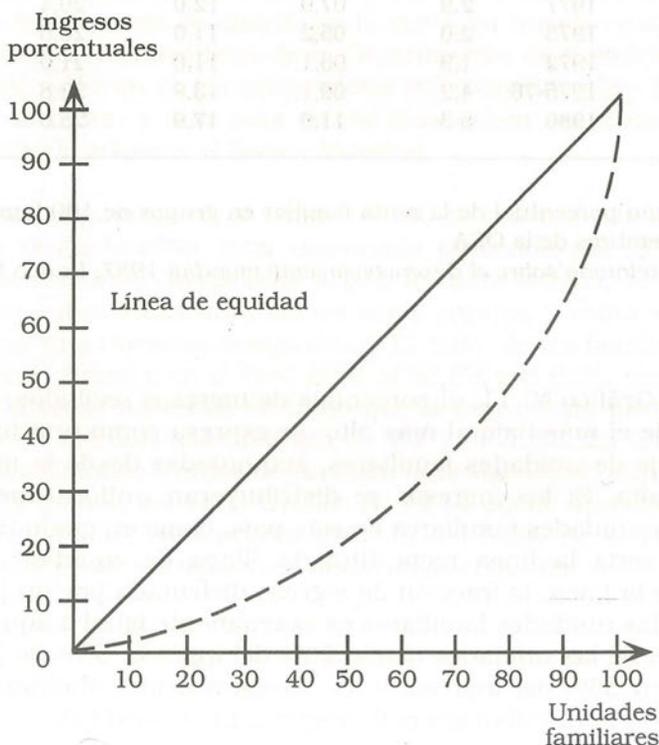
Distribución porcentual de la renta familiar en grupos de 100 familias de los países miembros de la OEA .

(Fuente: *Relatorio sobre el desenvolvimiento mundial 1987*, Banco Mundial).

En el Gráfico N° 11, el porcentaje de ingresos recibidos, acumulados desde el más bajo al más alto, se expresa como una función del porcentaje de unidades familiares, acumuladas desde la más baja a la más alta. Si los ingresos se distribuyeran uniformemente entre todas las unidades familiares en este país, como en cualquier otro, la función sería la línea recta titulada "línea de equidad". En cada punto de la línea, la fracción de ingreso disfrutada por un porcentaje dado de las unidades familiares es exactamente igual a aquel porcentaje: 20% de las unidades tienen 20% del ingreso, 55% de las unidades tienen 55% del ingreso, y así sucesivamente. Mientras más arcaica sea la distribución real, menor será su equidad.

Las estadísticas sobre desigualdad de ingresos no suministran una guía bien definida para la formulación de la política social. Para empezar, estando limitados al ingreso pecuniario, tales estadísticas ignoran muchos factores que son altamente importantes para el bienestar pero difíciles de cuantificar. Comparar dos hogares: en uno tanto el esposo como la esposa trabajan y cada uno gana 15.000 por año; en el otro sólo trabaja el marido y gana 30.000 anual; éstos no

GRÁFICO N° 11

**DISTRIBUCIÓN DE INGRESOS ENTRE UNIDADES FAMILIARES**

reflejan una igualdad. El ingreso pecuniario de los hogares es el mismo, pero el ingreso real de la segunda pareja es mayor. La esposa se queda en casa debido a que sus servicios son más valiosos para el hogar que el ingreso que obtendría con un trabajo afuera. Si ella además es inteligente, ordenada y bien educada, su alternativa de ingreso será completamente mayor; tan alta o tal vez más alta que la del esposo. Así, debido a que las mismas cualidades hacen de ella una competente y especial ama de casa y madre, tanto que su valor en el hogar puede exceder el ingreso pecuniario obtenido afuera, el verdadero ingreso del segundo hogar puede ser de 45.000, o tal vez más.

Aun en trabajos pagados, una parte importante de la remuneración es a menudo no pecuniaria. Los maestros, por ejemplo reciben tradicionalmente una parte de sus ingresos en la forma de vacaciones; los ejecutivos de las grandes empresas reciben, además de su salario mensual, acción en un club de campo, entradas permanentes al teatro y tarjetas de crédito para atenciones sociales; los funcionarios de las empresas de aviación, por tanto, pasajes gratuitos para sus familias y seguro médico. Luego las cifras pecuniarias dicen poco de su real ingreso. Contrariamente, la gente que no le da valor a la comodidad o al recreo y trabaja muy duro puede tener altos sueldos, pero su ingreso real total puede no ser mayor que el de aquella gente con menos sueldo pecuniario y mayor ingreso a la comodidad al recreo o al arte. Similarmente, la gente con trabajos peligrosos o indeseados podrá, entre otras cosas similares, recibir sueldos más altos que la gente cuyos empleos carecen de estas indeseables características. Pero el ingreso real de los dos grupos es el mismo. El riesgo (en el sentido de inseguridad económica más que en el de peligro) es también importante. Supongamos que el ingreso de un abogado de éxito es de 100.000 al año y el ingreso de un abogado frustrado es cero, y que la probabilidad de éxito de un jurista en un difícil proceso judicial es uno en 10, *ceteris paribus*. El ingreso esperado de los abogados será entonces de 10.000 y será igual a la de los empleados públicos que ganan 10.000 al año. Si se colocara un techo de 10.000 para las ganancias de un abogado talentoso, muy poca gente podría elegir una carrera de abogacía, pues su ingreso esperado sería de sólo 1.000 y podría estar mejor en cualquier otra ocupación; secretario de juzgado tal vez.

El gusto por el riesgo es un factor importante y distinto. La gente que es adversa al riesgo aceptará un sueldo menor que el promedio siempre y cuando tenga la seguridad de que lo recibirá periódicamente. Muchas esposas prefieren que sus maridos, abogados o economistas, trabajen en algún ministerio o en situación de dependencia a verlos abrir, con incerteza, oficinas o estudios profesionales; así en un año dado, su ingreso podría ser menor de aquél que prefiere el riesgo, quien puede estar en uno de sus años "boom"; aun así aquéllos prefieren no cambiar de colocación con el que gusta del riesgo, aun cuando sea de "mayor ingreso", pero siempre aleatorio.

Otro factor importante es la distribución temporal del ingreso. Un albañil y un jugador de fútbol tienen los mismos ingresos en su período de vida, pero habrá algunos años en que el jugador tenga un mayor ingreso que el albañil. Las comparaciones de su curso de vida se complican por el hecho que la gente tiene diferentes tipos de descuentos. Supongamos a una persona joven que elige entre una ocupación que requiere de un largo período de preparación educacional (una carrera universitaria), durante el cual sus ingresos serán cero, y una ocupación en la que pueda empezar inmediatamente, (trabajar en un banco por ejemplo). Su ingreso durante el período explotable de la primera ocupación puede ser mayor que en la segunda, aun cuando la recepción de cualquier ingreso de la primera se retrase por un período de años. Pero si tiene un tipo de descuento muy alto —significando que el dinero futuro es relativamente valioso en pequeña escala comparado con lo que percibe ahora—, el valor actual del ingreso durante su período de vida esperado en la segunda ocupación puede ser mayor que el valor de las ganancias esperadas en el curso de vida de la primera. Estaría en peores condiciones si eligiera la ocupación mejor pagada. Un punto aplicable a las profesiones es que los altos ingresos de los profesionales representan en parte un reembolso de su inversión en la educación o de la que efectuaron sus padres, y son así un retorno de capital más que un ingreso.

Otro importante factor para medir la real equidad es la distribución de beneficios económicos, pecuniarios, y no pecuniarios, que no se incluyen en la mayoría de las mediciones de ingreso. El gobierno, las municipalidades y, en menor grado, otras instituciones como las

beneficencias fundaciones o entidades gremiales suministran una variedad de beneficios, tales como educación, protección policial, cuidado de la salud, pensiones, ayuda a los pobres, cementerios y facilidades recreacionales, sin ningún cobro directo. Estos beneficios pueden tener un impacto diferente sobre la seguridad de distintos grupos de ingresos. Es importante no sólo medir este impacto, sino también determinar cómo los costos se distribuyen entre los variados grupos familiares. Si, por ejemplo, la carga de la educación pública de los niños pobres la sufragan principalmente las familias pobres, no se puede alcanzar una transferencia neta de riqueza de las clases más ricas de la sociedad para la educación pública.

Por estas razones, la interpretación adecuada de la desigualdad de los ingresos que nos proporcionan las estadísticas, y aun los revelados en los gráficos, no es clara. Las cifras no siempre dicen la verdad, por lo menos no toda, ya que la inequidad en los ingresos reales puede ser mayor que aquella que ya dramáticamente traen las estadísticas; o más pequeña, en el mejor de los casos. Si a ello le añadimos una serie de compensaciones que reciben las familias por seguridad social, recreo o protección del medio ambiente, se crearían nuevas desigualdades de ingresos. Por ejemplo, los gastos que el Estado hace para conservar un gran parque nacional, alejado de la zona urbana, pueden favorecer más al 20% más rico, que tiene los medios materiales para llegar a él, que al 20% más pobre, que a lo mejor no tiene carro.

Ahora bien, ¿será posible reequilibrar los ingresos? o, lo que es mejor, ¿se aproximarán más los segmentos de ricos y pobres o esos grupos de familia divididos en 20% por vez serán menos dispares con la adopción de fuertes medidas distributivas o políticas económicas de ingresos seguros y equitativos? Son respuestas difíciles de responder, aun si suponemos que los costos de redistribución de los ingresos son cero, ya que no es posible presumir que una transferencia pura y simple de pago incrementa el valor. Si dos familias tienen diferentes ingresos, no se puede concluir que una transferencia que equilibre sus ingresos los hará mejores, ya que la ganancia de uno será igual a la pérdida del otro.

El principio de la disminución en la utilidad marginal del dinero

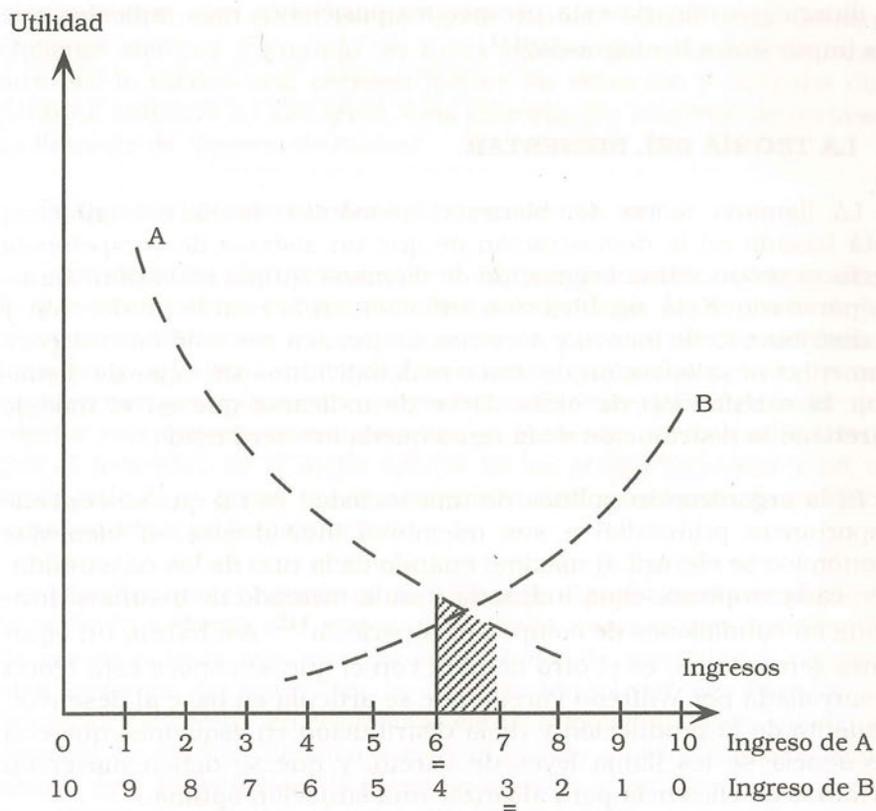
puede inducirnos a concluir que una transferencia de dinero de un hombre rico a otro pobre probablemente incremente la suma de las utilidades totales de los dos hombres: la pérdida de cien soles o pesos le duele menos a un millonario que la ganancia de igual cantidad al pobre. Aun así es sorprendentemente difícil de probarlo.

En el Gráfico N° 12, la utilidad se plantea sobre el eje vertical; el ingreso de dinero, sobre el horizontal. La curva sobre la izquierda muestra la utilidad de A como una función de su ingreso de dinero. Su actual ingreso es de 7.000, y el área debajo de la curva hacia la izquierda de 7.000 es así su utilidad total. La curva está negativamente inclinada de acuerdo al principio de disminución de la utilidad marginal. Si el ingreso de A se incrementara de 7.000 hasta 8.000, el aumento de su utilidad (el área debajo de la curva) sería menor que lo que sería si su ingreso hubiera sido 6.000 y aumentara a 7.000. El ingreso de B es de 3.000. Su utilidad total es el área debajo de la curva al lado derecho del diagrama, es decir, de 3.000 en su escala.

Si se transfiriera 1.000 de ingresos de A a B, la utilidad de A disminuiría en el área debajo de su curva de utilidad marginal, entre 7.000 y 6.000 en su escala, mientras que la utilidad de B aumentaría en el área debajo de su curva de utilidad marginal, entre los dos mismos puntos (3.000 y 4.000 en su escala). Esta área (sombreada en el gráfico) es menor que el área que mide la disminución en la utilidad de A como un efecto de la transferencia. La transferencia ha resultado en una disminución en la utilidad total. La razón es que mientras tanto A y B experimentan disminución de su utilidad marginal, A logra mayor utilidad que B en la región relevante.

Ya que la forma y altura de las curvas de utilidad marginal de la gente son desconocidas y probablemente incógnitas, la posibilidad de que las curvas marginales de utilidad de la gente más rica sean a menudo mayores que la de la gente más pobre no puede negarse. Por lo que, a menos que supongamos que la utilidad marginal del ingreso sea la misma sin importar la clase del ingreso, no podemos probar que logrando la línea de equidad se incrementaría el bienestar económico. Contrariamente, a menos que supongamos que las curvas de utilidad de la gente rica sean generalmente más altas que las de la gente pobre, no podemos concluir que compensando los ingresos reduciríamos la utilidad total o el bienestar.

**GRÁFICO N° 12**  
**UTILIDADES E INGRESOS**



Se ha sugerido que la suposición más plausible, dada nuestra ignorancia, es que las curvas de utilidad marginal sean las mismas a través de los grupos de ingreso; según esta perspectiva, la compensación de ingresos probablemente incrementaría la utilidad total.

Parece por lo menos como plausible; sin embargo, asumir que el ingreso y la utilidad marginal de esto están positivamente correlacionados, de que la gente que trabaja duro para ganar y hacer dinero y triunfa en hacerlo en promedio es aquella que valoriza más el dinero ¿justificaría esta perspectiva posiciones más radicales que los impuestos a los ingresos?<sup>111</sup>.

### 3. LA TEORÍA DEL BIENESTAR

La llamada teoría del bienestar económico (welfare economics) está basada en la demostración de que un sistema de competencia perfecta produce una asignación de recursos óptima en el puro sentido paretiano. Esto significa una situación en la cual la producción y la distribución de bienes y servicios no pueden ser modificadas para aumentar la satisfacción de uno o más individuos sin dejar de disminuir la satisfacción de otros. Debe de indicarse que en el modelo paretiano la distribución de la renta queda indeterminada.

Si la organización política de una sociedad es tal que se concede importancia primordial a sus miembros individuales, el bienestar económico se elevará al máximo cuando cada uno de los consumidores, cada empresa, cada industria y cada mercado de insumos, funcione en condiciones de competencia perfecta<sup>112</sup>. Así habría un equilibrio general, que es el otro nombre con el que se conoce esta teoría desarrollada por Wilfredo Pareto, que se articula en base al desenvolvimiento de la producción y de la distribución en esquemas que con frecuencia se les llama leyes de Pareto, y que se deben mover en términos de eficiencia para alcanzar una situación óptima.

#### 3.1 El óptimo de Pareto

El célebre economista italiano, que es una muestra de integración académica, pues une el aporte matemático –era ingeniero– así como

---

111. Richard A., POSNER. *Op. cit.*, p. 346.

112. C.E. FERGUSON. *Op. cit.*, p. 400.

el sociológico –autor de *Tratado de sociología general*, que para algunos es la más grande hazaña intelectual del siglo–, desarrolla una importante escuela que influye hasta el presente.

De acuerdo con el criterio de Pareto, la distribución de recursos es eficiente siempre y cuando no fuera posible distribuirlos de forma que por lo menos una persona mejore su situación y ninguna otra persona empeore su situación. Una distribución eficiente de recursos es llamada de “óptimo de Pareto”.

Se han hecho comentarios sobre esta teoría, así:

- Se dice que el criterio conlleva un juicio de valor con relación a lo que se considera el bienestar de los individuos. La mayoría de los economistas afirman que está basado en apreciaciones valorativas, pero luego admiten –en actitud frecuente– que son aceptadas o que no merecen generalmente controversias. El único juicio de valor que resalta este criterio es con relación al bienestar de los individuos o que el individuo es el mejor árbitro de su propio bienestar y en tal razón sólo él es quien puede apreciar si está cambiando de posición satisfactoria a posición aflictiva.

- Se dice que el criterio es conservador. En efecto, si comparamos la posición original, o el *statuo quo ex-ante*, o sea si una distribución de recursos hace que una persona mejore de condición y ninguna otra empeore de condición, la distribución puede ser llamada de “superior de Pareto” en relación al *statuo quo ex-ante*. Esto puede ser llamado de versión deficiente del criterio de Pareto. Consideremos, ahora, una distribución de recursos negativa que hace a una persona –según su criterio– desmejorar de situación, no es un mejoramiento de Pareto y no puede ocurrir. Aun cuando la persona que tuvo su situación empeorada sea muy rica, que la situación poco o nada la haya perjudicado y que todos aquellos que quedaron en mejor situación sean muy pobres, tal distribución no cumple el criterio de Pareto. Así, porque muy pocas distribuciones lo satisfacen, es que se dice que predispone al congelamiento, al estancamiento al *statuo quo*<sup>113</sup>.

113. Frank H. STEPHEN. *The economics of the law*, pp. 39 y ss.

Es menester distinguir entre "óptimo" y "superior", algo así como lo óptimo de lo bueno, ya que el hecho de que una determinada distribución de recursos sea "óptima de Pareto" no significa que sea "superior de Pareto" para todas las formas de distribución, pues alguna de estas distribuciones pueden ser "óptimas de Pareto". Veamos un ejemplo: supongamos que Ud., además de ser un buen profesor de Derecho, es una persona que usa criterios premiales para incentivar a sus alumnos. Un buen día llega a la sala de clases llevando diez lapiceros de la misma marca y color, llama a Primus y Secundus y les entrega los presentes de la siguiente manera:

1a. Posición	Alumnos	Lapiceros
	Primus	6
Secundus	4	

Esta primera posición sería llamada "superior de Pareto", ya que siendo una posición inicial, ambos mejoran de situación, pues no tuvieron nada antes. Pero Ud. puede hacer otra distribución:

2a. Posición	Alumnos	Lapiceros
	Primus	4
Secundus	6	

Esta es también una distribución "superior de Pareto" respecto de la posición inicial, *ex-ante*.

Pero, si Ud. decide ahora cambiar de decisión, entonces tal acto no podría ser considerado de "superior de Pareto", porque cada uno partiría de una posición que ahora es nueva con los lapiceros ya distribuidos. Así, podemos concluir que la primera posición o distribución es "óptima de Pareto" pero la segunda posición también puede ser "óptima de Pareto" desde que no ocurra ninguna redistribución de lapiceros. Las dos son "óptimas de Pareto", pero ninguna es "superior a Pareto" en relación a la otra.

Sin embargo, seguramente Ud. pensará, en uso de su autonomía absoluta de la voluntad, que hubiera hecho otra distribución, a su juicio mejor que la propuesta, tal vez:

3a. Posición	Alumnos	Lapiceros
	Primus	
Secundus		5
Ud.		1

Siendo que esta distribución sería considerada ineficiente, ya que se quedó con uno de ellos, sin un uso específico, no será un "óptimo de Pareto", ya que podría optar por otra distribución, como un reparto igualitario así:

4a. Posición	Alumnos	Lapiceros
	Primus	
Secundus		5

Entonces, estamos frente a una distribución "superior de Pareto", ya que Primus mejorará de situación y Secundus no empeorará más de lo que está reflejado en la tercera posición. Luego, lamentamos informarle que su distribución imaginada en la tercera posición es ineficiente: ella puede ser mejorada, ya que dejó un lapicero sin usar, recuerde que sólo repartió nueve.

Pero los profesores de Economía de su misma universidad hallarían que su decisión es una imposición de bienestar social, la cual tiene una preferencia por distribuciones igualitarias.

Sin embargo, todo profesor tiene sus preferencias y Ud. no tiene porque ser la excepción, en ese caso la distribución podría ser:

5a. Posición	Alumnos	Lapiceros
	Primus	7
Secundus	3	

Esta distribución maximizará el bienestar, dando origen a una función de bienestar social (universitario en este caso) impuesto por el profesor. La situación hasta aquí es que un *optimum optimorum* fue conseguido solamente por un juicio de valor (o de repente capricho) en cuanto al merecimiento de los universitarios. El criterio de Pareto se resiste a hacer esto. Pero también puede ser interpretado como que la distribución de los recursos existentes –desde que no haya desperdicio– parece ser siempre óptima. Imaginémos, ahora que además de lapiceros tiene para distribuir cuadernos. La cosa se complica, sí pero también puede traer sorpresas agradables, ya que si los dos alumnos, como es posible suponer, no dan el mismo valor a los dos bienes, cualquier distribución que haga Ud. como profesor podría ser mejorada por los alumnos si ellos pueden intercambiarlas entre sí. ¿Acaso esto no es parecido a lo que hace un recién casado con los regalos duplicados o cualquier sujeto después de la noche de Navidad si tiene la suerte de recibir muchos presentes iguales?. Pero tal intercambio podría continuar hasta que ninguno de los alumnos se beneficiase con la transacción.

Pero debemos advertir que como Primus y Secundus son alumnos inteligentes, actúan razonablemente, y, entonces, es difícil que mantengan una tasa constante de intercambio, ya que conforme disminuye el número de lapiceros en el poder de cualquiera de ellos seguramente estarán dispuestos a pedir un valor más alto. Esto es lo que los economistas llaman “disminución de la tasa de sustitución marginal en el consumo”.

Los alumnos pueden libremente intercambiar lapiceros por cuadernos, o aquéllos entre los mismos, si son de tinta roja o azul, y así mejorar la distribución.

Luego, depende de la posición inicial para saber si se consiguió obtener la "distribución óptima de Pareto". A cada distribución inicial de bienes habrá una distribución de recursos "óptima de Pareto", que puede ser obtenida por medio del intercambio comercial. Pero en ausencia de una función de bienestar social no hay nada a escoger entre las diferentes distribuciones "óptimas de Pareto", dada la dotación de recursos.

Muchos economistas insisten en utilizar el criterio paretiano como principio de política económica en asuntos relativos a la distribución de la renta en la sociedad, basados en condiciones totalmente de eficiencia; entre ellos, Hochman y Rodgers, Thurow y Brennan.

### **3.2. El modelo de Hochman y Rodgers**

Estos autores suponen la existencia de externalidades debido a la benevolencia causada por la diferencia de renta entre dos personas. Así Epulón, el rico, impulsado por un sentimiento de cristiana benevolencia desea transferir para el pobre Prolectus una parte de su renta; lo que no se conoce es cuánto de esa renta se transferirá. El acto está limitado por dos restricciones: la primera y obvia es que Epulón nunca llegará al punto de transferir su renta hasta ser más pobre que Prolectus; y la segunda y esperanzadora es que la renta sólo será transferida a éste. De acuerdo al "óptimo de Pareto" la utilidad marginal de un peso o sol del consumo de Epulón es igual a la utilidad marginal de un peso o sol o más en la renta de Prolectus. Pero Prolectus irá teniendo cada vez más monedas; entonces, luego de ese primer equilibrio es preciso determinar en cuánto ese volumen a ser transferido varía, ya que un cambio paretiano en la distribución personal de renta exigirá un sistema progresivo de tributación sobre la misma, y así se eliminaría la necesidad de hacer comparaciones interpersonales de utilidad.

En suma, los autores creen que un proceso de redistribución de renta puede ser justificado con los mismos argumentos paretianos que gobiernan la asignación eficiente de recursos, una vez admitido el comportamiento benevolente de las personas.

### 3.3 El modelo de Thurow

Lester C. Thurow (1971) da otro argumento para una redistribución de la renta, como un ajuste necesario para alcanzar una situación de óptimo paretiano, apoyándose para ello en la suposición de que uno de los argumentos en la función de la utilidad de los individuos es el perfil de distribución de la renta de la sociedad como un todo. Su modelo está basado en la distribución de la renta como un bien público. Esto, según el citado economista, puede ser justificado de dos maneras diferentes: la primera es la presencia de externalidades vinculadas a la propia distribución de los rendimientos, ya que la estabilidad política y social puede depender precisamente del grado de concentración de la renta existente en ese momento; lo que podría ser el caso como se sostuvieron Haití o Nicaragua en algún momento en el que la renta estaba en escasas manos y ello hacía mantener aparente y a veces hasta una real estabilidad política. Recuérdese que tanto Pareto como los seguidores de la doctrina prescinden de juicios de valor. La segunda manera es que los propios individuos pueden querer la igualdad y hasta buscarla.

No hay duda, dice Moura<sup>114</sup>, que desde el punto de vista formal, Thurow presenta una solución elegante para el problema de encontrar una distribución óptima de renta, sin la necesidad de hacer juzgamientos distributivos. Pero su implementación encuentra la dificultad común a todos los bienes públicos: los individuos generalmente tienden a suplir informaciones equivocadas respecto a la intensidad de sus preferencias por los bienes colectivos.

Otra de las objeciones a este análisis de la distribución de renta, utilizando la noción de bienes públicos es la de Yew-Kwang Ng<sup>115</sup>, quien señala: el criterio paretiano será satisfecho en la producción de

---

114. Alkimar MOURA . *Eficiencia económica e distribuição de la renta*, p.12.

115. YEW-KWANG NG. "Income distribution as a peculiar public good: the paradox of redistribution and the paradox of universal externality", en *Public Finances*, p. 2 .

un bien público, cuando el monto máximo de dinero que la sociedad desea pagar por él exceda el costo de producirlo más el monto necesario para compensar a los perdedores; pero lamentablemente, tal principio no puede ser aplicado para la distribución de la renta como bien público por la naturaleza peculiar de su distribución y las características íntimas de los bienes públicos. Es decir, los propios bienes públicos pueden causar ineficiencia e impedir el logro del "óptimo paretiano", ya que "la satisfacción que una persona obtiene del uso del bien, no impide la satisfacción que otras personas podrían obtener del mismo bien"<sup>116</sup>.

La razón por la cual los bienes públicos impiden que se cumplan las condiciones de eficiencia paretiana y, en consecuencia, hacen inviable este modelo la expone claramente Kafka. En efecto, el mercado no puede ofrecer los bienes en un número suficiente, lo que implica que no se asignarán recursos bastantes para producirlos. Por otro lado, como no hay forma de excluir a algunos consumidores de su uso, precisamente porque son bienes de todos, dichos bienes se producirán en poca cantidad, ya que algunos consumidores se beneficiarán sin pagar<sup>117</sup>.

Supongamos que un buen ciudadano que vive en uno de los muchos centros urbanos de nuestras ciudades tiene una confortable casa y en la esquina de la calle un inmenso agujero, en el que continuamente el chofer desprevenido cae, sufriendo en el mejor de los casos la ruptura de un aro o la perforación de un neumático. El propietario del inmueble se beneficiaría si se rellenara el agujero, pues ya no tendría que realizar un esfuerzo en evitar el accidente ni maniobras exageradas para esquivarlo; pero si rellenara el hueco también se beneficiarían el resto de automovilistas que circulan por dicha calle, sin que él personalmente recibiera ninguna retribución. Ahora bien, el propietario puede destinar el dinero posible de ser asignado a la calle a la compra de una refrigeradora, la que es un

---

116. Folke KAFKA. *Op. cit.*, p. 671.

117. *Ibid.*

bien privado. Y es seguro que así lo hará. Empero el relleno del agujero es en beneficio de la comunidad y tiene una utilidad social, pues beneficiaría no sólo al propietario y a los vecinos, sino que a lo mejor se incrementaría el tráfico vehicular. La imposibilidad de resanar la calle sólo para uso del propietario impide llegar a un mayor grado de utilidad.

### 3.4 El modelo de Brennan

Geoffrey Brennan considera que los motores o causas para la distribución de renta en la sociedad son: la necesidad de seguridad, el miedo a las revoluciones, la malicia y la envidia.

La seguridad es una de las manifestaciones en cualquier cuadro de necesidades. Muchas personas estarán dispuestas a pagar alguna suma de dinero a fin de evitar la pobreza o la miseria futura. De esta manera, dado un cierto nivel de incertidumbre sobre la renta futura, el aumento del nivel mínimo de renta de la sociedad en su conjunto puede representar una especie de seguro para todos sus miembros.

El miedo a las revoluciones populares puede justificar alguna distribución significativa de la renta, partiendo de la premisa de que las grandes disparidades de renta tienden a generar un malestar social. Un individuo se enrola en una actividad revolucionaria o en un movimiento subversivo como resultado de una comparación racional entre los beneficios y sus costos potenciales derivados de una alteración en la estructura del derecho de propiedad. La decisión de comenzar una revolución dependerá esencialmente de tres variables: la probabilidad del éxito de la revolución, el costo de oportunidad del movimiento dado por el nivel inicial de renta, y el *pay-off* en el caso de abortar la revolución.

La condición para que un sujeto comience una revolución estaría dada por una fórmula en la que los elementos son: probabilidad del éxito de la revuelta, la utilidad tanto si es bien sucedida o si fracasa, la probabilidad de accidentes y pérdidas de la propiedad, y la utilidad relacionada al nivel anterior a la revolución, así como el valor de la propiedad y del capital humano.

En opinión de Brennan, las medidas más apropiadas para evitar las eclosiones sociales violentas son aquellas que buscan aumentar los costos de oportunidad de la actividad revolucionaria a través de transferencias para el potencial insurgente. La nota saliente es que una redistribución eficiente no es la del rico para el pobre, sino la de los temerosos para los amantes del riesgo, de tal manera que se aumenten los costos de oportunidad de la revolución apenas para el grupo relevante. Dado que ese grupo se compone de individuos que gustan arriesgar, la transferencia más eficiente es alcanzada por el ofrecimiento a los potenciales revolucionarios de la posibilidad de un gran aumento de renta, al contrario de un pago igual para todos. De esa manera la política óptima en el sentido paretiano no es la ecualización de las rentas personales, sino la igualdad de oportunidades. En conclusión, el miedo a la revolución –protección lo llama Brennan– es capaz de justificar las transferencias paretianas óptimas orientadas hacia la igualdad de oportunidades.

Una aplicación de este método a la proliferación de universidades y al ingreso libre y gratuito, como ocurre en muchos países de América Latina, demuestra que no es óptimo, pues al ser financiadas con la renta de todos los ciudadanos se debería seleccionar el lugar donde se instala la universidad así como los ciudadanos que ingresan en ella en base únicamente a su habilidad académica. Una universidad nacional que se emplace en una pequeña ciudad de los Andes americanos o en un limitado puerto del litoral no sólo está alejada del óptimo de posibilidad académica, ya que solamente serán sus profesores el boticario, el jefe de estación o el peluquero, sino que los buenos profesores no querrán trasladarse hacia allá por el costo de oportunidad y, entonces, la transferencia de la renta social irá hacia los menos aptos académicamente, que engrosarán la fila de los graduados, desvalorizando por su oferta el aprecio de todos.

Otra de las variables de Brennan es la incorporación de la malicia y la envidia, consideradas como actitudes típicas del hombre en relación a sus semejantes que justifican un proceso de redistribución de la renta desde criterios paretianos<sup>118</sup>. Esta visión es coherente con la concepción de *homo oeconomicus*.

118. Geoffrey BRENNAN. "Pareto desirable redistribution: the case of malice and envy", *Journal of Public Economics*, p. 174.

La malicia y la envidia son relevantes en el sentido paretiano, ya que los individuos se disponen a experimentar pérdida de dinero con la finalidad de infligir sufrimientos a otros. Partimos del supuesto de los individuos A y B con rentas inicialmente iguales y mayores que C. Dados algunos valores de combinación inicial de renta será un "óptimo de Pareto" dejar que A y B se ocasionen pérdidas entre sí, ya que ambos serán felices por la destrucción de la renta del otro, hasta cierto punto. Desde que el tercer individuo C es malicioso o envidioso delante de A y B le proporcionará mayor satisfacción. Como ninguno empeoró de situación, el resultado final es óptimo en el sentido paretiano.

La sociedad está formada por muchos A y muchos B que se enfrentan unos a otros, debiendo intervenir el Estado para propiciar el nivel óptimo de destrucción de la renta de A y B; pero para determinar el nivel deseado de destrucción tiene que considerar, ahora, a C, ya que los niveles de rentas (destruidas o no) le darán más o menos satisfacción. Ahora se torna posible para A y B provocarse pérdidas mutuamente, no para eliminar renta, sino a través de una redistribución para C.

A y B no sienten envidia o malicia respecto a C, de tal manera que su actitud es indiferente entre destruir renta o redistribuirla en favor de C. Como éste prefiere obviamente, lo último, la redistribución paretiana será de los ricos A y B para el pobre C.

Los modelos expuestos se preocupan fundamentalmente de definir las condiciones que garanticen una óptima distribución de renta en el sentido paretiano, con prescindencia de juicios de valor. De acuerdo a dichas teorías, las preferencias de los individuos y las fuerzas del mercado serían por sí solas capaces de producir un ideal de estado social en el que habría máxima eficiencia económica y distribución óptima de la renta.

Sin embargo, si tenemos en cuenta criterios de justicia, de ordenamiento equitativo de la riqueza, los modelos expuestos no llegan a darnos una respuesta satisfactoria. Es muy difícil, señala Moura, que los modelos paretianos sean capaces de solucionar una cuestión tan antigua como la económica, que es ofrecer un principio objetivo

de justicia distributiva al mismo tiempo que un mayor nivel de eficiencia económica en la producción de bienes y servicios<sup>119</sup>.

#### 4. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

El Derecho persigue la justicia y en esa búsqueda está presente el principio de equidad. El razonamiento juseconómico se basa, particularmente, entre la aplicación de la norma y el juicio de valor al caso concreto.

La renta ocupa un lugar destacado y su manera de tratarla es la que origina no sólo planteamientos de valor distintos, sino esquemas ideológicos contrapuestos, ya que la renta es la que permite vivir al individuo y a una sociedad. Los economistas se ocupan con exclusividad de la renta nacional, de su abundancia y de su distribución de una manera eficiente. Pero la renta se produce por la participación del trabajo, de la gestión de quien lo dirige y de las unidades productivas. El ordenamiento de ese trabajo en la vida social atañe a los juristas. De esa manera el razonamiento juseconómico se interesa de modo frecuente por la justicia distributiva. Uno de los criterios para regular la división de la renta social es el de John Rawls, expuesto elocuentemente en su obra *A theory of justice*.

Según Rawls, existe un conjunto de reglas que pueden ser deducidas *a priori* para determinar cómo los beneficios y los encargos de cooperación social deben ser divididos entre los miembros de la comunidad. Esas reglas son:

- a) Suponemos la existencia de una posición original hipotética en la que cada individuo es concebido como una persona ética, libre e igual que desconoce su lugar en la sociedad y dentro de las clases sociales, incluso de su plena habilidad. Este individuo, además, no tiene información acerca de los recursos naturales y tecnológicos disponibles para la nación.

---

119. Alkima MOURA. *Op. cit.*, p. 28.

- b) Este individuo tiene un ordenamiento lexicográfico de dos tipos de bienes: bienes sociales primarios, es decir, bienes que cada individuo racional desea, cualquiera que sea su interés y necesidad de poseer otros bienes, como el derecho a la libertad, oportunidad renta y riqueza<sup>120</sup>; y bienes normales (*ordinary commodities*), o sea alimentos, materias primas, recursos naturales.

A partir de estas hipótesis, continúa Rawls, los diversos individuos, a través de un proceso de selección racional, irán voluntariamente a concordar sobre los dos siguientes principios de justicia:

- Todas las personas tienen iguales derechos al más amplio esquema de libertades básicas, que sean compatibles con un plano semejante de libertades para todas las demás.
- Las desigualdades económicas y sociales para ser socialmente admisibles, tienen que satisfacer dos criterios: primero, propiciar el mayor beneficio esperado para el sector más desfavorecido de la sociedad; y segundo, las desigualdades deben estar vinculadas a actividades y posiciones abiertas a todos los individuos en condiciones de igualdad de oportunidades.

El primero garantiza las libertades básicas para todas las partes envueltas en el contrato social. Supónese además que él precede al segundo principio, es decir, que exista igualdad de oportunidades. "Este ordenamiento significa que la partida de las instituciones con igualdad de libertades requerida por el primer principio, no puede ser justificada o compensada por una ventaja social y económica mayor"<sup>121</sup>. El ordenamiento impide la posibilidad de cambiar libertades básicas por ganancias económicas y sociales.

De esa manera, las instituciones deben ser organizadas de forma de maximizar el bienestar del individuo que está en peor situación. Esta proposición es conocida como el "principio maximin" o máximo-

---

120. John RAWLS. *A theory of justice*, p. 92.

121. *Ibid.*, p. 61.

mínimo, que quiere decir máximo de satisfacción para quien tiene el mínimo de bienestar. La bondad de este principio es que exige poca información; tiene mayor aplicabilidad como un principio colectivo, ya que los ciudadanos deben ser capaces de entenderlo y confiar en que pueda ser ejecutado; refleja, asimismo, un grado considerable de aversión al riesgo, que por lo demás es esperado considerando las características de individuos en su situación original hipotética; y, finalmente, requiere menos esfuerzos para comprometerse y obedecerlo.

Así, en términos de distribución de renta, el citado filósofo busca definir principios que orientarán la organización de una sociedad más justa. Tales principios surgen naturalmente de un acuerdo entre personas libres y racionales, actuando en el sentido de satisfacer sus propios intereses.

La justificación de Rawls es que merece suponer que si uno pudiera empadronar a la gente que alguna vez formó o formaba parte de la sociedad en sus "posiciones originales" (esto es, antes que ellos conocieran cuál sería su lugar en la sociedad), resultaría que ellos prefieren un grupo de arreglos que maximizarán la posición de los marginados. Esto supone, por supuesto, que la mayoría de la gente es adversa al riesgo, principalmente aquella que está en la posición inicial. Aunque esta presunción parece fundada, hay grados de aversión al riesgo y el que supone Rawls en la derivación de su principio de justicia parece excesivo. Compara dos grupos de soluciones hipotéticas o arreglos, A y B. A conduce a una distribución del ingreso en la cual el ingreso promedio del 10% correspondiente a la gente más pobre de la sociedad es de 1.000 anuales y el ingreso promedio de toda la demás gente de la sociedad es de 1.000 también; B conduce a una distribución de ingresos en la que el promedio de ingreso del 10% del grupo más pobre es de 900 pero el promedio de ingreso de los demás de la sociedad es de 3.000.

Es obvio que las personas en la posición original, que no tienen envidia aunque adversas al riesgo, con seguridad que no elegirán A. Si supusiéramos que la envidia es una característica importante de los individuos, la utilidad de un ingreso mayor en una sociedad cuya renta fuera altamente desigual sería menor que la de un ingreso más

bajo en una sociedad en la que éstos fueran iguales.

Rawls advierte este problema, pero tal vez no lo menciona en base a que los grandes incrementos en la prosperidad de los más afortunados casi con seguridad también aumentarían la prosperidad de los desposeídos, siempre que la sociedad tome algunas medidas para mejorar la suerte de los marginados.

Un acercamiento ingenioso es comparar las utilidades de los individuos después que se han emitido los números de la lotería. La utilidad de un individuo puede disminuirse cuando su número ganador se lo quitan para dárselo a otra persona, aun cuando la lotería no se realice en forma regular. Si A parte un pastel y le da a B la tajada más grande, B puede rehusarse a dar una porción de ésta a C, que recibió la tajada más pequeña. Pero su renuencia es irrelevante para el asunto de saber si el método de cortar la torta era bueno. La aproximación de Rawls incorpora el principio intuitivamente estimulante de equidad que si una persona parte un pastel y otra recibe la primera tajada, la división sería pareja aun si ésta fuera desigual. Sigue así el viejo principio del justo medio helénico, según el cual el justo medio no está en la mitad de los extremos, ni en la parte proporcional en que se divide un bien o se equiparan dos derechos, sino en la parte más cercana a lo justo, que no siempre es el punto medio.

Tal vez, entonces, sería mejor que la persona que corta el pastel no sea la primera que toma la tajada, sino que ceda su turno a las demás y ella luego tome la suya. Así, quien corta el pastel se cuidará que todas las tajadas sean iguales.

Rawls nos solicita imaginar el contenido de un contrato que no puede realizarse en el mercado debido a los altos costos de transacción. La gente en la "posición original" sabe que la riqueza de la sociedad puede dividirse en varias formas. Si es adversa al riesgo probablemente necesite alguna protección contra la posibilidad de recibir porción muy pequeña, a menos que el pastel sea muy grande, o nada al final. El principio de Rawls, como la norma de la división del pastel, les brinda tal protección.

La teoría de Rawls de la justicia distributiva tiene dificultad para determinar cuánto de aversión al riesgo hay, así como para decidir a quiénes deberán considerarse como los menos afortunados, ya que no siempre por "marginados" se ha de entender estrictamente en términos de ingresos pecuniarios, con todos los problemas que tal medida involucra.

Posner critica a la teoría de Rawls su indefinición, ya que el grado óptimo de equidad depende de corazonadas empíricas referentes a la utilidad del individuo y los efectos de la pérdida de incentivos de las políticas igualitarias. Finalmente, señala que, aun cuando se basa en los principios de Kant, tiene grandes rasgos de semejanza con el utilitarismo.

Creemos que la mayor dificultad para resolver el problema de la desigualdad y la obtención de una justicia distributiva es que se ha insistido siempre en utilizar únicamente el criterio paretiano como un principio para regular la distribución de la renta. El principio de Rawls es un modelo distributivo realmente más justo, y ciertamente es un avance importantísimo. Con todo, aún no es perfecto en relación a los principios de justicia distributiva, ya que se apoya mucho en impulsos empíricos. Esto indica que tanto los juristas, cuanto los economistas, están obligados a proponer una regla para resolver la eterna cuestión de distribución óptima de la renta.

Hemos expuesto sucintamente los distintos esfuerzos para justificar la redistribución de la renta y alcanzar lo que se podría llamar un óptimo paretiano superior, donde la eficiencia económica toca su punto máximo y la distribución de la renta alcanza un nivel socialmente óptimo. La justificación para tal abordaje es que sabemos que la máxima eficiencia en la asignación de recursos es consistente con un gran número de perfiles de distribución de rendimientos, pero que la selección de cualquiera de las formas de distribución específica implica un conflicto. Pues bien, una de las formas de reducir ese conflicto es la coerción. Ésta sólo puede ser impuesta a través de la norma legal, que permita el cumplimiento de los objetivos sociales. Esa regulación es el campo del Derecho. La juseconomía, que es la expresión ordenada de la satisfacción de las necesidades humanas así como de la política económica, a través de normas legales que

para que existan han de poseer una sanción y un poder de coerción, o de premio, alcanza su realización.

Las normas juseconómicas obviamente han de entender algunas características del comportamiento humano (benevolencia, autoprotección, miedo a las revoluciones, gusto por la igualdad), las cuales pueden explicar la transferencia voluntaria de renta, hasta alcanzar el patrón óptimo de igualdad. Tocar esta posición de equilibrio no es independiente de los instrumentos de política económica escogidos para efectuar el ajuste necesario en la distribución de los rendimientos.

Tanto la teoría económica como el Derecho a través de la formación de las normas, de la regulación coercitiva y de la expresión formal de las medidas e instrumentos de política económica pueden acercarse a un modelo más perfecto de justicia distributiva.

## 5. LA RIQUEZA

La riqueza está referida al conjunto de bienes, servicios y derechos susceptibles de satisfacer necesidades y que tiene un individuo o un país después de cancelar sus deudas. Luego una sociedad no es necesariamente más rica porque se lleva a cabo un involuntario cambio de trabajo en la posición de sus habitantes, que de producir determinados bienes pasa a producir otros según lo determina un plan central, o porque una persona adinerada que acostumbraba a repartir dinero en obras benéficas decide un buen día invertir en sí misma.

Hay otro tipo de intercambio de bienes, servicios o derechos que no es tan evidente. Imaginemos que Ud. va a la cafetería de la universidad y en un raptó de glotonería extrema decide comprar dos butifarras y un refresco que le cuestan 10 soles o pesos. La riqueza de la sociedad y la del dueño de la cafetería —obviamente— serán más grandes. Antes de la compraventa, el dueño de la cafetería tenía las butifarras y el refresco que le valían menos de 10 (si no, no se las hubiera vendido a ese precio, ya que no es loco) y Ud. tenía 10 en su bolsillo; pero después de la realización del negocio jurídico, Felipe, el

de la cafetería, tiene los 10 y Ud. su bolsa con butifarras y refresco que valen más de 10 para Ud., obviamente, si no no las hubiera comprado, sobre todo si ya es la una de la tarde y no ha almorzado. Sin embargo, al momento de estar comprando, se encuentra con un viejo amigo de otra facultad, se dan un gran abrazo, al mejor estilo latinoamericano, y en medio de la confusión Felipe termina por hacer caer la bolsa con la colación al piso recién regado y fangoso de la cafetería. En ese momento llega el profesor de Juseconomía y aplica la llamada fórmula *learned hand*, fórmula de riesgo por negligencia según la cual el costo de Felipe de adoptar las precauciones correspondientes para que no ocurran hechos como el señalado, es decir, que no exista fango en el piso de la cafetería, tiene que ser evaluado en relación con la probabilidad y frecuencia de que los mismos ocurran por no haber adoptado la debida precaución; multiplicada por la magnitud del daño causado a Ud., que se quedó sin almorzar

Ahora bien, para precisar mejor el razonamiento del profesor de Juseconomía tendría que determinarse cuán valiosas eran las butifarras y el refresco para Felipe, y a su vez, cuán valioso era para Ud. saludar efusivamente a su amigo. El técnico purista considerará que el valor relevante es desconocido, ya que éstos no fueron revelados en una transacción mercantil real, pero es posible que un buen analista pueda hacer una conjetura razonable como la colocación de recursos que maximizarían la riqueza. Esto es lo que la doctrina consideraría como el mercado hipotético.

El método del mercado hipotético juega un rol importante en el análisis económico del Derecho, ya que aclara que la maximización de la riqueza y la maximización de la felicidad no son la misma cosa.

La incertidumbre de la relación riqueza-felicidad está más vinculada al hecho de que los habitantes de los países ricos parecen no ser más felices que los latinoamericanos, aunque dentro de los países el rico parezca estar más feliz que el pobre<sup>122</sup>.

---

122. Richard E. AEASTERLIN. "Does money buy happiness?", *Public Interest*, p. 3.

No solamente la riqueza no puede ser igualada a la felicidad, sino que las personas no son únicamente maximizadoras de riqueza. La riqueza es un elemento importante en las preferencias de la mayoría de las personas, pero no significa la suma total de esas preferencias. Eso es porque la teoría económica positiva asume que las personas son maximizadoras de la utilidad en un amplio sentido utilitarista, y es otra la razón por la que existe una frecuente confusión entre economía y utilitarismo como sistemas éticos. Luego, si la riqueza no es la felicidad, y ciertamente no lo es, surge la indagación de saber por qué la búsqueda de la riqueza debe ser considerada una meta superior a la búsqueda de la felicidad.

La maximización de la riqueza es un principio aceptado que proporciona el más firme fundamento para una teoría de justicia distributiva. Empero a muchos estudiantes de Derecho, la moral y la economía les parecen conceptos incompatibles, pero no lo son. Los criterios sobre derechos de propiedad son hoy una importante rama de la microeconomía moderna, y tanto para el Derecho como para la Economía, es un derecho a todos los demás individuos de su caso. Nadie puede tomar o asumir el derecho de un sujeto que sí lo tiene con antelación apelando al bienestar general. Es así un derecho absoluto. El economista recomienda la creación de tales derechos cuando los costos de transacción voluntaria son bajos, pero cuando son altos o prohibitivos el reconocimiento del derecho absoluto es insuficiente. Por lo tanto, nadie tiene un derecho absoluto de propiedad respecto del aire, la contaminación del ambiente o la ceniza que se deposita en las ventanas de los trujillanos, en la ilustración explicada en los capítulos precedentes. En estos ejemplos las transacciones voluntarias proporcionan una manera segura de movilizar los recursos a la posición más valorada.

Posner dice que para convertir los derechos de propiedad en contingentes y referidos a las costos de transacción y subordinados a la meta de la maximización de la riqueza, debe dárseles un *status* menor al que muchos "teóricos del derecho" demandan para ellos. Aunque los derechos de propiedad dentro del análisis económico son absolutos, estos derechos no son trascendentales o terminan en sí mismos y operan solamente en el marco de bajos costos de transacción. Sin embargo, ellos son perfectamente correctos en el buen

sentido del término, a menos que la idea de un derecho esté sujeto a excluir derechos; no obstante, lo absoluto es que son justificados como instrumentos para algún propósito fuera de la protección de los derechos como tales<sup>123</sup>.

El carácter de absoluto es que permitan una transacción libre sin costos externos o reducidos a fin de que la relación sea efectiva.

“Los economistas no decretan simplemente que los derechos absolutos sean creados y luego preferidos, ya que ellos son protegidos por la ley. Para estar seguro si las transacciones del mercado no son costosas, al economista no le interesa saber dónde fue establecido ese derecho inicialmente. El proceso del intercambio voluntario lo reasignará a cualquier valor mayor. Pero una vez que la hipótesis irrealista de establecer la transacción en un costo cero sea abandonada, la asignación de hechos se hará determinante. Si los costos de transacción son positivos (aunque presumiblemente bajos, porque de otra manera sería ineficiente crear un derecho absoluto) el principio de maximización de riqueza requerirá inicialmente de establecer por ley los derechos que están dispuestos a valorarlos mucho mejor, así como minimizar los costos de transacción. Ésta es la razón económica para dar a un trabajador el derecho de vender sus servicios o su tiempo y a una mujer el derecho de determinar su pareja. Si son asignados, fortuitamente a extraños, estos derechos generalmente serían adquiridos de nuevo por el trabajador y por la mujer: los costos de la rectificación de la transacción pueden ser evitados si el derecho es asignado desde el principio al usuario que lo valore más. Similarmente, no existe mecanismo para identificarlo inicialmente e invertirle el derecho, para alguien que de hecho lo valora tanto que él no podría volverlo a vender al propietario “natural” u “original”<sup>124</sup>.

Los clásicos griegos tienen expresiones que pueden aclarar muchos de los comentarios sobre la riqueza, la injusticia y los actos que

---

123. Richard A. POSNER. *The economics of justice*, pp. 70 y 71.

124. Richard A. POSNER. *Op. cit.*, p. 72.

perjudican a terceros. Platón en las *Georgias* decía: "Sufrir una injusticia es preferible a cometerla"; en tanto que Aristóteles señalaba que si una persona perjudica a otra mediante un acto de injusticia, tal acto es ilegal y la rectificación es requerida, aun si quien comete el perjuicio es mejor hombre que la víctima. Es un criterio objetivo, ya que es apreciado el acto independientemente al mérito relativo del injuriador y de la víctima. Así ha pasado el principio a través de los siglos y los códigos penales de América Latina lo contienen en sus reglas, ya que la injuria no está en razón de las personas. No se requiere que el sujeto activo sea un santo. Incluso la difamación es considerada aun independientemente de la verdad o no del hecho, "...lo que se difunde puede ser cierto, pero tiene el carácter de difamación cuando no existe ninguna razón justificada para dañar el honor o la reputación de una persona revelando circunstancias hasta entonces ocultas. También debe tenerse en cuenta que, si bien generalmente la difamación se produce por la divulgación de una inmoralidad o tacha, no siempre es éste el caso. Así, por ejemplo, el hecho de que una mujer haya sido violada, no es una inmoralidad de la víctima ni un hecho normalmente reprochable de ella; pero la divulgación innecesaria de este hecho, cuando no era conocido, constituye difamación porque tiene un efecto probable dentro de nuestro medio -aunque sea injustificado- de disminuir la estimación de la gente común por la persona que ha sufrido esa vejación"<sup>125</sup>.

El pensamiento helénico no se coloca en la posición de la acción privada de indemnización como manera posible de rectificación o reparación.

Si un acto ilegal da como resultado un perjuicio, la rectificación en alguna forma es necesaria si la eficiencia del recurso utilizado no está socavada, ya que de otra manera el causante del daño estaría beneficiándose a costa del afectado.

¿Acaso esto no guarda relación cuando algún programa de televisión en el afán de ganar posiciones en el *rating* emite juicios apresu-

---

125. Fernando de TRAZEGNIES. *La responsabilidad extracontractual*, t. I, pp. 503 y 504.

rados que dañan el honor o reputación de una persona perjudicándolo –incluso– económicamente?. ¿No es más grave si, como ocurre con frecuencia, no se publican las correcciones?

Se hace necesaria, entonces, una justicia correctiva que permita la rectificación de actos que causen perjuicios a las personas. “También es compatible con este concepto el definir un acto de injusticia como un acto que reduce la riqueza de la sociedad; y una vez que ese paso ha sido dado, es más fácil demostrar que un fracaso en rectificar tales tipos de actos reduciría la riqueza de la sociedad haciendo dichos actos más comunes<sup>126</sup>.

Un caso que ilustra el concepto es la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú en el Expediente 1299/61, cuando una persona accionó contra un periódico limeño por haber publicado una carta con firma fraguada pero adjudicada al demandante y que contenía términos groseros no usados por el accionante. La Resolución judicial, considerando que se había “...causado daño al actor, quien en su condición de abogado, ha sufrido detrimento en su honorabilidad...”, falló (Resolución del 12 de abril de 1962) ordenando el pago de indemnización para el demandante, por no haber tomado el periódico “...las precauciones necesarias para establecer previamente la autenticidad del documento y la identidad de su autor”<sup>127</sup>. Dentro del mismo espíritu la Corte Suprema de Argentina en sentencia de fecha 19 de noviembre de 1991 (Vago con Ediciones La Urraca) declara: “Que el derecho de publicar las ideas por la prensa, constitucionalmente protegido contra la intervención de los poderes del Estado, está limitado por los derechos de las personas a su libertad, a su dignidad, a su privacidad, a su honor y reputación...”

Tales jurisprudencias se han basado en el principio de la responsabilidad civil por daños a los derechos de la persona, según la cual un órgano de prensa queda comprometido si se dan cuatro situaciones: conducta antijurídica, daño, relación de causalidad y factor de

---

126. Richard A. POSNER. *The economics of justice*. p. 74.

127. Revista de Jurisprudencia Peruana. pp. 469 y 470.

atribución que afecten a una persona. Así, se considera conducta antijurídica cuando la información es falta o errónea, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta a la realidad. El daño, en tanto, es el daño moral, cuya existencia se presume por la sola circunstancia del agravio al honor o la intimididad. La relación de causalidad es que exista un autor identificable del agravio, una expresión y una persona cierta. Finalmente el factor de atribución es considerado, por la doctrina, como la conducta abusiva, con lo cual posibilitan la aplicación residual del abuso del derecho<sup>128</sup>.

De todo ello se deduce que los derechos constitucionales son relativos y como tales pueden generar responsabilidad a quien causare intencionalmente daño.

Así, si no fuera por estas jurisprudencias, se estaría postergando a las víctimas y se permitiría que los actos se repitieran y no se tomaran precauciones, posibilitando que unos percibieran beneficios y lucro por el perjuicio en el honor de otros, a costa de otros.

En el diálogo de Sócrates con Polo (Georgias 469b-474b), aquél dice "...el que comete inequidades y es injusto es desdichado en todo caso, pero aun más desdichado si no se le impone un castigo ni es objeto de retribución por sus actos de injusticia, aunque menos desdichado si se le impone una pena y es objeto de retribución de parte de los dioses y los hombres".

La aplicación importante de la maximización de la riqueza es alterar incentivos. Esto es, que la sanción o la ley sean posibles de cumplir ya que en caso contrario no se alteraría la conducta y, en el ejemplo, uno saldría ganando con los beneficios obtenidos por haber perjudicado a una tercera persona.

El Derecho y la norma deben negociar igualdades de la misma forma, ya que tratar en forma diferente cosas iguales sería irracional. El análisis juseconómico es un sistema de lógica deductiva que

---

128. Julio César RIVERA. "Responsabilidad civil por daños a los derechos de la persona" p. 222 y ss.

cuando es correctamente aplicado produce resultados que son consistentes con uno y otro. La riqueza no se puede obtener perjudicando a una persona.

## 6. LA POBREZA Y LA CARIDAD

Existe un argumento económico para las medidas conducentes a reducir la densa desigualdad de pobreza en cualquier sociedad. La definición de "pobreza" es elusiva, es un concepto relativo, pobreza en un país industrializado significa algo diferente de la pobreza en cualquier país de América Latina, donde los extremos tocan la miseria. Aun dentro de un mismo país el concepto cambia de tiempo en tiempo. La pobreza descrita en *Los miserables* de Víctor Hugo es distinta a la de *Los hijos de Sánchez* de Lewis o la de *Capitanes de arena* de Jorge Amado. El nivel ha aumentado constantemente, aun después de corregirse los valores monetarios debido a la inflación. En tanto, en otras latitudes el beneficio del crecimiento económico está lejano y más bien están presente la desnutrición y el hambre. Durante todo "...el decenio de 1980, el número de personas desnutridas aumentó hasta superar el nivel registrado en 1969-1971 y permaneció estable el porcentaje de la población de la región que sufría de desnutrición. Estas tendencias registradas en América Latina parecen confirmar inquietudes expresadas con anterioridad en el sentido de que, pese a las medidas de reajuste adoptadas, la crisis de la deuda en realidad había provocado un deterioro del nivel de vida"<sup>129</sup>.

La pobreza impone costos sobre los que no lo son que justifica, sobre bases estrictamente económicas y sin importar las consideraciones éticas o políticas, incurrir en algunos esfuerzos aun monetarios para reducirla. Por ejemplo, la pobreza en el seno de una sociedad generalmente rica tiende a incrementar la incidencia del crimen: la renuncia a un ingreso proveniente de una ocupación de legítima alternativa es menor para alguien que tiene poca capacidad de ganancias en ocupaciones legítimas, mientras que la proximidad de la riqueza incrementa el retorno esperado del crimen o, enunciado de otra forma, el costo de la honestidad.

129. Naciones Unidas. *Estudio económico mundial 1993*, p.161.

No es inconsistente el hecho de que las tasas de crímenes sean frecuentemente bajas en países pobres, aun cuando la desigualdad de la riqueza a menudo es mucho mayor que en aquellos más desarrollados. Si la riqueza está altamente concentrada, los costos por protegerla de los criminales serán completamente bajos. Por ello es que ciertas personas añoran las etapas en que algunas sociedades tenían una gran concentración de riqueza en pocas manos y la gente podía salir sin temor a la calle, precisamente porque los blancos a ser atacados eran pocos. Luego, allí donde la riqueza está más distribuida es que aumentan los criminales por que hay más oportunidades y posibilidades de sustraer –ilegalmente, por supuesto– bienes.

Otro costo de la pobreza es la angustia que siente alguna gente frente a signos visibles. Incomodidad, dificultad y malestar al vivir cerca a una zona pobre o ante el aspecto deprimente de niños abandonados en la calle, o el sinsabor que adquieren las personas cuando viajan en los medios de transporte masivo en las capitales de América Latina, así como los vejámenes que sufren los niños que se movilizan en ellos; en fin, esa sensación dolorosa que afecta a cualquier persona, ya sea movida por razones de simpatía, condescendencia, espíritu cristiano, repulsión o culpa; la sensación predominante no interesa. Si la pobreza acrecienta ese sentimiento de insatisfacción en muchas de las personas que no lo son, entonces está imponiendo un costo económico parecido al daño que origina la contaminación, los humos o la incompetencia administrativa.

Un individuo que se siente en peligro o aterrado por la pobreza que lo rodea puede aportar para aliviarla con una cantidad igual al beneficio que él obtendría por disminuir su insatisfacción. Si los ciudadanos de las zonas residenciales de alta renta en las grandes capitales como Caracas, Lima, Río de Janeiro, Santafé de Bogotá, sienten que los cinturones de pobreza, llámense favelas, pueblos jóvenes, o villasmisericordias, les está costando miedo y mucho dinero en gastos de equipamiento electrónico de seguridad, policía particular y alarmas, ellos estarán dispuestos a contribuir con una cantidad igual a estos gastos para eliminar la pobreza de sus ciudades; así, la pobreza no eliminada por la contribución sería la suma económicamente óptima de la pobreza. Pero hay dos razones para no apoyarse completamente en la contribución voluntaria. La primera es un pro-

blema de “querer hacerse el vivo” (zafarse de la obligación); es decir, no hacer ninguna contribución a la espera que otros lo hagan por mí. A diferencia de un producto común, que no puede consumirse a menos que el consumidor lo compre, una reducción de la pobreza puede ser completamente disfrutada por alguien que no aportó nada contando con que otros sí lo harían.

La debilidad de este argumento es la presunción de que el “vivo” recibe exactamente el mismo beneficio como si contribuyera, tanto como los que en verdad aportan. Si otros contribuyen con 100 en conjunto y yo no contribuyo, la pobreza se reduce en 100. Si otros contribuyen con 100, y yo con 1, la pobreza se reduce en 101. La reducción de la pobreza lograda sin mi colaboración no se afecta por la suma pagada por los otros. Pero si mi deseo es sólo reducir la pobreza en 100, si el beneficio para mí de una reducción mayor fuera cero, entonces evitaré cotizar en alguna forma.

La segunda razón referida a las contribuciones voluntarias para reducir la pobreza –y ésta es una “razón” sólo en sentido figurado– es que coloca la carga del gasto principalmente sobre la riqueza, esto es, aquellos a quienes los pobres naturalmente demandan asistencia. No sería sorprendente si el rico intentara trasladar la carga a otros miembros de la sociedad, liberando así sus recursos para otros usos, incluso para otros actos caritativos a través de fundaciones con su nombre, por ejemplo. Un programa de socorro al pobre financiado con medios distintos a los originados por los impuestos, que sea principalmente regresivo, incluso pagado fuera del impuesto a la renta, podría lograr tal traslado.

## **7. LAS TRANSFERENCIAS EFECTIVAS Y LOS BENEFICIOS**

Para bien o para mal, es el Estado el que debe enfrentar la pobreza buscando eliminarla a través de medidas de bienestar y propiciando mejores niveles de vida del pueblo. En esto están de acuerdo todos los sistemas económicos, aun los más liberales y los totalitarios; lo que se discute es la estrategia gubernamental para tratarla. Las causas y solución para la pobreza no están bien delineadas y entendidas. Una simple mirada indica que la pobreza resulta de una falta de ingresos y se cura en forma directa con pagos de efectivo

ilimitados a la gente pobre. Este planteamiento tiene creciente apoyo, pero hay tres puntos económicos contra él, los que pueden explicar, en parte, por qué no han sido aun adoptados. Primero, las personas que se sienten agobiadas y necesitan desahogarse y aliviarse pueden no ser pobres realmente, sino tener ciertas manifestaciones de pobreza, tales como casa por debajo del estándar normal, una alta tasa de mortalidad infantil, falta de representación legal o educación inadecuada, por lo que sería racional para ellos desear canalizar los esfuerzos gubernamentales para reducir estas manifestaciones en lugar que destinarlos para la pobreza subyacente. Segundo, algunas personas son pobres debido a que son incompetentes en el manejo del dinero; los otorgamientos ilimitados de efectivo pueden estar despilfarrándose sin reducir la pobreza. Tercero, la transferencia ilimitada de efectivo involucra un problema potencialmente serio de incentivos; y tal vez podría agregarse un punto adicional, y es la posibilidad de que la asignación de subsidios beneficie a concentrados grupos de clase media: abogados, profesores, entre otros.

Si, por ejemplo, a cada familia de cuatro se le garantizara un ingreso mínimo de 3.500, la cabeza de tal familia no tendría incentivo para buscar un trabajo y tomarlo, aun si se le pagara algo más de 3.500. Un trabajo de 80 a la semana incrementaría su ingreso bruto semanal en solo 10. Su ingreso neto probablemente declinaría, ya que el trabajar significa asumir algunos costos, como pagar por movilidad, ropa, impuesto a la renta, contribuciones al seguro social, alimentos fuera de la casa.

El rechazo al incentivo necesita ser decisivo. Los métodos usuales empleados para ayudar al pobre a fin de preservar incentivos laborales tienen sus propios problemas. Si, por ejemplo, se niega asistencia a una familia que incluye al varón capacitado, creando un incentivo para que el hombre deje su familia, ya que haciéndolo así él maximiza el ingreso familiar. Y una escala graduada de transferencias efectivas preservarían por lo menos algunos incentivos laborales. Por ejemplo, el ingreso mínimo garantizado para una familia de cuatro podría ser de 3.500, y por cada unidad monetaria o peso ganado la aportación al gobierno para el ingreso familiar podría reducirse a sólo 50 centavos, aun si el resultado fuera que el total de dicho ingreso ganado así como subsidiado excediera el mínimo. Pero un

50% de tipo de impuesto marginal a la renta en lugar de un 100% es aun muy rígido y puede esperarse que tenga efectos desalentadores. Una persona con un ingreso anual de 3.500 retendría sólo 1.750, y después de deducidos los costos del trabajo, incluyendo el costo de oportunidad por renunciar a la flojera, el valor del trabajo para él sería negativo. El desaliento para trabajar, además, operaría no sólo en gente que recibe salarios menores a su capacidad, sino también sobre gente que no está en la seguridad social y que trabaja por bajos salarios, los operarios de la industria informal, por ejemplo. Ellos podrían ser inducidos a dejar la fuerza laboral, lo que incrementaría el costo de la desocupación. La reducción en la demanda para tales trabajos conduciría a un aumento en los sueldos ofrecidos, y mientras tanto esto compensaría parcialmente el efecto desalentador haciendo el trabajo más remunerativo, también aumentaría el costo y, por lo tanto, el precio de las mercancías y servicios dependientes de tal obra, muy parecido a un impuesto de alcabala o al consumo; y estos impuestos son generalmente regresivos.

El tipo de impuesto a la renta puede variarse a voluntad a fin de mitigar los efectos desalentadores expuestos; pero una reducción sustancial en la tasa presionará sobre el bolsillo del contribuyente. Si la tasa del impuesto marginal fuera del 25%, una familia de 4 en la que el jefe ganara 5.000 por año recibiría un suplemento anual de ingreso del gobierno de 2.250; si ganara 10.000 aun recibiría 1.000<sup>130</sup>.

El problema básico, y muy serio, con la asignación de beneficios *in natura* —casa, pago de colegios, bonos para alimentación, vaso de leche o asistencia médica, entrenamiento para el trabajo, etc.— es uno de tipo informal. La voluntad de un consumidor, incluso uno pobre, para pagar el precio de mercado por una buena mercancía, prefiriendo a otro es evidencia del valor relativo de los productos para él; no interesa cómo obtuvo el dinero que está usando para expresar su preferencia. Cuando el precio de un producto es cero, se hace muy difícil estimar el valor del producto.

---

130. Richard A. POSNER. *The economics of justice*, p. 353.

Los funcionarios del gobierno que dispensan beneficios en especies no tienen información directa sobre las necesidades prioritarias de los pobres, de si ellos necesitan más comida o más casas, más asistencia médica o leche, más seguridad o más educación. En un sentido, el pobre "necesita" más de todo, pero ya que la sociedad está preparada para dedicar sus escasos recursos para ayudar a los pobres, es impostergable la necesidad de realizar elecciones tenaces. Cuando los servicios se otorgan sin cobro, los funcionarios carecen de información sobre la cual explicar tales elecciones. Más aun, si ellos tuvieran una idea de cómo por lo general el pobre cuenta con las diferentes clases de productos y servicios, esto los ayudaría sólo a hacer una apreciación promedio, la que, dada la amplia gama de variedad de necesidades particulares de las familias pobres, conducirían a excederse en casos individuales y a ser insuficientes en otros. Una política menos extensiva de transferencia en efectivo rendiría mayor seguridad neta a los pobres que reduciendo los costos al contribuyente.

## **8. LOS SERVICIOS SOCIALES GRATUITOS**

Uno de los argumentos que se esgrimen para impedir un sistema de pago de televisión, es decir, pagar el uso de los canales de televisión, además del uso libre del aire y del ambiente, es que si se pagara la televisión para ver los programas más populares, los pobres se verían forzados a pagar por una buena cantidad de entretenimiento popular, costoso para ellos y que ahora disfrutan sin costo alguno. No es una respuesta a esto el que la televisión "gratuita" no es relativamente gratis, ya que la mayoría del costo de la programación y transmisión finalmente es sufragada por los consumidores de los productos y servicios publicitarios en televisión, pues la gente pobre paga, al comprar la mercancía, una parte proporcional de este costo indirecto. Si embargo, no sólo son ineficaces las restricciones para pagar por ver televisión debido a que evitan que la gente compre un servicio que vale más para ellos que su precio, sino que ellas pueden herir a la gente pobre más que ayudarla. Muchos sectores pobres de América Latina son consumidores empujados por la publicidad, basta contemplar los techos de las zonas deprimidas y por doquier se verá un ejército de antenas; es decir, constituyen un

mercado sustancial al que los empresarios de las estaciones quisieran sacarle algún provecho directo, pero no pueden hacerlo. Sin embargo, hay quienes sostienen, sobre todo en los Estados Unidos de América, que si ésta fuera pagada los empresarios tendrían un incentivo para diseñar y producir programas aparentes y especiales para los pobres. Pagar por la TV podría también permitir a la gente pobre sustituir un servicio de televisión más barato, aunque algo costoso, por otros servicios que les costarían más a ellos. Si, por ejemplo, la TV reemplazara al cine-teatro pasando películas de estreno de primer orden, una persona pobre podría verlo a un precio que, a pesar de ser mayor a cero, sería menor que el precio de una entrada al cine más el costo de tiempo, movilidad y ropa por ir al teatro o cine. Algunos, podrán ver este planteamiento exagerado e innoble, pero sólo exponemos el ejercicio intelectual del análisis económico.

### **8.1 El caso del consultorio jurídico gratuito**

Otro ejemplo de un servicio brindado a la gente de baja renta a título gratuito es el caso de los consultorios jurídicos gratuitos que el Estado, las universidades o los colegios de abogados mantienen en la actualidad. Aun cuando los recursos que se orientan a estos servicios comunitarios no son muy significativos, vale la pena detenerse en su análisis para superar distorsiones y prácticas que se mantienen sin que se haya auscultado, desde el punto de vista juseconómico, los beneficios reales del servicio. Este método de asistencia evita que mucha gente indigente logre su patrón más eficiente de consumo, ya que los fondos estatales asignados a través de las universidades nacionales (locales, luz, papeles, pago a los profesores, jefes de práctica, asignación a los estudiantes en sus prácticas académicas) para los servicios legales a los pobres no son de disponibilidad para otros programas de asistencia; el costo para la persona por tener derecho a recibir 100 en servicios legales es el beneficio que él habría derivado por recibir 100 de algún otro bien o servicio, o en efectivo. En muchos casos tal costo excederá el valor de los 100 en servicios legales. Mucha gente pobre puede lograr pasarla lo suficientemente bien sin un abogado, ya sea debido a que son afortunados para no tropezar con problemas legales o porque son lo bastante inteligentes para enfrentarse a los problemas sin ayuda de los aboga-

dos. Pero ya que el abogado es gratuito, ellos lo usarán, a menos que el valor de sus servicios exceda el valor de su tiempo para esperar las consultas y tratar con él. Enfrentado con un exceso de demanda de su tiempo, el abogado tratará de limitar sus servicios a aquellos cuyas necesidades por servicios legales parecen ser las más agudas; ya que esto requiere de un difícil juicio, habrá casos en que una persona pobre reciba servicios legales que cuestan 100, pero a él le valen sólo 50. El desperdicio involucrado en el uso del abogado en estas circunstancias podría evitarse si a los pobres se les diera 100 en lugar de abogados gratuitos. Ellos usarían los 100 para emplear un abogado en vez de comprar alimentos, medicinas, educación o casa, sólo cuando el valor del servicio legal que precisan fuera por lo menos 100.

Además, los servicios legales son típicamente, aunque no invariablemente, utilizados en una disputa, sea que la persona pobre tenga que enfrentarse con el propietario de su vivienda, con un comerciante, su cónyuge, agencia de seguridad, empresa financiera o incluso una entidad estatal. Los esfuerzos legales hechos por una de las partes de la disputa incrementarán los costos para el otro, quien deberá incrementar sus esfuerzos legales para ganar el juicio o abandonar los riesgos en la disputa a la otra parte. Estos costos son típicamente marginales —son una función de la producción—, por lo que, con un análisis ahora conocido, ellos los trasladarán a los clientes de la empresa si, como empresa financiera o mercantil, vendiera sus servicios en el mercado. Si sus clientes son básicamente otra gente pobre, entonces los costos generados por el servicio o la asesoría legal y el pago al abogado serán sufragados en gran parte por otra gente. Si la disputa es con una entidad estatal que, por ejemplo, da servicios a la comunidad, digamos un hospital del Ministerio de Salud, el gasto adicional por los servicios legales de la entidad no será de cargo básicamente del pobre, pero indirectamente los puede sufragar, pues el costo incrementado del programa de salud del hospital puede dar como consecuencia una reducción en la escala o cobertura de los beneficios que estaba brindando. Los costos impuestos a un gran número de pobres pueden exceder los beneficios de aquellos que sí utilizaron los servicios de un abogado en su disputa con la entidad estatal. Claro está que el traslado no funciona en el caso de un divorcio en el que ambos cónyuges acudan a un consulto-

rio jurídico gratuito, pues el efecto puede compensarse ya que ambos reciben el servicio gratis.

## **8.2 El caso de los subsidios y las exoneraciones**

Dos posiciones diametralmente opuestas circulan en el mundo de las políticas económicas y de la teoría económica: quiénes sostienen que en una economía de libre mercado nada justifica ni es racional establecer subsidios ni exonerar de tributos a determinados sectores de la población, pues ello sería distorsionar el libre juego de las reglas del mercado; otros, en cambio, estiman que el Estado tiene un rol benefactor y tutelar y que en tal aserto debe establecer los sectores a los cuales ha de favorecer o promover otorgándoles recursos por encima de sus esfuerzos o aportes o exonerándoles de todo tributo para los fines del Estado y la sociedad. Ambas posiciones son extremas y, por tal, no necesariamente correctas.

Los subsidios son la ayuda financiera que el Estado o los municipios otorgan a diferentes sectores de la población principalmente para carreteras, seguridad social, salud o educación, con el propósito de disminuir, en parte, las diferencias de dichos sectores en renta real. También se ha usado para incentivar y promover determinados sectores productivos, como la industria, la exportación, la construcción de viviendas, la minería o la actividad en zonas deprimidas o de difícil acceso, como la amazonia, por ejemplo. De tal manera que podemos, a primera vista, apreciar dos sectores a los cuales se pueden orientar los subsidios: uno directamente a la población o los consumidores y otro al aparato productivo.

Los subsidios, aun cuando criticados por quienes sostienen no se deben aplicar pues para ello es suficiente el mercado, están basados en razones de eficiencia cuanto de equidad.

La actitud respecto al subsidio depende si la situación del sector que se busca favorecer —compensar sería mejor— en razón de que es parte de un grupo social, o una nación, se encuentra en una situación deprimida que postergada y cuya situación de todas maneras afectará a la misma (en razón del modelo de Brennan), se debe a una acción ocasionada por la propia sociedad o nación, debido a la falta

de oportunidades iguales para todos, a la incorporación de nuevos sectores que emigran del campo o de la amazonia o zonas alejadas a los centros urbanos, o al abandono de las propias familias. En estas circunstancias no es el individuo quien propicia la situación, sino los factores externos. Evidentemente, el subsidio o compensación debe ser pagado por redistribuciones que a veces son caprichosas – pero eso es el método o la forma– y que suscitan críticas. Empero, el principio es que es necesario redistribuir vía subsidios, aun cuando el problema es el cómo, el cuánto y el hasta cuándo. La mayoría de las críticas se han centrado en el método y de allí se ha concluido que es inconveniente cuando no absurdo. En igual sentido se han tratado las exoneraciones tributarias, pero éstas tienen sustancialmente un trasfondo o explicación meramente jurídica, ya que la exoneración busca reequilibrar la situación de las personas. La justicia dice que todos deben pagar tributos, ya que esto permite que la sociedad pueda cubrir sus requerimientos básicos (seguridad, carreteras, administración, educación), pero la equidad, entendida como la justicia del caso concreto, abre la posibilidad de que esa regla común se levante, se suspenda frente al caso específico en que un sector de la población no pueda soportar una carga tributaria. Supongamos un asilo de ancianos que se sostiene, como en casi toda América Latina, de la ayuda ocasional de otras personas, que no recibe una ayuda específica del Estado y que para comprar sus escasos bienes debe pagar el impuesto al valor agregado (IVA) o a las ventas (IGV), ¿merece estar exonerado de pagar este tributo? ¿debe asumir tal tributo y con ello coadyuvar al sostenimiento del Estado, aun cuando no recibe nada de éste? ¿El asilo o la “Casa de Menesterosos” debe cumplir con el principio legal de “todos son iguales ante la ley tributaria” y así coadyuvar a que la sociedad tenga carreteras, escuelas y policía urbana, de las que no pueden disfrutar por estar en el invierno del proceso vital?

John Rawls presenta la idea de justicia como una virtud especial de los acuerdos sociales dentro de los cuales las desigualdades de tratamiento se tornan aceptables.

La base del razonamiento de Rawls es que la noción del acuerdo social debe ser aceptada por todos los individuos nacionales, bien informados y teniendo conocimiento que ellos mismos pueden ocu-

par la posición menos favorable.

Se puede justificar la ausencia del subsidio o la exoneración si pudiese ser creada alguna otra regla que funcionase mejor para cada uno de los sectores sociales postergados que hayan sido afectados por el crecimiento desequilibrado de la nación. Esto depende de los riesgos asociados a las políticas generales, representadas por una decisión para subsidiar o exonerar o no subsidiar ni exonerar en un caso específico. El riesgo de lo primero es que tal vez los costos pueden forzar a abandonar la eficiencia; en la segunda decisión es que pueden ocurrir pérdidas sociales motivadas por la eficiencia, que de otra forma no hubieran sido mantenidas.

La decisión de prohibir totalmente los subsidios y las exoneraciones puede no ser injusta, desde que el sector social desprotegido reciba por otra vía retribuciones que recompongan el equilibrio, o que, incluso, a través de una práctica consistente se deja para el futuro un riesgo menor para similares sectores de la sociedad. Es decir, que la supresión o prohibición de hoy permita que las generaciones futuras no estén en la misma situación. Sin embargo, no está escrito en ningún libro ni texto de moral que la vida de los hombres tenga que esperar, o que se tenga la certeza que el sacrificio de los unos ahora asegure el bienestar de los otros mañana. Por otro lado, si la ley y el derecho establecen la igualdad de los individuos frente a la norma y que todos, sin excepción, tienen las mismas opciones y oportunidades, cuanto también los mismos derechos y expectativas, sería antijurídico sacrificar a unos que de repente son los mejores para favorecer a otros que tal vez sean los futuros delincuentes. ¿Cómo medir el beneficio de mañana y cómo calcular el costo de las personas sacrificadas?

Donde los subsidios y las exoneraciones parecen no tener razonable cabida es aquéllos orientados al aparato productivo; pues ello alteraría las reglas de la competencia y la concurrencia, cuando no cubriría ineficiencias, perjudicando a toda la sociedad en su conjunto. Empero, ésta es una práctica frecuente en las economías de los países desarrollados, que subsidian no sólo al aparato productivo sino al exportador.

## 9. LAS DISPOSICIONES TÉCNICAS Y EL SECTOR DE BAJA RENTA.

Un caso en el que se puede apreciar que cuando las disposiciones técnicas no tienen en consideración el análisis juseconómico de la norma los objetivos no se cumplen, es el de los Reglamentos de Construcción Civil para viviendas o el Código Sanitario, que especifican un conjunto de requisitos para asegurar un nivel mínimo de seguridad y sanidad o para legalizar la construcción. El reglamento vira en un asunto de debate cuando las normas deben ser aplicadas sin excepción a cualquier vivienda y se busca, luego, fomentar la construcción de casas para personas de baja renta. La erudicción legal ha sido imaginativa para sugerir dispositivos por los cuales los infractores de los reglamentos de construcción podrían estar sujetos a sanciones que reducirían sustancialmente la incidencia de la infracción. Para establecer sanciones a las viviendas que están por debajo del nivel estándar tiene que eliminarse sin ningún costo público el atractivo adicional que permite o parece permitir una manifestación esencial de pobreza, y considerar el hecho que la construcción de viviendas involucra el uso de algunos recursos especializados, en particular la tierra, que sería menos valiosa en cualquier otro uso.

La aplicación de los reglamentos de construcción de viviendas tiene dos principales efectos sobre el mercado: primero, mejora la calidad de las viviendas, incrementa la demanda de ellas, esto es, la cantidad comprada a cualquier precio dado; segundo, aumentando los costos del constructor, que son los costos marginales (ellos varían con el número de unidades de casas suministradas), se daría un cambio en la curva de demanda, en la suposición que si la cantidad demandada estuviera conforme a un aumento en la calidad de las viviendas suministradas, los propietarios subirían la calidad de éstas voluntariamente y no habría necesidad de ejecutar un reglamento de construcción. Por otro lado, los habitantes de las zonas marginales carecen de recursos para pagar viviendas sustancialmente mayores, desalentando a muchas compañías inmobiliarias a retirarse del mercado de viviendas para familias de bajos ingresos.

El exceso de requisitos legales en los reglamentos de habilitación urbana y construcción de viviendas propicia que éstos no se cum-

plan. En un estudio que toca el análisis del derecho<sup>131</sup> se señala que en el Perú un grupo de familias de baja renta que desee cumplir con los reglamentos de construcción, demora casi siete años (83 meses) entre la solicitud de adjudicación de un terreno baldío y el certificado de conformidad de obra. A ello debe añadirse un desembolso individual promedio de US\$ 2.156 –según el citado trabajo– para los trámites administrativos. Tan semejante costo en tiempo y dinero empuja al individuo a no seguir la ley.

Dadas estas circunstancias, la aplicación de normas de vivienda conduce a una reducción sustancial en el abastecimiento de inmuebles para familias con bajos ingresos, aparejando una elevación sustancial en el precio del inmueble. Pero aquellas familias que no optan por el reglamento también tienen que asumir, en el corto plazo, una serie de costos destinados a protegerse de las sanciones e inspecciones: el costo de no cumplir el reglamento, o lo que Hernando de Soto llama “costo de la informalidad”.

Luego, un reglamento de vivienda que sea coincidente con una política promocional para habitación de familias de baja renta deberá tener en consideración tres aspectos básicos: primero, ser diferente para cada sector; segundo, considerar el uso alternativo de la tierra, no es lo mismo auspiciar programas habitacionales en áreas aptas para el cultivo que en un arenal; y tercero, la reducción de los trámites de formalización.

Posner<sup>132</sup> refiere que los códigos de viviendas también son métodos para aumentar la seguridad de los arrendatarios de tugurios, imponiendo responsabilidades de varios tipos a los propietarios de los inmuebles. Otros métodos incluyen la implicada garantía de habitabilidad y el derecho a una audiencia de conciliación o mediación antes de aumentar el alquiler o hacer un desahucio. Las medidas incrementan los costos del propietario, conduciendo con toda probabilidad a mayores rentas y a una reducción de la provisión de

---

131. Hernando de SOTO. *Economía subterránea*, pp. 197 y ss.

132. Richard A. POSNER. *The economics of justice*, p. 359.

viviendas para los adjudicatarios de bajos recursos. El derecho a una audiencia antes del desalojo es un ejemplo especialmente bueno de una provisión que lo hace más barato para el propietario, al tratar con un arrendatario más responsable (normalmente de mayor ingreso) contra quien una solución barata y rápida de desalojo es menos probable que la necesite.

De lo expuesto podemos concluir que una regla de responsabilidad como la mencionada, es como un impuesto al consumo, induce una contracción en la producción y aumenta el precio. La parte que resulta obligada, aun cuando la misma no fuera pobre (pero que, como hemos visto, es posible, también), puede ser capaz de cambiar o trasladar mucho del costo de la responsabilidad a los pobres en la forma de precios más altos o reducción de oportunidades, no consiguiéndose beneficiar a las familias de baja renta.

## CAPÍTULO VII

# APARICIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

## TERCERA PARTE

# EL DERECHO ECONÓMICO

El Derecho Económico es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad económica de los individuos y de las entidades que intervienen en ella. Su objeto es el estudio de los fenómenos económicos desde el punto de vista jurídico, es decir, de las relaciones jurídicas que se establecen en el campo de la actividad económica. Este estudio se realiza desde una perspectiva jurídica, es decir, desde el punto de vista de las normas jurídicas que regulan la actividad económica.

La aparición del Derecho Económico se debe a la necesidad de regular la actividad económica de los individuos y de las entidades que intervienen en ella. Esta actividad económica se realiza en el campo de la actividad económica, es decir, en el campo de la actividad económica. Este estudio se realiza desde una perspectiva jurídica, es decir, desde el punto de vista de las normas jurídicas que regulan la actividad económica.

El Derecho Económico es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad económica de los individuos y de las entidades que intervienen en ella. Su objeto es el estudio de los fenómenos económicos desde el punto de vista jurídico, es decir, de las relaciones jurídicas que se establecen en el campo de la actividad económica.



## **CAPÍTULO VII**

# **APARICIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO**

El Derecho Económico al principio sólo fue un enunciado, una simple expresión, en una época en que la economía alcanzó predominio entre las ciencias sociales; ahora surge con principios propios y figuras particulares frente a las necesidades de un mundo cambiante, presentando una constitución específica, un carácter peculiar y un íntimo sistema.

La formación de esta disciplina se da en el sistema jurídico romano-germánico y ello explica su estructura, muchas de sus instituciones y el hecho evidente de que todos los estudios y trabajos que se han hecho se deban a autores pertenecientes al sistema jurídico nacido en Roma y perfeccionado por el aporte germano. Caso distinto del Análisis Económico del Derecho, que nace en el sistema jurídico anglosajón y en tal razón influenciado por las prácticas, las costumbres y la jurisprudencia, que es la fuente viva y permanente de dicho sistema

El Derecho Económico se origina en un sistema donde tiene preeminencia la ley escrita. De allí que esta rama se forma de arriba

hacia abajo, es decir primero es la ley –aun cuando debe estar basada en la realidad– ya que en definitiva la norma toma la realidad luego se formaliza y se cumple por los agentes. Situación contraria es la arquitectura jurídica del sistema anglosajón donde las precedentes, es decir la práctica y la experiencia misma generan el derecho. Podría decirse que en el sistema romano-germánico se da primero la ley y luego se aplica o se practica el derecho; en tanto que en el sistema del *common law* primero se practica y luego se va formando el derecho.

En los capítulos II y III se explicó las características de la intervención del Estado en la economía, así como la forma en que los grupos empresariales orientaban la dirección del mercado.

El siglo pasado marca el inicio de este acontecer y alteración de la relaciones económicas hasta el momento conocidas; la producción en gran escala, fruto de la revolución industrial, avizora el nacimiento de las estructuras monopólicas. En el gobierno de Luis Bonaparte, cuando se instaura un nuevo sistema comercial, a través de las grandes tiendas de departamentos, como lo fueron Printemps y Lafayette, no sólo se creaba un medio de consumo masivo que obtuvo enorme suceso, sino que nació una fuerza competitiva que llevó a la ruina a miles de pequeños comerciantes. Estos hechos fueron repitiéndose en otras latitudes, tanto que en los Estados Unidos de América el dominio de la economía por los monopolios llegó a impedir la circulación, a través de los nacientes ferrocarriles, de las mercaderías que no fuesen controladas por los grupos dominantes.

El conflicto de intereses entre entidades económicas, los pequeños grupos privados y el Estado se refleja en las primeras disposiciones para contener el monopolio. Posteriormente, la acción estatal pasa a preocuparse de los problemas sociales y a reconocer que las leyes, hasta entonces, no impedían al fuerte destruir al más débil. La idea de un control estatal de la economía para proteger el interés colectivo empezó a tomar cuerpo. Se verificó así un fenómeno histórico postliberal: los principios que informan al Estado no son más generados *ab externo* del Estado sino *in interno*.

La inquietud por regular esos conflictos no tuvo grandes auspicios ni propició aún un Derecho Económico, pero sí se notaba su necesi-

dad, acrecentada con las dos grandes guerras, cuando las funciones bélicas atribuibles al proceso económico propiciaron nuevas contradicciones que precisaban ser corregidas por el Estado, que pasa así a intervenir ampliamente en todo el proceso, fijando salarios, precios, controlando el aparato financiero o alentando determinadas áreas productivas. El Estado asume, entonces, la dirección de la economía.

Consecuentemente al elemento de conflicto de intereses ya mencionado, se une el del dirigismo de la economía, originando así los elementos formativos del Derecho Económico.

## 1. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN

Hacia el siglo XIX el mundo vivió bajo el signo de lo económico. Desde que Antonio de Montchretien, en 1615, usó por primera vez el término de Economía Política en su *Tratado sobre economía política*, esta disciplina alcanzó los ribetes de ciencia moderna, y consolidándose paulatinamente llegó a contornos hegemónicos en todo el siglo XIX. A fines de éste es cuando aparece el término "Derecho Económico o de la Economía".

Los primeros aportes en el contenido del Derecho Económico son aislados a fines del siglo XIX y alcanzan verdaderas posiciones doctrinarias a comienzos del siglo XX. Luego, a causa de la crisis de postguerra y con la perentoridad de la reconstrucción y el desarrollo económico, su contenido científico y autonomía se imponen verdaderamente.

Lamentablemente su significado está lejos de llegar a la unanimidad. Ciertos autores conciben el Derecho Económico en forma amplia, haciéndolo reglamentar toda la vida económica; otros, en tanto, lo imaginan de una manera restringida, limitándolo a las intervenciones imperativas del Estado, en vista de la organización de la economía. Sin embargo, ninguno de estos conceptos nos parecen definitivos, ya que ambos han intentado abordar la noción del desarrollo económico partiendo de su objeto, mientras que, a nuestro parecer no puede ser definido sino a partir de su fusión<sup>133</sup>.

133. Etienne CEREXHE. *Derecho, economía y libertad*, p. 207.

El mayor período de progresión del Derecho Económico, en el lapso de las dos postguerras, ha llevado en algunas circunstancias a que se le denomine Derecho de guerra, con un carácter nítidamente imperativo fruto de ese dirigismo económico y que no era compatible con una economía de mercado. Antonio Polo acuña este término para la nueva rama del Derecho, aunque también menciona, como sinónimos, derechos de excepción, derecho de emergencia y producto de necesidades transitorias. Empero, es más propio hablar de derecho de emergencia que derecho de guerra, pues si bien el Derecho Económico alcanzó solidez y ciudadanía durante la guerra y postguerra, al crearse figuras nuevas como el permiso de asignación, el contingente, la inmovilización y la intervención directa del legislador en los contratos, entre otros, fue, sustancialmente, a causa de la crisis económico-social y jurídica que trajo consigo las dos guerras mundiales. Fueron circunstancias de emergencia en sí las que motivaron estas nuevas figuras y más concretamente la operatividad y existencia del Derecho Económico para un medio social y una época de urgencia constante. Así lo concibe Osterling cuando se refiere a la nueva conducta del legislador que rige los propios contratos en vigencia, frente a los desquiciamientos contractuales e institucionales, que convierten al legislador dirigista en legislador de emergencia<sup>134</sup>.

No es ya la emergencia de la reconstrucción después de los conflictos bélicos, que en todo caso sería episódica, sino, lo que es más, la construcción de una sociedad que se alce por encima del hambre, la miseria y la explotación; y aun sobre presencias nuevas en la realidad latinoamericana, como son el narcotráfico, la corrupción administrativa, la violencia y la informalidad económica y aun política. Ello tiene que ser enfrentado con innovaciones del Derecho, expresamos, así como el diseño de un nuevo método y ordenamiento de la vida social.

---

134. Felipe OSTERLING P. *La revisión de los contratos por el Poder Judicial*, p. 127.

## 2. PRECURSORES

Si bien en el siglo XVIII el fisiócrata Nicolás Baudeau (1730-1792) utilizó la expresión legislación económica en su obra *Primera introducción a la filosofía económica* (1771), sin duda el primer antecedente doctrinario sobre Derecho Económico lo tenemos con Pierre Proudhon. Él, fustigador de filósofos, enemigo de la especulación, polémico y fascinante, empleó a mediados del siglo pasado la voz "droit économique" para nombrar un derecho superestatal, igualitario, ordenador de la totalidad de la actividad económica en un texto con un título singular, *La capacidad política de las clases trabajadoras*. Su concepción estaba influenciada por el movimiento anarquista y sobreponía el Derecho Económico al Derecho Político, censurando acremente todas las formas de gobierno y autoridad. Podríamos atrevernos a señalar que Proudhon dio connotaciones absolutistas al Derecho Económico sobre las corrientes de cualquier teoría del Estado en esos momentos vigentes, ya que negaba todo tipo de poder.

Para el notable escritor francés, el derecho debe resolver las contradicciones de la vida social a través de una conciliación universal, la misma que se logra con la reorganización de la sociedad, siendo así que el Derecho Económico constituiría el fundamento de la nueva organización social.

Posteriormente y a la muerte de Proudhon, ocurrida en 1865, el italiano Angelo Levi, en 1886, publica en Roma su obra *Il diritto económico*, en la cual, en homenaje a una más alta justicia social, intentaba reducir a unidad una gran parte del Derecho público y privado y de la Economía Política, en particular. Era la época de influencia de la Escuela Histórica del Derecho y de la Escuela Histórica de la Economía, las que, coincidentemente pero en forma separada, contrarrestaron las tendencias demasiado abstractas de los clásicos.

Si bien es cierto después de Levi no se presenta otro antecedente sobre Derecho Económico hasta iniciado el siglo XX, bien podemos decir que su planteamiento quedó como un valioso aporte al desenvolvimiento del Derecho Económico, como un derecho de emergencia.

Se menciona como uno de los precursores del Derecho Económico, en el siglo, al profesor Lehmann, quien hacia el año 1912 en la Universidad de Jena, comentando el auge económico alemán, propiciaba un tratamiento jurídico autónomo. Pero la concepción de Lehmann se refiere particularmente y de forma específica a un Derecho industrial y no a un Derecho Económico, pues el tratadista alemán propiciaba la creación de un Derecho industrial separado y distinto del Derecho mercantil, ya que, según él, el gran auge económico alemán de entonces se debía atribuir al sorprendente desarrollo industrial, el que por ende merecía un tratamiento jurídico autónomo.

No es posible, entonces, como lo hace Moore Merino, citar a Lehmann como precursor del Derecho Económico, sino más bien como un tratadista del Derecho industrial, pues el autor alemán habla de legislación industrial. Su trascendencia puede estar, en el caso, en que es un antecedente del pensamiento de otro jurista alemán, Hedemann.

Justus Wilhem Hedemann comienza en 1918 a investigar sobre esta nueva disciplina y funda entonces el Primer Instituto de Derecho Económico, para luego, hacia 1939, escribir su obra cumbre *Principios de Derecho Económico alemán*, pero ya antes, hacia 1922, había efectuado la primera tentativa de fijar los principios especiales del Derecho Económico cuando escribe su *Grundzuege des Wirtschaftsrechts*. Base de sus trabajos fueron el Derecho positivo alemán, que durante la primera conflagración mundial legisló sobre incautaciones, nacionalización y estatización de fábricas, racionamiento del consumo y asignación de recursos. Concibe este nuevo derecho como disposición del espíritu moderno, un nuevo estilo que constituye el rasgo fundamental de una época signada por el dominio de lo económico, de la misma manera como el Derecho natural caracterizó las concepciones jurídicas del siglo XVIII. Junto a él se deben mencionar a Rumpf, Geiler, Kronstein y Nipperdey, para quienes —como señala Antonio Polo— el Derecho Económico no es sino el resultado de la aplicación del método sociológico-jurídico a los dominios del derecho actual examinado a través de las perspectivas económicas.

Las exigencias sociales y económicas originadas por el proceso industrial, como de la guerra, no encontraron una solución ni satisfacción en el dogmatismo imperante en los juristas del Derecho Mercantil. El acto de comercio, piedra angular del mercantilismo, mereció una auscultación más profunda en cuanto a su concepto económico. Siendo así que el aspecto económico del comercio influye decisivamente en la formulación del "acto de comercio". Ello es lo que dio motivo a la separación de quienes se quedaban con el concepto del acto mercantil de quienes veían una tarea e interés mayor: un nuevo Derecho económico o un fundamento económico del Derecho.

Indudablemente, los jusmercantilistas tenían una vieja tradición histórica para defender la autonomía y supremacía de su disciplina. En tanto que la nueva concepción no poseía ni especialistas ni escuelas, y su objeto de estudio además estaba indefinido, pues se centraba en los actos de los sujetos (empresas e individuos) y no en la participación o intervención de la actividad económica para regular el mercado.

Quien trata de establecer los objetos diferenciados del estudio es Stammler con su *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichts auffassung*, publicado en Berlín, Leipzig 1924, y traducido por W. Roces bajo el título *Economía y Derecho*. Concibe al Derecho con una doble función: Derecho del Derecho y Derecho de la Economía. Es decir el Derecho en cuanto expresión fuera de formalidad, así como el "derecho forma" en cuanto regula la "economía materia". Si los aspectos materiales (económico) afectan la vida en sociedad entonces el Derecho regulará tal materia; de esa manera la economía sería la materia y el derecho la forma

Otros autores alemanes marcan luego lo que sin temor podemos mencionar es una escuela particular. Kahn a través de su excelente trabajo *Conceptos jurídicos de Derecho Económico de Guerra*, y luego W. Kaskel, y Westhoff en 1926, y Klausning con su obra *Wirtschaftsrecht* en 1931, así como Fran Bohlen con su obra *El orden económico como fuente creadora del ordenamiento jurídico* (1939). También debemos mencionar los aportes que hacia 1937 dan Hans Buwer y Otto Moenkmeier, aun cuando este autor le da un sentido ideológico al Derecho, pues su obra contiene descripciones sobre

### Derecho económico nacional socialista.

En 1942, Huber publica el más voluminoso tratado de Derecho Económico (1.000 páginas) titulado *Derecho Administrativo de la economía (Wirtschaftsverwaltung-Srecht)*, cuya segunda edición es de 1954.

El progreso del planteamiento juseconómico motivó a muchos autores, tanto que después de la escuela alemana surgen otras en Europa y principalmente o únicamente dentro de los países de sistema jurídico romano-germánico. Lo que demuestra que esta rama es una respuesta al problema que plantea el fenómeno jurídico-económico en una realidad de sistema fundamentalmente escrito.

Lorenzo Mossa representa, con mucho, uno de los pilares del Derecho Económico en Italia. Hacia 1930 ya escribía su obra *Modernismo giuridico e diritto privato*, y en la que concibe el Derecho Económico como el derecho de la vida organizada y, aunque se refiere al factor empresa en la vida económica de un país, es un apunte trascendente en la concepción del Derecho Económico. Luego, este tratadista, continuando su cátedra en la Universidad de Pisa, que es donde desarrolló y perfeccionó *in extenso* su doctrina, escribiría hacia 1933 su *Curso de Derecho de la Economía*.

La doctrina francesa realiza los aportes más claros en el desarrollo de esta especialidad. Los mejores trabajos son en el decenio del 70, como los de Charles Fourrier (*Droit public économique*), André de Laubaderé (*Droit public économique*), Gérard Farjat (*Droit économique*), R. Savatier (*La nécessité de l'enseignement d'un droit économique*) y Gustav Radbruch. Igualmente los libros *droit économique* de Alex Jacquemin y Guy Schrans, que es de consulta obligatoria, como el de Claude Champaud, titulado *Contribution a la definition du droit économique*.

Antonio Polo en España y Julius G. Lautner en Suiza marcan en el decenio del 40, la consolidación doctrinaria y sistemática del Derecho Económico; a ellos se une Jaime Santos Briz (España), que en 1963 publica su libro *Derecho económico y Derecho civil*. Así, podemos concluir que a partir de todos ellos el edificio de esta nueva

rama está culminado, quedando a los posteriores el acabado y perfeccionamiento del mismo.

La presencia científica del Derecho Económico influye, luego, en casi todos los países del mundo donde se presentan reales situaciones de emergencia. Las viejas legislaciones positivas, las codificaciones que se remontaban a los comienzos del siglo XIX, van dando paso a nuevas legislaciones. Contemporáneamente surgen las condiciones necesarias para un enfoque cualitativamente nuevo de la legislación económica.

Pero todos estos aportes en la cimentación del Derecho Económico no se han ido colocando en terreno llano. Algunos tropiezos ha tenido que salvar. Hay quienes le han negado validez, señalando que su aparición es transitoria, como lo afirman A. Nussbaum y Kahn.

Moore, citando a Polo comenta: "Kahn y Nussbaum, inspirados en una concepción exageradamente liberal, se limitan a ofrecer un concepto negativo del derecho económico. Lo conciben como aquel conjunto de disposiciones que sólo tienen de común el responder a una actuación de urgencia, de tinte fundamentalmente coactivo, sobre la base de una suspensión temporal del libre juego de las fuerzas económicas, pero sin señalar una comunidad de objeto por encima de esta accidental comunidad de fin".

"Kahn utiliza como base o estructura de su sistema, la clásica división del proceso económico implantado por J.B. Say".

"Nussbaum, en cambio, pretende separar dentro de él, una doble categoría de normas: unas transitorias y fugaces, producto del momento, que pasan sin dejar huellas en las instituciones jurídicas; y otras, que revelan y entrañan tendencias nuevas, dotadas de mayor permanencia"<sup>135</sup>. Para Kahn el Derecho es puramente transitorio, lo que no lleva a la formación de una rama del Derecho, y se fundamenta, además, en etapas parciales del proceso económico, pues

---

135. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 22.

éste, según la clasificación tradicional de Say, es parcial. Para Nussbaum, en cambio, hay cierto preludio, cierto comienzo embrionario, sin vislumbrar un antecedente científico. Ambos autores son el producto de la guerra y transcurren en ese período de transición, consideran el nuevo ordenamiento jurídico-económico como un derecho transitorio y excepcional; tratan, luego, de separar esas normas pasajeras y temporales, surgidas de la emergencia bélica, de aquellas otras que tienen mayor permanencia y que pueden servir de base a un marco jurídico estable.

### 3. EL APORTE LATINOAMERICANO

Si tuviéramos que precisar geográficamente un aporte latinoamericano tendríamos que indicar Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México y el Perú. En los dos primeros países se desenvuelve la disciplina merced al aporte de juristas europeos como Esteban Cottely, Goldschmidt y Camilo Viterbo, que llegaron huyendo de las corrientes fascistas. Este último inauguró el primer Curso Integral de Derecho Económico en la Universidad de Montevideo (Uruguay) en 1942.

Argentina tiene los primeros estudiosos del Derecho Económico. Comenzando por Juan B. Siburu, quien ya en 1933 trata el tema, y Julio H.G. Olivera con su libro *Derecho Económico*, continuando con Guillermo Cabanellas Jr. La mayor cantidad de obras sobre el asunto inciden en el rubro del Derecho Penal Económico, en el que se dan aportes singulares. Otros trabajos que merecen ser destacados son los de Humberto Agliano y de Eduardo White.

En Brasil, la disciplina ha alcanzado plena madurez y se lleva regularmente en muchas facultades de Derecho, como en las de Belo Horizonte, Sergipe, Sao Paulo, Brasilia y Río de Janeiro, en base a una significativa e importante creación doctrinaria como: la obra de M. Seabra Fagundes, José Wilson Nogueira de Queiroz, cuyo libro *Direito Económico* es fuente permanente de consulta; el valioso y bien informado tratado de Modesto Carvalhosa "*Direito Económico*" y la obra del gran divulgador de esta disciplina, el profesor Washington Peluso Albino de Souza *Direito Económico*, (*Primeiras linhas de Direito*

Económico), así como la del prolífico autor Fabio Konder Comparato (*Direito Económico*). De igual manera los trabajos de Eros Roberto Grau (*Elementos de Direito Económico, Intervenção do Estado no domínio económico*), Ricardo Antonio Lucas Camargo (*Breve introdução ao Direito Económico*) y Werter R. Faria (*Constituição económica, liberdade de iniciativa e concorrência*).

Existen además revistas especializadas, como *Digesto económico* y otras, en las que autores como Sergio Ferreira, J.A. Nascimento, A. M.F. Augusto, van añadiendo nuevas luces para el conocimiento y consolidación de esta rama jurídica. Existe, además, una Fundación Brasileña de Derecho Económico, cuyas investigaciones enriquecen a los abogados del continente.

Podemos afirmar, sin duda alguna, que en el Brasil es donde más se ha desarrollado esta disciplina, tanto por la cantidad y mérito de los libros y trabajos publicados, como el número de facultades de Derecho que lo incluyen en su currículum académico, como las revistas especializadas y las instituciones abocadas a la investigación.

Colombia se unió más recientemente a la juseconomía. Uno de los textos más didácticos es el de Darío Munera Arango, publicado en 1963, y además el primero; luego le siguen los trabajos de Carlos Uribe Garrós y más recientemente los de Jorge Andrés Arango Garavito. Cuatro universidades: el Externado, la Nacional, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad de Los Andes, le dedican importante atención en sus facultades; como que las dos últimas tienen las revistas más valiosas *Universitas* y *Revista de derecho privado*, en tanto que la Pontificia Universidad Javeriana tiene una maestría en Derecho Económico. Una dinámica entidad, la Asociación de Derecho Económico edita una de las más serias y continuas publicaciones, la *Revista de derecho económico* donde ya es posible ver un destacado grupo de juseconomistas.

Dentro de la experiencia latinoamericana la más reciente es la de la Universidad de Costa Rica (San José), que tiene el postgrado de Derecho Internacional Económico y, aun cuando lo enfoca dentro de finanzas y comercio internacional, ha propiciado interesantes trabajos, como los del Prof. Enrique Vásquez G.

Chile tiene una sólida corriente. Libros como los de Daniel Moore Merino han inspirado a otros autores de la región. Merece también mencionarse a Francisco Orrego Vicuña (*Derecho Internacional Económico*), Raúl Santa María de la Vega, Ernesto Opazo B., Oscar Aramayo y Julio Vega, cuyos estudios siguen siendo analizados en las universidades chilenas. La *Revista de Derecho Económico* de la Universidad de Chile, dirigida por Ruben Oyarzún, fue un importante medio de investigación y de promoción durante el decenio del 70.

La mayor producción editorial de América Latina está en México, gracias al esfuerzo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, que no sólo ha editado las obras más importantes de Derecho Económico en lengua española, sino que publica la revista más conocida de la especialidad: *Estudios de Derecho Económico*. Importantes son los trabajos de Héctor Cuadra, Eduardo Novoa, Marcos Kaplan (Argentina), Leonel Pereznieta, Francisco Ruiz-Massieu, Jorge Witker (Chile), Manuel R. Palacios Luna y Hugo Rangel Couto (*El Derecho Económico*).

Mario A. Puga I., quien hacia 1947 publica un interesante artículo sobre Derecho Económico en la revista *El Foro*, órgano del Colegio de Abogados de Lambayeque, representa el primer hito en la doctrina juseconómica peruana, en una época en que recién aparecían los primeros textos sobre el tema en América Latina. Para dicho autor el Derecho Económico es el mecanismo mediante el cual una economía es intervenida y planificada con vistas a su mayor utilidad social. Junto a él se pueden incluir los aportes de Rómulo Ferrero Rebagliati, que en 1957 hizo un *Estudio económico de la legislación social peruana*.

En 1966 aparece el primer libro peruano sobre Derecho Económico editado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cuyo autor, Ulises Montoya Alberti, inspirado en trabajos latinoamericanos, divulgó el tema. Posteriormente, en la Pontificia Universidad Católica del Perú se escribió la primera tesis, *El Derecho Económico en el Perú*, (1975). También se han publicado trabajos, pero más como una visión general del Derecho acondicionado a las necesidades de la época y tal vez como disquisiciones de Teoría General del Derecho, o desde un enfoque de comercio internacional, que como

una visión del Derecho Económico como rama especializada, como la tesis de Luis Rodríguez Mariátegui P. (*Aspectos jurídicos de la economía dirigida*) en 1961, y la de José Antonio Olaechea Álvarez Calderón (*Perspectivas hacia un derecho peruano de la libre competencia*) en 1987.

Otros trabajos específicos sobre ésta especialidad, de reconocido valor, son las obras de Lorenzo Zolezzi I. (*Derecho y desarrollo*), Carlos Zuzunaga Flores (*Derecho económico*) y Daniel Flores Bao, quien en su obra, que es un entronque entre los conceptos de Derecho y desarrollo, admite la existencia del Derecho Económico como moderna disciplina jurídica.

Pero si bien el aporte doctrinario es reducido, no merece igual consideración la enseñanza de esta materia en las facultades de Derecho de las universidades peruanas. La primera universidad que implantó el curso de Derecho Económico, con el nombre de "Derecho Económico Internacional", fue la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en el año 1967, hoy bajo la denominación de Derecho Económico se dicta bajo la conducción del Prof. Alberto Stewart Balbuena. Posteriormente lo hizo la Universidad Nacional Federico Villarreal, que inclusive creó el Departamento de Derecho Económico bajo la dirección de Carlos M. Cox; el curso que se inició hacia el año 1968, con el carácter de obligatorio, tenía un gran contenido de principios de integración económica. Actualmente la Pontificia Universidad Católica del Perú tiene una maestría con mención en Derecho Internacional Económico (desde 1986) que satisface una añeja necesidad para el análisis de la realidad nacional. La materia se administra igualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima bajo el título "Derecho y Economía", aun cuando con un acento sobre el análisis económico fundamentalmente. Por otro lado también se debe mencionar el interés de la facultad correspondiente de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón en la cual se trata tanto la rama mencionada como la teoría del análisis económico del Derecho.

Valiosas conferencias introductorias a esta disciplina fueron las auspiciadas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Derecho y Mundo Moderno, en 1970, y la Pontificia Universidad Católica

del Perú, II Conferencia sobre la enseñanza del Derecho y el Desarrollo, en 1973, así como el I Congreso Internacional de Derecho Internacional Económico, en 1992. De igual manera los seminarios se han multiplicado confrontando experiencias y trabajos realizados en el Perú, por distintos investigadores como los de Gustavo Palacio Pimentel o los de Virgilio Vanini de los Ríos, en la Universidad Nacional de Trujillo, así como otros cursos administrados por la Universidad Nacional de San Agustín, en Arequipa, o la Universidad Católica Santa María, de la misma ciudad, así como en la Universidad Federico Villarreal (Lima).

## **CAPÍTULO VIII**

### **DELIMITACIÓN CONCEPTUAL**

Una vez conocida y admitida la existencia de una serie de figuras juseconómicas, incluso de un modelo para estudiarlas, se hace necesario afrontar de inicio cuáles son los límites de esta nueva rama del Derecho y los esfuerzos que se han hecho para llegar a una mejor comprensión de los actos juseconómicos, así como tender a que esta especialización ayude a instrumentar mejor las medidas de política económica que necesita la sociedad en su conjunto.

#### **1. PRELIMINARES**

Como toda rama del Derecho, la existencia de un concepto claro acerca de lo que es Derecho Económico se obtiene mediante la auscultación correspondiente que permita elaborar la definición adecuada, la cual, en perspectiva apriorística, nos describe el objeto de nuestro conocimiento. La delimitación conceptual nos proporciona, además, otra ventaja, cual es la de poder emitir un juicio inicial acerca de la exactitud de la orientación que del concepto puede columbrarse.

Igual que ante cualquier otro tema, el Derecho Económico muestra la dificultad inicial de precisar su concepto. Más aun si mucho del intento de definirlo y conceptualizarlo está dominado por la subordinación o propósito de ideologías políticas, o de un determinado sistema de gobierno.

Ante tales circunstancias es muy conveniente llamar la atención respecto a la existencia misma del Derecho Económico, pues de admitirse tal subordinación, y aun compelerlo a propósitos puramente económicos, se estaría negando su valor elemental de Derecho, sin siquiera pensar en la destrucción de su autonomía como rama de las ciencias jurídicas.

No han faltado autores que, sin negar su validez y presencia como rama jurídica, han pretendido subordinarla a la Economía, sobre todo teniendo presente su mayor período de desarrollo, que fue sustancialmente en épocas de dura emergencia, durante las dos guerras mundiales. En consecuencia, resultaría inútil tener que entrar a dar un concepto de la rama; pues es un accidente en el acontecer social. Sin embargo, y tal como se ha expresado en los capítulos II, III y IV, hay en realidad un acto juseconómico que rebasa a cualquier límite de las otras ramas del Derecho y que en, consecuencia, reclama de una especialización que le dé un concepto y explicación unitaria.

A través del tiempo se han ido esbozando conceptos, particularmente en el grado en que se han querido explicar las medidas que la urgencia —en los períodos de guerra— o la necesidad de la sociedad y la crisis económica de los pueblos —en la época actual— han ido adoptando. Ese esfuerzo se ha traducido en corrientes que bien pueden ser denominadas doctrinas o esfuerzos de conceptualización.

## 2. PRINCIPALES DOCTRINAS

A pesar de lo reciente sobre literatura especializada del tema, existen diferentes concepciones sobre el Derecho Económico. Autores como Moore agrupan a 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 en el Derecho Económico todas las regulaciones que no entran en las ramas jurídicas tradicionales; teorías objetivas, que determinan la disciplina por la materia que forma su objeto; y las teorías cosmovisionistas, que ven en el Derecho Económico 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 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. Finalmente, Nogueira de Queiroz vislumbra cinco posiciones doctrinarias: Derecho del proceso de la producción, Derecho de la empresa, Derecho de conexión de sentido tendente a asegurar la vida de la comunidad, Derecho autónomo, y finalmente, como un nuevo orden jurídico económico que coexiste con el cuerpo de reglas jurídicas tradicionales.

La falta de unanimidad en la clasificación de las distintas corrientes se origina por la dificultad de agruparlas de una manera más sistemática; y ello se debe a que una buena cantidad de los autores no se preocupó de exponer de forma concadenada 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 primar pasando por una enumeración de dispositivos con expresión económica; siendo que en realidad se debe buscar el contenido, pues ya al hablar de las relaciones entre Derecho y Economía señalamos la estrecha unión que existe entre el factor económico dentro del Derecho, pero igualmente afirmamos que ello no quiere decir de ninguna manera que todas las normas posean 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 y desarrollo de la actividad económica. Esa unidad es la que da connotación juseconómica 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>136</sup>.

En un esfuerzo de clasificación nos permitimos ordenar las doctrinas en genéricas y técnicas.

## **2.1 Doctrinas genéricas**

Dentro de éstas situamos a aquellas que dan una concepción global y amplia, sin llegar a precisar su autonomía e independencia como rama especializada.

Una nota común de las primeras teorías del Derecho Económico es el uso del método sociológico en el estudio de las nuevas manifestaciones jurídicas. Esta es una característica más o menos constante en la mayoría de los tratadistas de esta disciplina y se expresa claramente en los primeros esfuerzos académicos de su determinación.

### **2.1.1 Doctrina primitiva**

El representante más importante de esta escuela es, indudablemente, el jurista Justus Wilhem Hedemann. Esta doctrina tiene su comienzo en el interregno entre las dos grandes guerras, período donde la delimitación académica y la nueva técnica del Derecho Económico alcanzó su etapa de mayor vigencia. Era el ciclo de adolescencia y no era recomendable esbozar los límites de esta disciplina ni señalar el continente del concepto. El período de la legislación de emergencia hacía difícil detenerse a elucubrar la doctrina y el fundamento del Derecho Económico.

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.

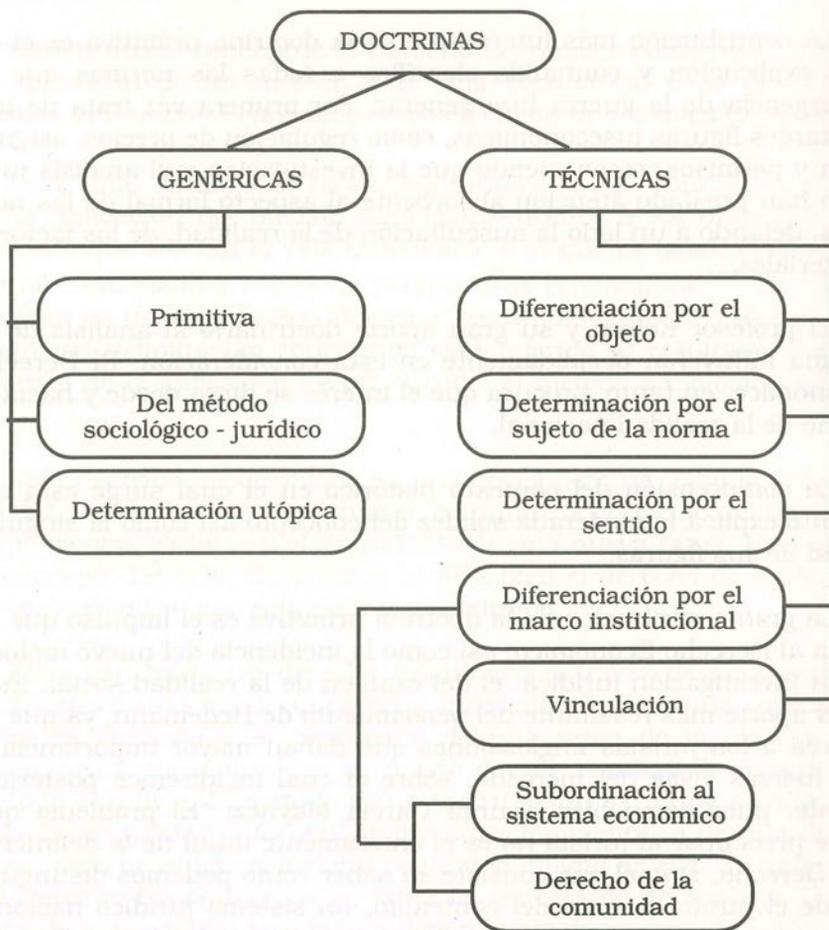
Para Hedemann, en su primera etapa hacia 1922, el Derecho Económico es una simple manera de enfocar y de apreciar los proble-

---

136. Daniel MOORE MERINO. *Op.cit.*, p. 38.

**GRÁFICO N° 13**

**CLASIFICACIÓN DE LAS DOCTRINAS**



mas 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, proponiendo así una nueva concepción que lo lleva, incluso, a ubicarse en otra posición y que la estudiaremos en otra corriente.

La contribución más interesante de la doctrina primitiva es el de dar explicación y contenido científico a todas las normas que la emergencia de la guerra hizo generar. Por primera vez trata de importantes figuras juseconómicas, como regulación de precios, asignación y permisos, reconociendo que la investigación y el análisis jurídico han prestado atención absorbente al aspecto formal de las normas, dejando a un lado la auscultación de la realidad, de los factores materiales.

El profesor Kelsen y su gran aporte doctrinario al análisis de la norma influyeron decididamente en esta consideración. El Derecho Económico, en tanto, procura que el interés se dirija desde y hacia el plano de la realidad nacional.

La comprensión del contexto histórico en el cual surge esta corriente explica la moderada solidez del concepto así como la singularidad de sus figuras.

La gran contribución de la doctrina primitiva es el impulso que se le da al Derecho Económico, así como la incidencia del nuevo método de la investigación jurídica: el del examen de la realidad social. Éste es el aporte más resaltante del pensamiento de Hedemann, ya que se acerca a los juristas anglosajones que daban mayor importancia a las fuerzas vivas del mercado, sobre el cual incidiremos posteriormente, pues como bien apunta García Maynez: "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>137</sup>.

---

137. Eduardo GARCIA MAYNEZ. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, p. 87.

### 2.1.2 Doctrina del método sociológico-jurídico

Los principales representantes de esta corriente son Rumpt, Kronstein, Westhoff, Geiler y Nipperdey. Alcanzaron prestigio académico durante el decenio de los años 20 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>138</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. Para ellos el concepto Derecho Económico es más bien el derecho de estilo, de corte económico, que una rama especializada.

Ellos van hacia un derecho examinado a través de perspectivas económicas, más que a 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 de resultados 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 independiente de su método.

---

138. Daniel MOORE MERINO. *Op.cit.*, p. 28.

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.

### 2.1.3 Determinación utópica

Los seguidores de esta doctrina, que también se conoce como Determinación por la inherencia a la Economía, son Sinzheimer y Klaussing. Autores como Moore Merino señalan con el nombre propio de dichos juristas a la doctrina que nosotros nos permitimos denominar Determinación Utópica, y a la que Darío Munera Arango llama Concepción Mixta.

Señala Sinzheimer que la misión y destino del Derecho Económico es la de 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>139</sup>.

Al haber quedado atrás los modos de actuar e intervenir en la Economía y surgir nuevas regulaciones económicas, producto del crecimiento del mercado y las innovaciones tecnológicas, se plantea la necesidad de un Derecho especializado, Derecho Económico, para el tipo de situaciones que trae esta economía contemporánea.

Tanto Sinzheimer como Klaussing asignan al Derecho Económico la misión de encontrar para el sistema de la economía actual un modelo 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 es 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.

---

139. Darío MUNERA ARANGO. *El Derecho económico*, p. 34.

Dentro de una concepción globalizadora Gérard Farjat dice que el Derecho Económico muestra la particularidad de englobar todo el Derecho dentro del campo económico. Afirma que no es tanto una rama particular del Derecho –como lo pueden ser otras ya conocidas–, sino lo que ha ocurrido es que “lo económico” se ha desarrollado en casi todas las ramas del Derecho clásico, proponiendo un nuevo orden jurídico que responda a las necesidades de la sociedad industrial, dice que esta rama debe entenderse como “el derecho de la concentración o de la colectivización de los bienes de la producción y de la organización de la economía por los poderes privados o públicos”.

## **2.2. Doctrinas técnicas**

Son aquellas que hacen una referencia más concreta de la disciplina, delimitando su área de interés más ligada al tema económico. Se orientan hacia el sistema económico y buscan regularlo. Así, analizaremos cinco de estas doctrinas.

### **2.2.1 Diferenciación por el objeto**

Juan B. Siburu, a quien podemos considerar como uno de los primeros estudiosos de la materia en Latinoamérica, es el representante de esta doctrina. El profesor argentino esboza hacia 1933 el concepto del Derecho Económico.

Esta teoría, como las posteriores que iremos detallando –sin que exista orden de subordinación o de prelación– presenta más claramente el Derecho Económico como una auténtica rama especializada.

Siburu indica que existen hechos sociales normados jurídicamente que tienen un contenido económico. Esta característica requiere de 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 Figueroa, quien conceptúa el Derecho Económico como “el

conjunto de conductas jurídicas que establecen relaciones entre lo comercial y lo fiscal estadual"<sup>140</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, distribución, circulación y el consumo. Igual concepción es la que mantiene Guillermo Cabanellas en su consultado diccionario, cuando afirma que el Derecho Económico regula "las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza"<sup>141</sup>. Cada una de estas etapas del proceso económico, que a su vez vendrían a ser divisiones de este Derecho se sirven 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 toda 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 Merino critican a Siburu, aun cuando es indudable su aporte a la claridad de la juseconomía, ya que "...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>142</sup>.

En Alemania encontramos los representantes más sólidos, 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, quienes

---

140. Miguel HERRERA FIGUEROA. *Derecho económico y sociología*, p. 343.

141. Guillermo CABANELLAS. *Diccionario del Derecho usual*, t. II, p. 649.

142. Daniel MOORE MERINO. *Op.cit.*, p.29.

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 económicas y concretamente sobre la economía de la alimentación, vestido, construcción, hierro, metales, materias primas, energía, tráfico, dinero, etc. Dentro de estas esferas, la dirección económica, de acuerdo con los puntos de vista de la economía total, debe encauzar y dirigir 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 el objeto del nuevo Derecho. Primordialmente la dirección de la economía, proyectada sobre las más importantes esferas de la actividad creadora y distribuidora de riquezas; siendo que 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>143</sup>.

Un planteamiento interesante es el del autor brasileño Nogueira de Queiroz, 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>144</sup>. Ésta es una definición más prístina y que encuadra la disciplina como reguladora del proceso económico.

Bajo la influencia de muchos autores latinoamericanos, Andrés Serra Rojas afirma: "La característica más importante de este nuevo Derecho Económico es hacer prevalecer el interés económico general, conformando en las estructuras jurídicas: Constitución y legislación ordinaria"<sup>145</sup>, siendo que el Estado debe asegurar el crecimiento nor-

---

143. Darío MUNERA ARANGO. *Op. cit.* p. 138.

144. José Wilson Nogueira de QUEIROZ. *Direito económico*, p. 27.

145. Andrés SERRA ROJAS. *Derecho económico*, pp. 93 y 94.

mal y armonioso de la vida económica a través de la planificación, al mismo tiempo que procurar que los particulares puedan desenvolverse con seguridad y facilidad en el campo de los servicios públicos.

Aun cuando muchos autores admiten *a priori* la importancia de la disciplina y aun, en algunos casos, el área de su interés, se aprecia que la generalización se convierte en un medio de expresión y que se acude con frecuencia a lugares y expresiones comunes, como “el derecho de lo económico”, “la disciplina reguladora de lo económico”.

Aunque no son numerosas, estas manifestaciones podrían llevarnos a partir de generalizaciones. Empero, otras opiniones, como muchas de las que hemos citado, nos llevan a una situación en la que ya es posible adelantar un concepto de esta realidad.

### 2.2.2 Determinación por el sujeto de la norma

Esta corriente busca definir el Derecho Económico según el sujeto principal de su relación jurídica, considerando al efecto la empresa en todas sus dimensiones. Así, sostiene que el sujeto de las regulaciones jurídicas en cualquier economía es la unidad productiva.

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

Con el mismo propósito de adaptar el Derecho Económico a una economía que supere los principios del liberalismo, pero en su aspecto más 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 juseconomistas 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>146</sup>. Mossa concibe el Derecho Económico,

---

146. Lorenzo MOSSA. *Principios de derecho económico*.

tal como lo hacen también Sinzheimer y Klaussing, como un Derecho subordinado a la Economía, pues en un principio el derecho regulaba las situaciones que originaba el liberalismo, ahora fruto de los cambios, el Derecho Económico alcanza su propio contenido –cuando no hasta su propia existencia– tanto 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>147</sup>. Centra la delimitación conceptual del Derecho en la empresa. El sujeto de esta disciplina esta 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 a todo el universo de la empresa, en tanto persona moral en la acepción jurídica 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.

Tanto Moore como Olivera critican a Hug. Así, afirma el último 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>148</sup>.

Kaskel imagina esta rama como reguladora de la gestión y dirección de la empresa industrial, identificándolo sustancialmente –como bien señala Munera Arango– con el derecho Mercantil. De esa manera sugiere y 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.

---

147. Enrique AIMONE GIBSON. “Concepto y contenido del Derecho Público Económico”, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, p. 143.

148. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p.9.

Kiraly adopta una concepción más amplia a nuestro modo de ver. Dice que 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 inspirándose en las instituciones de la Economía comprenderemos por Derecho Económico la recapitulación verificada metódicamente bajo la influencia del espíritu económico contemporáneo de las reglas juseconómicas 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>149</sup>.

Esta concepción, pues, da carácter de juseconómico 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, omitiendo otros, como el consumidor, cuya presencia es importante en el mercado.

“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>150</sup>.

### 2.2.3 Determinación por el sentido

Esta concepción da un contenido político a la juseconomía. Busca dar un concepto basándose en el significado general de las normas,

---

149. Dario MUNERA ARANGO. *Op. cit.*, p. 145.

150. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 30.

en la orientación general de las leyes y las 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 dentro de esta corriente. A partir del año 1935, Moenckmeier fundamenta sus principios juseconómicos en tanto que el jurista húngaro lo hace en fecha más reciente, en 1951. Otto Moenckmeier, influenciado por el nacional socialismo alemán de la preguerra, afirma que la política económica y el credo económico se correlacionan 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>151</sup>.

La visión de Moenckmeier es en realidad un signo externo del nacional socialismo, y el importe 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. Es inseparable para esta corriente 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”.

---

151. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 10.

“Una de estas formas 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>152</sup>.

Este planteamiento está basado exclusivamente en una ideología jurídico-política. Es decir, para Moenckmeier, como para el resto de seguidores, incluyendo Cottely, las relaciones sociales presentan estamentos; un nivel económico, que es la infraestructura; un nivel jurídico-político; y el ideológico, que es la superestructura. Este nivel compuesto por estos dos aspectos reflejan una nota común; ambas son ideologías o, lo que es más preciso, el nivel jurídico-político tiene función ideológica. Así, admitido el planteamiento de los postuladores del concepto del Derecho Económico en mérito a la determinación por el sentido, alcanza nitidez en su locución y postulación doctrinaria. Sin embargo, ésta es precisamente su objeción, pierde claridad y consecuencia cuando afirma que recibe su misión de los eternos principios jurídicos.

Olivera, criticando, afirma: “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>153</sup>.

Como un seguidor moderado de Moenckmeier en estos días, podemos señalar al profesor Enrique Aimone G., quien denomina a esta especialidad como Derecho Público Económico y señala que “es aquella rama que tiende a establecer el orden público económico”<sup>154</sup>.

---

152. *Ibid.*, p. 9.

153. *Ibid.*, p. 11.

154. Enrique AIMONE GIBSON. *Op. cit.*, p. 145.

Esteban Cottely también afirma que las ideologías sirven de apoyo o explican el contenido y sentido del Derecho Económico, pero va mas allá cuando señala que no es el único fundamento, sino que hay otros, las valoraciones como la justicia, la igualdad, la libertad, la equidad. Considera que ni la justicia puede tomarse como punto de referencia para todo el mundo jurídico; para clasificar el Derecho hay que apoyarlo en un gran numero de ideologías. La ideología económica inspiraría y conceptuaría el Derecho Económico.

Cottely sigue en parte a Kelsen, fundador de la escuela vienesa de la Teoría Pura del Derecho, en cuanto admite el 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>155</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; valoraciones no siempre declaradas, o declaradas con exactitud, en la manifestación normativa de voluntad, y no siempre inferibles de su texto"<sup>156</sup>.

Por esta razón es que seguramente Cottely, al describir el contenido del Derecho Económico, examina cada una de las etapas del proceso económico como partes de esta rama especializada, siguiendo el planteamiento del profesor argentino Siburú, quien puede haber ejercido influencia, pues Cottely esbozó su teoría durante su larga residencia en Argentina.

---

155. Esteban COTTELY. *La naturaleza y posición sistemática del derecho bancario*, p. 36.

156. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 11.

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>157</sup>. Esta opinión concibe la rama orientada a un sistema de planificación centrada y única.

#### **2.2.4 Diferenciación por el marco institucional**

Algunos autores buscan diferenciar el Derecho Económico de otras ramas especializadas en razón al marco institucional o actividad social que regula. Es decir, se trata de conceptualizar esta rama en base a 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 su autonomía. Aun cuando muchos de ellos tienen diferencias en su delimitación, éstas son sólo de matices y no esenciales.

Existen dos corrientes: la que lo condiciona al sistema económico y la que lo configura como un Derecho de la comunidad.

##### **a) Subordinación al sistema económico**

El segundo período de Hedemann, aquél 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. Preveyendo 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.

---

157. Rubén OYARZUN. "Cambio económico y social y cambio jurídico", *Revista de Derecho Económico*, p.15.

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 Georg 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, reiterando 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 sus figuras son fruto de las medidas urgentes de la guerra, pero es indudable que éstas tienen validez en un mundo industrializado, en el que se da un ingente predominio a lo económico. Sería falso e imperdonable desde el punto de vista científico pretender apartar a un lado como expresiones de guerra toda esa enorme masa de juseconomía que se ha cristalizado y tomado cuerpo en miles de dispositivos legales, integrando una valiosa y abundante legislación en toda Europa.

Justificando la continuación de sus 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 la que le da un sentido de preeminencia, destacando la conveniencia de la concentración económica manejada por el Estado.

El Estado rige la economía —dice Hedemann— no sólo tiene súbditos, sino que también la economía 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 al Estado.

El planteamiento del Profesor Hedemann insiste en marcar 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 caracterizada 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>158</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>159</sup>.

En base a muchos de los criterios expuestos, André de Laubadère sostiene que esta nueva rama oscila entre la subordinación a la economía, como Derecho de la economía, o concebirlo como una noción distinta del Derecho de la economía. En el primer caso se concibe a la especialidad como el Derecho aplicable a todas las materias que entran en la noción de economía, congregando todas las

---

158. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, pp. 2 y 3.

159. Roberto GOLDSCHMIDT. *El Derecho económico*, p. 756.

partes del Derecho privado y del Derecho público que tienen que ver con la economía. En la segunda posición, considera que el Derecho Económico no es sinónimo de Derecho de la Economía, sino que más bien es reagrupamiento que no se reduce a la yuxtaposición descriptiva de las ramas vinculadas a la economía, ya que por lo contrario se ciñe al contenido, a la originalidad y especificidad de sus reglas. Sin embargo, el propio autor dice que los seguidores de la primera posición se encuentran en dificultades por la incertidumbre que la propia noción de economía suscita, y más aun criterios como aspectos sociales y financieros. Igual situación es la de quienes se inclinan por la segunda posición, ya que es difícil identificar cuál es la originalidad y la especialidad de las normas de Derecho que nos puedan llevar a una noción distinta del Derecho de la economía. Finalmente, el jurista francés concluye: "Por más interés que exista en distinguir la noción de Derecho económico de la del Derecho aplicable a las diversas materias económicas y a la preferencia que le podamos dar en el plano científico, no se puede, de modo alguno, concebir una exposición de Derecho económico a no ser como una manifestación de Derecho de la Economía"<sup>160</sup>.

La vida económica, sustentada en la influencia de la libre empresa y la libertad contractual, ha sido ordenada en base sustancialmente a formas del Derecho privado. Los principios de la autonomía de la voluntad, del contrato es ley entre las partes, han alcanzado caracteres de apotegma jurídico y se han adoptado, luego, en casi todas las legislaciones del mundo, en su momento. Ahora las realidades son distintas. La esfera económica es invadida cada vez más, como ya lo hemos señalado, a través de una agresiva intervención estatal. Frente a los nuevos acontecimientos, hay ramas cada vez más especializadas del Derecho para ordenar las situaciones que acarrear las actuales realidades. Producto de estas transformaciones es el Derecho Económico, correspondiendo por ello "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,

---

160. André de LAUBADÉRE. *Droit public économique*, p. 15 y ss.

puede incluirse en él la organización que resulta de la intervención del Estado”<sup>161</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>162</sup>.

“Shmolders, criticando la concepción que lo concibe como el derecho de la economía organizada, intervenida o controlada, cree que es inadmisibles 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>163</sup>.

Admitir este planteamiento sería darle un basamento puramente económico y no jurídico. Las situaciones y circunstancias que norman el Derecho Económico van más allá que la de ser simple regulador de conflictos económicos, pues en definitiva su fin supremo sería el bienestar económico-social del hombre y no meramente 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

---

161. *Ibid.*, p. 756.

162. Enrique AIMONE GIBSON. *Op. cit.*, p. 143.

163. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 36.

como comunidad, para todos, esta idea va ganando verdaderamente, todos los recovecos de la conciencia humana”<sup>164</sup>.

Los grandes movimientos jurídicos contemporáneos 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 legal.

“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, pero 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>165</sup>.

Julio Vega 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, refiriéndose a su forma y estructura, concretiza que “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>166</sup>.

Jorge Witker, en tanto, define la disciplina como el: “Conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías sustancialmente de derecho público que inscritas en un orden público económico plasmado en la Carta Fundamental, facultan al Estado para plantear

---

164. Jacques LECLERCQ. *Op. cit.*, p. 57.

165. Etienne CEREXHE. *Derecho, economía y libertad*, p. 9.

166. Julio VEGA M. *Introducción a la juseconomía*, pp. 78 y 79.

indicativa o imperativamente el desarrollo económico y social de un país"<sup>167</sup>. Para el profesor de la Universidad Autónoma de México se trataría de un Derecho del Desarrollo Económico, y de esa manera coincide con Moore Merino.

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.

En Italia merece mencionarse al profesor D'Eufemia, para quien la fórmula del Derecho Económico designa una realidad ontológica. Polo, que lo analiza y comenta, dice que el jurista italiano se coloca en un punto intermedio entre la teoría pura y la especulación filosófica; define la rama como una expresión genérica y convencional que designa la particularidad del actual ordenamiento jurídico. La estructura funcional del nuevo Derecho no es producida exclusivamente por el gobierno estatal de la economía, sino que lo es, también, por el desenvolvimiento de las fuerzas según las leyes autónomas de su existencia, asegurando simultáneamente la consecución del fin último de la actividad económica: la potencia nacional.

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

## **b) Derecho de la comunidad**

Un enfoque singular dentro de esta corriente es la 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

---

167. Jorge WITKER. *Derecho Económico*, p. 9.

juseconomistas cuyo período de producción podemos ubicarlo a fines de los años treinta o en el decenio del cuarenta, está influenciado por el nacional socialismo, de allí que su concepción vaya contra el concepto de clases del marxismo y el de sociedad demoliberal del capitalismo, alegando que el liberalismo habría cuidado de la sociedad y configurado el Derecho en la lucha social, en cuanto que en la comunidad el Derecho Económico permitiría al Estado conducir la vida económica sin que para ello tenga, 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. El Derecho Económico para esta doctrina obra en la articulación de la economía en comunidad. La conducción de la economía la hace el Estado; no actúa por sí mismo ni reemplaza con una burocracia la actividad privada. Esta posición subordina el Derecho Económico a un sistema político y allí reside precisamente su cuestionamiento.

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 términos 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>168</sup>.

---

168. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

### 2.2.5 Doctrina de la vinculación

Esta concepción del Derecho Económico lo engloba como la rama vinculada a todas las actividades económicas que regulan la vida social orientada al bienestar material. Vincula los actos jurídicos dentro de esta meta. Partiendo de esta premisa entendemos por doctrina de la vinculación al conjunto de normas que procuran la política económica.

El concepto del Derecho Económico se basa en la conexión que tiene la norma, en el propósito de dirigir la actividad económica. Así, si es necesario dictar prohibiciones o dispositivos de encuadramiento para dirigir la actividad económica, la necesidad misma de esta limitación genera la norma prohibitiva. Y dentro de ese encuadramiento se da esta disciplina.

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 individuos y el Estado, orientadas a lograr el bienestar de la sociedad en su conjunto; mencionando algunos de éstos 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 conceptualizar el Derecho Económico como una rama especializada que busca una ordenación y

normatividad de la dirección económica. Tal como lo 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, Moore, entre otros.

Lautner escribe, entre los años 1942 y 1950, una de las obras más notables sobre Derecho Económico. Despojada de todo prejuicio de orden conceptual analiza los diversos elementos que intervienen en una dirección económica. Si bien no lo define, el análisis extenso que realiza de sus principios, figuras e instituciones se basa sobre la idea de la dirección económica. En toda norma juseconómica, 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 existen otra serie de dispositivos, de naturaleza varia 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.

Jacquemin y Schrans dicen, dentro de esta misma línea, que el Derecho Económico es menos una nueva rama de la ciencia jurídica que una disciplina científica formada por la liga entre la ciencia del Derecho y la de la Economía.

A partir de 1950 se desarrolla en América Latina una corriente, de veras valiosa, de juseconomistas. Sin temor a equivocarnos 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 asigna-

ción. Este es el marco institucional propio del Derecho Económico". Concluye, en su conceptualización, que existe una serie de figuras jusprivatistas 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>169</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>170</sup>.

En tanto, Etienne Cerexhe señala que "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".

Similarmente, Roger Bonnard señala que coincidentemente con las atribuciones que tiene el Estado como organismo, el Derecho debe también establecer pautas, de tal manera que el Derecho Económico se orientaría a cada una de las tareas que el Estado debe realizar, distinguiendo tres categorías: la reglamentación de la actividad privada; el fomento, estímulo y vigilancia de la actividad privada; y la sustitución de la actividad estatal por la privada<sup>171</sup>.

---

169. *Ibid.*, pp. 23 y 24.

170. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 37.

171. Roger BONNARD. *Precis elementaire de droit administratif*, p. 15 y ss.

### 3. PROPÓSITO CONCEPTUAL

Tratar de expresar el concepto de cualquier rama del Derecho siempre suscita controversias y limitaciones. Incluso hay quienes consideran que no es conveniente determinar y prefijar el concepto de una técnica del Derecho, pues en algunos casos entumece y estanca su desarrollo, limitando *a priori* su contenido. Para otros es aconsejable esbozar sólo su contenido. La expresión 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 llegar a esta especialidad de la ciencia jurídica; otros añaden económico al nominativo de la rama de Derecho de su preferencia y entonces se habla de Derecho Económico, e incluso de Derecho Internacional Económico. Esta primera observación es necesaria para establecer distinción entre contenido y concepto. Una legislación puede contener elementos económicos, e incluso algunas ramas de la ciencia jurídica tienen elementos económicos, pero no son fuente de Derecho Económico, por ello a veces se le llama Derecho de la Economía. La disciplina que esbozamos tiene normas de naturaleza económica propias.

En nuestro propósito de exponer el concepto podemos dar dos enunciados: uno objetivo y otro subjetivo.

Objetivamente, 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 del Estado y de los particulares entre sí, orientada a objetivos de bienestar social. Entendido así, el Derecho Económico es una rama cuyo tecnicismo 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. No queremos afirmar, en consecuencia, que todos los hechos o actos con acento económico sean legislados por normas juseconómicas, sino sólo los imputables a la política económica; es decir, aquellos mediante los cuales se intenta regular o modificar los asuntos económicos del país. Sus normas son siempre de naturaleza económica.

Estudia así los preceptos que regulan la vida económica orientada al bienestar social, además las relaciones jurídicas que se derivan de estas normas. A consecuencia de una buena tradición jurídica que abarca los últimos 35 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, como la adecuación del mercado, la protección del consumidor, la orientación de la inversión.

Subjetivamente, se puede entender como la facultad estatal de 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 e imputando a una actitud contraria dispositivos de seguridad. Se puede concluir afirmando que es la facultad que tiene el Estado de esbozar los objetivos mismos de la economía del país en armonía con los intereses de la persona humana y de las instituciones sociales intermedias, tendentes a lograr el bienestar de la nación, equilibrándolos entre sí. Es la facultad de procurar el bien común a través del desarrollo de su 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 una evidencia las intervenciones de las diferentes manifestaciones del poder en la economía y en el mercado, en particular, que afecta también 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 de 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 del bienestar de la sociedad, así como evitar el daño mayor.

Toda norma jurídica determina un comportamiento, impone una conducta, es el deber 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 base, obviamente, en realidades (realidades juseconómicas) y que actúa como un nexo entre la realidad y el juicio de valor. Así la norma juseconómica implica un juicio de valor económico,

Como se ha repetido, 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, ya que el sentido de todo el Derecho es perseguir la justicia.

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 con 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.

El regulamiento de las relaciones entre el individuo, las instituciones sociales intermedias y el Estado es tendente a evitar el conflicto de intereses que afecte a su vez a la sociedad o al 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, de la más absoluta libre acción de los agentes económicos, es posible, racionalmente, la formación de normas que controlen el poder económico, pues si se le dejara actuar destruiría el propio mercado.

Proponemos adicionalmente un sentido más amplio, denominando Juseconomía no solo a esta nueva disciplina, sino a la técnica jurídica que posibilite interpretar los hechos económicos y provea de ciertos principios e instrumentos que, aun siendo propios del análisis económico del Derecho, otorgue a los sujetos, a la administración

de justicia y a las fuentes generadoras de la norma, un modelo que bajo criterios lógicos haga prevalecer el interés del caso concreto por encima de la norma genérica. Es cierto que ésta es sólo una aproximación y que mientras tanto es bueno precisar primero esta rama propia del sistema jurídico romano-germánico, pero que es bueno aproximarse a entender la realidad jurídico-económica, la expresión que afecta a los sujetos y las diferentes expresiones del poder en el mercado que pueden afectar la libertad y bienestar de la persona humana.

## CAPÍTULO IX

### EL ORDEN JUSECONÓMICO

El orden jurídico es la regla de la conducta, del comportamiento humano, cuya función consiste en orientar la actitud de las personas. Tanto Kelsen como Austin y Hart coinciden, en opinión que no tiene detractores, en que orden jurídico es un conjunto de reglas, denominadas normas jurídicas, que tiene por finalidad guiar y prescribir comportamientos humanos. Así, la conducta del individuo es objeto de la función prescriptiva del orden jurídico.

Como señala Kelsen, es función de todo orden social provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos, hacer que se abstengan de determinados actos que se consideran perjudiciales a la sociedad y que realicen otros que se reputan útiles<sup>172</sup>. El Derecho, entonces, orienta para que las personas realicen, es decir actúen.

Sin embargo, es prudente distinguir entre orden, sistema y régimen. El primero, como se ha dicho, es provocar una conducta, es el

---

172. Hans KELSEN. *Op. cit.*, pp. 17 y 55.

conjunto de reglas o modos para hacer las cosas. Sistema, en cambio, es la concepción teórica sobre la existencia e identidad de las disposiciones jurídicas y del cual se habló en capítulo anterior. En tanto que régimen es el Derecho vigente, las normas en uso, sentido en el cual comúnmente es más referido.

La ideología política puede reflejarse en el orden jurídico, ya que la aplicación de las normas se identifican como un conjunto de medidas políticas en el sentido de preservar la armonía de intereses de la vida social; luego, se puede hablar de orden jurídico correspondiente a regímenes políticos, como Orden Jurídico Capitalista, Neoliberal, Comunista, Corporativista, donde los elementos ideológicos característicos de cada uno de estos regímenes precisan el estilo de orden jurídico que les corresponde. Con frecuencia el análisis teórico hace referencia a los "prototipos" o "modelos ideales" de un orden, que no tienen una vinculación con la realidad y en consecuencia no se cumplen, de igual manera como ocurre con los "modelos económicos" o "modelos políticos".

Puede darse una cierta zona gris entre los regímenes políticos y el orden jurídico vigente o régimen jurídico, pero no una contradicción de principios. Así, cuando el neoliberalismo toma instrumentos o figuras del Capitalismo o del Socialismo, no es contradictorio con su propio régimen, sino traduce una realidad dentro de un orden que con objetivos más amplios orienta la conducta hacia fines mayores.

Por otro lado, también existe y se habla de un orden económico que se hizo patente a partir de la primera mitad del siglo XX y que se entiende como una relación entre los fenómenos materiales y las necesidades como un hecho; así como el conjunto de reglas que buscan regular el comportamiento de los sujetos económicos. De esa manera el orden económico sería el campo de los hechos concretos.

Max Weber explicando estos dos distintos órdenes dice que el orden jurídico es el campo ideal del deber ser, en tanto que el orden económico es la esfera de los acontecimientos reales<sup>173</sup>. De tal mane-

---

173. Max WEBER. *Op. cit.*, V. I, pp. 251 y ss.

ra que se podría decir que el orden económico es una parte del orden jurídico o que ambos se complementan.

Grau describe el orden económico como "...el conjunto de principios jurídicos de conformación del proceso económico, desde una visión macro-jurídica, conformación que se opera mediante el condicionamiento de la actividad económica a determinados fines políticos del Estado"<sup>174</sup>.

Pero el orden en cualquiera de los sentidos es un ideal, una cuestión posible, envuelve una preferencia por determinadas situaciones y una apreciación de lo que debe ser y los hechos sociales, por lo que habría que pensar en un suborden que vincule ambas órdenes.

## 1. CONCEPTO Y SENTIDO DEL ORDEN JUSECONÓMICO

Intentaremos dar una explicación de lo que puede ser el orden juseconómico. Hay unanimidad en la doctrina y en lo que se entiende por orden jurídico, pero hay pocos antecedentes del orden juseconómico como una explicación de conjunto de la verdad económica y de la orientación justa o justa-verdad.

Distinguimos, al hablar de orden jurídico, la consideración jurídica y la económica. "La primera se pregunta lo que idealmente vale como Derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como una norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica"<sup>175</sup>. La consideración jurídica es la expresión

---

174. Eros Roberto GRAU. *A orden econõmica na constituição de 1988*, p. 72.

175. Max WEBER., *Op. cit.*, p. 251.

correcta de una determinada regla de conducta, que orienta, condiciona o regula la acción de un individuo y de una comunidad; en tanto que la apreciación económica es la vinculación que subjetivamente hace la sociedad en su conjunto con esa realidad que es objeto de tratamiento de la regla. Los sujetos orientarán su quehacer, dispuesto por la norma, en razón de la fuerza, premio o sanción de ésta respecto de la realidad que se pretende modificar, impulsar o redirigir.

La doctrina jurídica ha sostenido la vinculación que debe tener la norma con la realidad social para que aquélla sea respetada, seguida y cultivada. La confirmación es esencial cuando lo que se quiere es mantener un esquema de mercado, orientar la sociedad hacia específicos lineamientos de política o recomponer una situación dada.

La vinculación de lo económico y lo jurídico es tan estrecha e intensa que algunos afirman que hemos entrado en un proceso de desjuridización del Derecho; cuando en verdad lo que ocurre es una realidad distinta e imperiosa que afecta con nuevas figuras a un derecho tradicional que no siempre tiene una respuesta o un instrumento idóneo. El explicable razonamiento ponderado de la doctrina clásica no acepta con rapidez un modelo juseconómico como de un orden. El temor está probablemente en querer catalogar estos hechos como susceptibles de explicación u objeto de las disciplinas clásicas del Derecho, cuando de lo que se trata es de una vivencia y connotación nueva, como afirma Claude Champaud<sup>176</sup>. El Derecho Económico es un orden jurídico que responde a una civilización en proceso de formación. Se trata de un orden distinto en el que tienen cabida las reglas jurídicas y los hechos económicos. Un orden jurídico con contenido y objetivos económicos que se expresan a través de un conjunto de principios y de instrumentos armónicamente dispuestos. Por ello es que se pueden presentar diferentes ordenes juseconómicas, según sean las características del sistema.

Albino de Souza encuentra, en lo que él llama Orden Jurídico-

---

176. Claude CHAMPAUD. *Contribution a la definition du droit economique*, p. 217.

Económico, datos ideológicos que definen el modelo económico que la estructura política haya adoptado y transformado en principio de Derecho, por su consagración en el texto Constitucional; e incluso la legislación ordinaria, que es instrumento de efectivación de la política económica, corresponde a la ideología acogida,<sup>177</sup> aunque esa ideología –resalta el autor brasileño– no está referida “...en el sentido filosófico amplio... sino en aquella definida en el Derecho positivo; en el estado de Derecho, por la Constitución vigente en cada país de Derecho escrito; y por los principios generales aceptados en la hipótesis del Derecho consuetudinario”<sup>178</sup>.

Ese orden busca armonizar la actividad y los intereses de los sujetos, sean particulares o públicos, sean individuales o colectivos, que de cualquier modo se ven afectados o influenciados por medidas de política económica.

La orientación de los sujetos hacia criterios de política económica es la característica sino de un nuevo orden, de un suborden que denominamos juseconómico. No es únicamente la conducta del individuo lo que se pretende orientar, es la colectividad, la sociedad en su conjunto. Los grupos colectivos, (empresarios, consumidores, trabajadores) son orientados hacia determinadas formas de conducta que preserven la justa verdad y el bienestar de esos mismos grupos.

Este suborden juseconómico, encajado en el orden jurídico, posee caracteres específicos: colectividad, eficiencia y justa verdad. El primero considera la acción dirigida a ordenar la conducta de la sociedad en su conjunto a través de sus instituciones sociales intermedias (sindicatos, empresas, consumidores, asociaciones), del Estado (en su vinculación económica a través de sus empresas públicas, autarquías o fideicomisos) y la propia persona (en razón del bienestar del individuo). La eficiencia está dada por los menores costos sociales en que se debe incurrir para lograr los objetivos del bienestar, de la

---

177. Washington Peluso ALBINO de SOUZA. *Primeiras linhas de direito económico*, p. 139.

178. Washington Peluso ALBINO de SOUZA. *Op. cit.*, 3a. ed., 1994, p. 27.

obtención de la "mayor ventaja" de la que hablaba Weber, o "del menor daño" del que habla Coase. La justa verdad es la expresión legal de la norma, la búsqueda eterna de la justicia que persigue el Derecho.

El suborden juseconómico es una unidad que actúa dentro de la realidad histórico-social, en la que juegan la búsqueda de la justicia y racionalidad en el disfrute de los bienes. La realidad económica es ajena y distinta de una realidad vivencial; es una efectividad que interviene casualmente en el mundo externo y donde es posible percibir la efectividad subjetiva del individuo de obtener la justicia y la condición objetiva de los recursos, la producción y la distribución de los mismos. Hay una conexión de la naturaleza, medioambiente y la cultura, que no son factores de la realidad social, sino estímulos u obstáculos de la trascendente realidad: la actividad del hombre. La colectividad, como carácter de este suborden, representa, además de las relaciones entre las instituciones sociales intermedias y el Estado, al hombre real actuando bajo las condiciones económicas y culturales del mundo que lo circunda.

Tal suborden es no sólo una expresión teórica, sino una necesidad que tiene que ser incorporada al Derecho, toda vez que el orden económico recientemente precisado a inicios del siglo XX introdujo elementos que vistos de manera independiente darían una visión parcial del fenómeno social y la conducta del hombre, ya que el orden económico es un conjunto de reglas y principios que institucionaliza un determinado orden, una forma o medio para la actividad económica. Pero cualquiera sean las orientaciones –liberal, intervencionista o socialista– o los modos de producción, no se pueden ejecutar, ni aplicar sin un contenido jurídico.

El orden juseconómico sería la conciliación y el campo de convergencia de dos sistemas jurídicos que han vivido aislados y distantes: el sistema romano-germánico, al que pertenecen, con una sola variante, todos los países de América Latina, y el sistema anglosajón. Tanto el análisis económico del Derecho, con su instrumental y aplicación del método económico para administrar justicia, para permitir al individuo una mayor discrecionalidad al apreciar los hechos, los contratos, las indemnizaciones, los fenómenos sociales, como el De-

recho Económico, con su énfasis en la regla escrita, sus categorías y técnicas, tienen principios válidos, pero también distintos de poder emplear intrasistemáticamente sus métodos y su modelo de interpretación de los fenómenos jurídico-económicos cuanto la ley escrita. Este orden juseconómico busca vincular los dos sistemas dentro de los cuales operan, cada vez con más frecuencia las unidades económicas (empresas, corporaciones transnacionales, entidades gubernamentales), los factores de la producción (mano de obra especializada, capitales, *commodities*), así como figuras contractuales y cláusulas de estabilidad jurídica (*hardship*, *ultra vires*, *joint ventures*), que nos muestran que hay un fenómeno económico que abarca diferentes sistemas, que circula entre ellos y que busca un contenido y ropaje jurídico.

La Juseconomía, es la instancia de un todo complejo —el mercado, el individuo y la sociedad— dotado de eficacia propia, que se manifiesta en una relación de causalidad estructural resultante de la interacción y, sobre todo, vinculación de lo jurídico con la instancia económica del complejo social. Así pues es que entendemos que tal suborden es el juseconómico.

Es una verdad incontrastable que todo el acontecer económico de estos días, evidente a partir de los años 80, se hace no sólo entre diferentes Estados con regímenes jurídicos distintos, sino dentro de diferentes sistemas que obedecen a culturas también disímiles que, en consecuencia, tienen reglas, métodos y categorías para cada situación. Esos fenómenos nacidos en un sistema concreto tienen efectos o se ejecutan en otros sistemas, surgiendo la duda respecto a cuál es la regla de protección jurídica, cuál es el sentido del cumplimiento, cuál es la responsabilidad de las partes, cuál es el concepto premial. En el propio campo penal, el sistema romano-germánico ha sido renuente a permitir que el inculpado declare bajo juramento o se autoinculpe, es el juez quien tiene que descubrir, y el inculpado muchas veces mentir. Situación contraria es la del sistema anglosajón, donde el autor negocia su pena con el propio juez. Todo ello está siendo admitido en los regímenes penales latinoamericanos, a veces, con sorprendente unanimidad. Ésa es una manifestación de una relación entre los sistemas debido a un mundo interdependiente y coinfluyente.

El individualismo, producto del Renacimiento, que se reflejó en las legislaciones y en el comportamiento económico y que es el resultado de la secularización de la idea del absoluto valor del alma individual, convertida en categoría de autonomía absoluta, llegó a consagrarse en diferentes sistemas jurídicos y admitidos por la propia cultura de los pueblos. Ese individualismo no es reñido con el sentido social y colectivo, que admita igualmente una consideración por la sociedad en su conjunto y que atienda sus necesidades. Hay una "persona individual" y una "persona social" o como las llama Herman Heller siguiendo a Scheler, "Persona íntima y persona social"<sup>179</sup> que forman una unidad. Ese individuo no se halla sustraído del influjo social y de lo económico, adquiriendo expresión la afirmación común de cuerpo y alma. Las alegaciones que se hagan sobre la eficacia económica y la racionalidad con que el hombre opta sus bienes son asertos del cuerpo, como factor de efectividad social. Luego, la realidad juseconómica, apreciada para efecto de estudio del universo de la realidad social, aparece, como el hombre, penetrada de una trascendencia, de un valor por encima de las limitaciones físicas, del espíritu; pero que al igual que el hombre no puede ser considerada únicamente espíritu, pues sería incompleta y como tal falsa, sino en conjunto con el lado material, que es el que mueve los resortes económicos.

Algunos autores, Friedmann, Trazegnies, hablan de un nuevo Derecho, con un nuevo orden, como una categoría histórica, proporcionando los fundamentos para apreciarlo por contraste con situaciones pretéritas. Robert H. Haveman, Duncan Kennedy, David M. Trubek, entre otros, refieren la presencia de actitudes económicas (ganancia egoísta, competencia, dominio del sistema) frente a respuestas a los estímulos jurídicos en la medida en que éstos están respaldados por sanciones materiales aplicables en caso de desobediencia. La efectividad del Derecho se basa fundamentalmente en un sistema de sanciones que tiene su correlato en la teoría de los precios. Cuando no existen sanciones –dicen los autores– el Derecho carece de influencia sobre la conducta.

---

179. Herman HELLER. *Teoría del Estado*, p. 87.

Una distinción de esta vinculación que explica la posibilidad de un nuevo Derecho es la existencia también del premio como instrumento para lograr su efectividad. No sólo la sanción, que con razón se expone, sino también el premio, la retribución como medio para lograr la eficacia de la norma. Es menester explorar estos nuevos instrumentos, cuya singularidad, sólo aplicable a criterios juseconómicos (no hay premio en el Derecho civil, ni en el Derecho penal, pues el caso de redimir la pena por el trabajo es una medida administrativa que no puede ser considerada nunca como un premio, sino como una facilitación del cumplimiento de la sanción) nos permiten afirmar -sin negar la osadía- la existencia de un suborden juseconómico que, además de los tres elementos ya expuestos, tiene expresión particular.

Un importante tratadista francés, como Claude Champaud, dice que "no es una nueva rama del Derecho" y que "el error consiste probablemente en querer definirlo en cuanto disciplina jurídica", siendo que es más bien "un espíritu jurídico a un cuerpo de reglas diversas". Por su parte Vasseur dice que es más bien una manera totalmente nueva de apreciar, de estudiar el Derecho en función de nuevas necesidades. Así comentando este nuevo fenómeno dice: "de este modo, el Derecho Económico aparece a partir de ahora como una manera de encarar -y tal vez de sentir, en función de las necesidades de la economía- los problemas del Derecho"<sup>180</sup>. De una manera más precisa, Jacquemin y Schrans encuentran que "el Derecho Económico no es una nueva materia jurídica sino una nueva óptica frente a las materias tradicionales"<sup>181</sup>. Esta nueva forma de enfrentar los fenómenos económicos, que tiene un método, suscita un análisis, orienta a los jueces y además tiene figuras propias, nosotros la llamamos Juseconomía, como una disciplina con su contenido metodológico y analítico que puede ser utilizado en diferentes sistemas jurídicos.

---

180. M. VASSEUR. *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, p. 517.

181. A. JACQUEMIN & G. SCHRANS. *Le droit économique*, p. 90.

## 2. AUTONOMÍA DEL DERECHO ECONÓMICO

Es harto difícil hablar de autonomía de una disciplina jurídica. Aun aquellas que tienen tradición en la ciencia, como el Derecho civil, administrativo, comercial o tributario, siguen debatiéndose en zonas grises de independencia, precisamente porque es difícil hallar una rama del Derecho que emane de sí misma y que una vez reconocida viva independientemente aislada de las otras. En el caso del Derecho Económico es más difícil aun por su origen reciente y constante evolución. Su mismo concepto ya sugiere la cambiante condición de su naturaleza. Cerexhe afirma: "Es cambiante e imperativo. Cambiante, en primer lugar. El Derecho Económico evoluciona en sus conceptos y en su dominio como la política económica al servicio de la cual se encuentra. Lejos de su fingido, las reglas de Derecho Económico se transforman necesariamente en el tiempo..."<sup>182</sup>.

Los cambios socioeconómicos, tecnológicos e informáticos propician los dispositivos juseconómico y consecuentemente el interés. La modificación o alteración de los asuntos económicos para regular los cambios sociales significan el planteamiento de fórmulas y objetivos de política económica donde la mayor o menor fuerza para alcanzarlos y obtenerlos representa ese segundo carácter del Derecho: el imperio. A su vez, las transformaciones tecnológicas, el dominio del conocimiento afectan también los criterios de propiedad, posesión y aun los de soberanía.

El Derecho Económico es imperativo "porque no tiende solamente a asegurar un control, pero una dirección de la economía. Este carácter será más marcado mientras que el poder sea más fuerte y mayor la voluntad de establecer un régimen de economía dirigida"<sup>183</sup>. Ha de ser más singular señalar un régimen de economía intervenida o intervencionismo estatal, pues ésta es la acción más efectiva y positiva para efectuar la actividad económica y porque, como lo señalamos en su oportunidad, el dirigismo es un aspecto particular de la

---

182. Etienne CEREXHE. *Op. cit.*, p. 208.

183. *Ibid.*

intervención. Por ello es razonable la afirmación de Cerexhe cuando señala economía dirigida como economía afectada u orientada y no como concepto de sistema de control de la actividad económica.

Es posible que muchos estudiosos también vean estas características en otras ramas. El Derecho administrativo considera una serie de normas concernientes a la intervención administrativa en la vida económica. El Derecho civil reglamenta la actividad económica de los particulares a través de la regulación de los intereses, el estelionato, el campo contractual. El Derecho mercantil abarca un campo aun más vasto de instituciones, como el de la unidad económica, la quiebra de las sociedades, los títulos valores, su convertibilidad. Son normas de expresión económica que no han de confundirse con objetivo económico, que es lo singular de esta rama; por ello es conveniente detallar los fundamentos de la autonomía y las diferentes corrientes que le niegan la existencia y buscan impedir su reconocimiento.

## **2.1 Fundamentos de la autonomía**

Para demostrar la autonomía de cualquier rama del Derecho se requiere que ésta:

- Posea un número suficiente de normas y reglas de conducta.
- Tenga principios propios.
- Posea y articule institutos y figuras jurídicas singulares.

Nadie puede negar la cantidad de dispositivos legales con expresión económica que se dan en la actualidad, cualquiera sea el régimen político. Normas sobre el monopolio, inversión extranjera, planeación, crédito, intereses bancarios legales, cambio, estructura y composición del capital de las instituciones financieras, comercio exterior, inversión, subsidios, son comunes; sin dejar de mencionar los dispositivos sobre represión de los abusos, la sanción de los denominados delitos económicos o comúnmente llamados de "cuello blanco", que cada día son más sucios, pues afectan a grandes sectores de la sociedad, así como la represión al contrabando o al tráfico ilegal de derechos autorales. Muchas de esas normas son muy antiguas. En la época de Carlo Magno se estableció una tasa de los

precios y una política de prosperidad en diversas direcciones, así como la reforma monetaria y los sistemas de pesos y medidas, algunos de los cuales, como el pie cuadrado, se usan hasta la fecha. Federico Barbarroja también estableció tasa de precios y un acuerdo aduanero con Inglaterra que favoreció a los comerciantes alemanes. Federico II estipuló una política fiscal que favoreció a los comerciantes ricos. El Libertador Simón Bolívar promulgó un decreto (Trujillo, 18 de marzo de 1824) que estableció la pena de muerte para los empleados públicos que facilitarían el contrabando.

Esta rama tiene principios propios y únicos, como es el premio como forma de procurar el acatamiento de una conducta determinada.

En otras ramas del Derecho existe el principio de la coacción y la sanción como consecuencia de una conducta diferente y contraria a la señalada por la norma. Frente a una disposición determinada, su incumplimiento o desobediencia lleva consigo una sanción. En el Derecho Económico existe además el premio, la retribución. Los objetivos de política económica, con el propósito de propiciar e incentivar la actitud de los sujetos, otorga premios y retribuciones a aquellos que cumplen o acatan la norma. Aquí está su originalidad. El beneficio para los sujetos que cumplan la ley.

Las primas para promocionar la exportación. En América Latina durante todo el decenio de los años 80 y aun en los 90, los certificados de reintegro tributario a las exportaciones son un caso típico de legislación juseconómica que conlleva una retribución o premio. Y en la casi totalidad de los países de América Latina, dentro de sus políticas de promoción de exportaciones, se premia con la exoneración de tributos, incluso los Derechos consulares y otros impuestos, aparte de condiciones especiales de crédito y medidas específicas de fomento, a todo sujeto que logra la exportación de manufacturas no tradicionales. Igualmente, podemos mencionar las exoneraciones tributarias para desarrollar determinadas zonas geográficas, como la Ley de Fomento a la Selva en el Perú (Ley N° 15600) o la legislación de zonas francas o puertos francos en América Latina.

La sanción y la coacción están tan íntimamente unidas a una obligación jurídica que en su expresión más resaltante, la opinión de Kelsen, no es admisible una ciencia del Derecho que no lleve la noción del acto coactivo.

La sanción, en la terminología usual, posee una carga semántica que la aproxima mucho a las ideas de castigo y penalidad. Así lo adoptan casi todos los juristas y estudiosos de la filosofía del Derecho. Sin embargo, este término ha de tener una mayor amplitud, y el Derecho Económico lo consigue y especifica. Englobamos, pues, en el concepto sanción a todo tipo de respuesta o de efecto jurídico que trae consigo una ley o una obligación jurídica. Éste es uno de los principios más importantes de la Juseconomía. Como bien apunta Moore Merino, en muy contadas ocasiones había operado el orden jurídico con los conceptos de retribución y premio. En efecto en todas las otras especialidades la sanción y el peso de la coacción son la base de su seguridad.

Es posible que la distinción metodológica entre normas imperativas, que ordenan e imponen obligaciones, y normas permisivas, que establecen derechos o facultades, se presenten como oposición al tema de que la retribución y el premio es un principio original y propio del Derecho Económico. Sin embargo, la ley que concede un derecho o que establece una facultad es permisiva sólo de un modo muy relativo y débil. Así lo asegura Suárez y lo comenta Luis Diez Picazo. "Una ley concede, permite o faculta a una persona sólo en cuanto al mismo tiempo otros quedan obligados"<sup>184</sup>. Una situación se convierte en facultad, en atributo de una persona natural o jurídica, sólo en cuanto hay otras que deben abstenerse y respetar una situación dada. De allí el que todo derecho y facultad de una persona signifique la obligación de otras que deberán abstenerse de ejercer actos contrarios a esa situación o, lo que es más, permitir el ejercicio del Derecho y facultad que reviste a la primera persona. No existe en rigor dos tipos de norma, sino más bien dos aspectos de una.

---

184. Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, p. 68.

Los hechos y su plasmación normativa que hemos citado en acápite anteriores, sobre premios y retribuciones, no son normas permisivas, pues no se exige al resto de personas su obligación y comportamiento frente a aquello, sino que se otorga independientemente de las demás, frente al cumplimiento de su supuesto dado.

Otro de los principios propios y auténticos es el de la primacía de la realidad, consistente en la aplicación de la norma legalmente establecida para el acto jurídico cuyo efecto económico origina y determina circunstancias típicas y propias por su función; y no para aquellos actos que por su estructura representan otras características. La primacía de la realidad de los actos jurídicos en razón de su función, de su propósito mismo, de su intención, antes que de su estructura. Aun cuando este principio no es exclusivo del Derecho Económico pues se da, igualmente, en otras ramas, alcanza el meollo mismo de su objeto, y no tendría sentido, en verdad, establecer normas de política económica y de ordenamiento o de adecuación de la actividad económica, si su aplicación no se encaminara primariamente a la realidad en que se presentan y ocurren. A esa íntima relación entre la naturaleza y la satisfacción de las necesidades económicas, Olivera la denomina como "encuadramiento funcional" que "rige en el Derecho Económico por virtud de la índole de su objeto"<sup>185</sup>.

El principio de primacía, por el cual ha de aplicarse la ley al acto en razón de su auténtica realidad y no de su contextura, no significa una labor de interpretación jurídica, sino de exclusiva aplicación. Instalación de los hechos reales en el lugar exacto y determinado de la norma o la ley, conexión de hechos y las normas.

Este principio es importante para prefiar la naturaleza de determinadas situaciones, como el caso del fraccionamiento de la titularidad de las personas jurídicas, que ha de verse no en razón de su automatización sino de su conjunto. Allí, entonces, el caso del conjunto económico, principio que es utilizado para efectos tributarios de la renta. A este caso se le conoce como un acto irreal. No

---

185. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 37.

pretendemos, y ya lo hemos advertido, sostener que sólo a través de instrumentos fiscales se consigan objetivos de política económica. "Se necesita no sólo actuar desde el lado de la demanda, sino también desde el ángulo de la oferta o estructura de la producción"<sup>186</sup>. Es una actuación de conjunto, propósito de una disciplina con principios propios. Acto indirecto, en cambio, que es otra de las manifestaciones jurídicas que han de estudiarse bajo la luz de este principio, es el sometimiento de un negocio jurídico a un envase que no le corresponde, pero que actúa de acuerdo a su esencia.

Finalmente, la disciplina posee institutos y figuras jurídicas singulares. Las prioridades, el permiso de asignación, son los más importantes y sólo surgen con objetivos económicos, como se verá en el Capítulo X.

La doctrina esboza fundamentos para sostener la autonomía. José Wilson Nogueira de Queiroz reconoce la existencia de normas y principios propios. Francois de Kiraly fue uno de los primeros defensores. Moore Merino expone tal vez los mejores fundamentos. Hugo G. Olivera y José Nabantino Ramos le reconocen suficientes aportes para merecer la posición de una especialidad. El campo de disciplina, sus reglas que no permiten ninguna confusión, las claras relaciones que mantienen con otras disciplinas son las razones que expone Washington Peluso Albino de Sousa para concluir en la autonomía.

A su vez, Farjat reconoce la existencia del Derecho Económico, como Jeantet, quien lo presenta como "una nueva disciplina científica y práctica" y "una nueva rama del sistema jurídico"<sup>187</sup>.

Sin embargo, debemos reconocer que otros autores que han efectuado importantes aportes al conocimiento de esta rama no tratan el tema. Así, Julio Vega o Héctor Cuadra, aun cuando exponen con

---

186. Julio VEGA M. *Op. cit.*, p. 96.

187. F.C. JEANTET. "Aspects du droit économique", *Études de droit commercial offertes* pp. 379 y 414.

claridad el objeto y la ubicación, no evocan el problema de su contenido ni se animan por defender su independencia, a pesar que le reconocen autonomía relativa<sup>188</sup>. Donde hay una abundante literatura es en la determinación de su naturaleza pública o privada.

Desde una óptica ideológico-política, Oyarzún expresa "El trascendental papel que corresponde al Derecho en el actual estado de desarrollo de la economía socialista exige, entre otras cosas, una concepción teórica integral del Derecho Económico, en calidad de disciplina jurídica autónoma, y exige del mismo modo un estudio profundizado de los nexos entre el Derecho Económico y otras disciplinas de Derecho Socialista, como el Derecho Socialista Administrativo, el Derecho Socialista del Trabajo y el Derecho Socialista Civil..."<sup>189</sup>.

## 2.2 Tesis que le niegan autonomía

No se puede desconocer las opiniones de quienes adentrándose en el estudio de los aspectos juseconómicos concluyen en negarle autonomía. Éstas han partido curiosamente, casi de manera unánime, de los especialistas en Derecho Administrativo, tal vez temiendo que una nueva disciplina reste contenido al análisis de la cosa pública y de la administración del Estado y del contenido de su propia especialidad. El jurista argentino Enrique Aftalion transmite una gran prudencia al hablar de la autonomía del Derecho Económico. En verdad, dice, hay mucho de seudoproblemas en estas cuestiones y no es correcto hablar de nuevas ciencias, de autónomas ramas del saber, cada vez que nos encontramos con criterios contingentes para efectuar nuevas formulaciones sistemáticas de los datos dogmáticos de un ordenamiento jurídico<sup>190</sup>. Luis Meilan considera que es una exageración la construcción del Derecho Económico como ciencia jurídica

---

188. Héctor. CUADRA, *Reflexiones sobre el Derecho Económico*, pp. 38 y ss.

189. Rubén OYARZUN G. *El derecho económico en las repúblicas socialistas*, p. 23.

190. Enrique R. AFTALION. *Derecho penal administrativo*, p. 35.

ca autónoma, ya que la afirmación de estrecha dependencia entre Economía y Derecho ha llevado al punto exagerado de construir un Derecho Económico. De la misma manera, como luego A. de Laubadere, no concibe una real autonomía, clara y objetiva, ya que sostiene que es más bien un aspecto del Derecho Administrativo general, al que está vinculado<sup>191</sup>. En tanto que René Savatier habla que el contenido económico de las normas es "una diagonal fulgurante" que atraviesa todo el Derecho sin que ello signifique una división, concluyendo que esta rama es más bien un método de aproximación interdisciplinaria.

Sin embargo, como se ha demostrado, posee principios, reglas y figuras propias no repetidas en el Derecho Administrativo. O como Héctor Cuadra<sup>192</sup> dice, tiene elementos originales "posee cierto particularismo con relación al Derecho Administrativo. Ese particularismo aparece, sobre todo, en las instituciones de la administración económica, en ciertas nociones originales (la de plan, la de empresa nacional, etcétera) y, por último, en el contencioso y el fondo del Derecho aplicable".

Otros autores señalan que se encuentra inmerso dentro del mundo de las ciencias jurídicas, sin percibir que muchas de sus ramas tienen en su contexto elementos de otras, y no por ello pierden autenticidad. Uno de ellos, Uribe, dice: "Este derecho no está formulado aún como sistema legal autónomo. En verdad, salvo algunas normas que eventualmente pudieran aislarse como raros ejemplos para demostrar lo contrario, toda norma legal contiene también un evidente sentido económico"<sup>193</sup>. Llega a esta conclusión por dos fundamentos: a) Existe una dificultad jurídica, pues hay que contraponer al Derecho Económico un Derecho no Económico; b) Todavía tiene (aun cuando no en forma absoluta, como el mismo autor admite) una carga económica.

---

191. A. de LAUBADÉRE. *Droit public économique*, pp. 39 y 45.

192. Héctor CUADRA. *Op. cit.*, p. 29.

193. Carlos URIBE GARROS. *El derecho de la economía*, p. 351.

Ambos criterios son discutibles. En primer lugar, la autonomía de una disciplina no se da en tanto origine o no la presencia de otra distinta y contraria; no es posible admitir que exista una rama verdadera y otra falsa, un Derecho Económico verdadero y otro simulado; como si el Derecho Civil, por ejemplo, fuera autónomo sólo y en cuanto hubiera un Derecho no civil. En el mundo social las normas jurídicas no se desarrollan en el ámbito de lo verdadero o lo falso, pues el Derecho establece soluciones que buscan la justicia. En segundo lugar, si bien existe gran cantidad de leyes con elementos económicos, ello no resta posibilidad de que distintas ramas den en cada caso una visión especializada.

Los que niegan la autonomía arguyen que el objeto del Derecho Económico existe ya como parte de la realidad jurídica, y aunque de modo incompleto también se halla examinado en otras ramas del Derecho. Se pueden refutar estas consideraciones con las palabras de Moore Merino: "... si bien es efectivo que sus institutos se hallan repartidos en su esencia en las distintas ramas del derecho tradicional, no es menos cierto que una visión sistemática y de conjunto sólo la puede ofrecer una rama especializada y, al menos, formalmente autónoma"<sup>194</sup>.

Pero tal vez los propios defensores de la autonomía de esta rama han dado argumentos para su objeción cuando al fundamentarlo le han dado una connotación de preeminencia y supremacía hablando de otras subramas, o derivaciones, como Derecho Económico Administrativo o Derecho Económico Penal o otras especialidades. Lo que ha llevado a autores como Prosper Weil a expresar su duda de que el factor económico "sea fuente irreductible de especificidad jurídica" y que cada una de las supuestas subramas, como el caso particular del Derecho Internacional Económico, no sólo no sea una disciplina autónoma, sino una "simple comodidad del lenguaje" por lo que de un modo general es escéptico en lo que respecta a la autonomía del Derecho Económico<sup>195</sup>.

194. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 60.

195. Prosper WEIL. "Le droit international économique: mythe ou réalité?". *Aspects du droit international économique*, pp. 3 y ss.

### 3. CODIFICACIÓN

Hablar de codificación, que es ordenación y selección de leyes, es aludir a un proceso histórico que se inicia en la vida del Derecho con el Código de Manú o el Código de Hammurabí y que alcanza su plenitud con el Corpus Juris Civile de Justiniano, sin que se pueda decir que haya concluido aún. Hasta ahora son frecuentes las polémicas en torno a la codificabilización o no de las ramas especializadas del Derecho. Son harto conocidas las discusiones que a principios del siglo XIX sostuvieron Thibaut, partidario de la codificación, y Savigny, que se distanciaba de ella. Siguiendo a Savigny, y en el presente, Legaz y Lacambra señala que "... el código, culminación del intelectualismo jurídico, implica fatalmente un colapso de la fecundidad jurídica creadora y un predominio de la exégesis al margen de toda preocupación verdaderamente científica"<sup>196</sup>. Uribe Garros, basado en la variabilidad del fenómeno económico y el carácter instrumental de la rama respecto a la política económica, afirma que el Derecho Económico "no es codificable a la manera como se integran las normas positivas en las demás ramas jurídicas, debido a la gran velocidad que asumen los cambios y a su evidente dispersión"<sup>197</sup>. Sostiene que si las normas juseconómicas existen para implementar la política económica, la misma que es coyuntural y dinámica, no es posible constreñir el Derecho Económico en un código, pues una vez cumplidos los fines específicos previstos en cada norma, ésta se torna inaplicable o debe sustituirse por otra más eficaz, según las circunstancias.

Los partidarios del código señalan que éste cumple función pedagógica, pues permite una divulgación racional de las normas y es un medio de transmisión de ideales de vida y de justicia. "No puede la legislación codificada caer poco a poco en desuso porque, formando como forma un todo orgánico e indivisible, sus partes coordinadas entre sí se prestan vida recíprocamente. No puede tampoco caer en

---

196. Luis LEGAZ Y LACAMBRA. *Op. cit.*, pp. 95 y 96.

197. Carlos URIBE GARROS. *Op. cit.*, p. 352.

olvido porque merced al plan metódico en que exponen las normas jurídicas para facilitar su estudio y su inteligencia, la codificación hace las veces de un medio de promulgación permanente”<sup>198</sup>.

Entre esos dos extremos está la posibilidad de codificarlo, o dejar que las normas se articulen y adquieran explicación con la ilustración doctrinaria u ordenar los principios básicos sobre los cuales se pueden edificar las leyes y los reglamentos con contenido y objeto económicos.

Precisamente la juventud de la disciplina es motivo racional para expresarlo en código, pues al contrario de quienes sostienen que congelaría su desarrollo e impediría su fecundidad y progreso, dada sus características especiales, más bien procuraría una labor pedagógica divulgando sus principios.

La racionalización que significa el código cumple, realmente, una función profunda; excluye la atadura a la tradición así como la arbitrariedad, permite el aprendizaje de los juristas. Su función pedagógica forma el sedimento de las primeras experiencias jurídicas y los más elementales esquemas, no sólo en el ámbito académico de las facultades, sino en el acontecer de la vida misma. La codificación tiene su fundamento último en la conveniencia de sustituir un sistema de práctica jurídica, empírica o casuística por un sistema técnico; en la sustitución de una formación artesanal, que aún signa la juventud de la disciplina, por una elaboración racional y suficientemente metodológica. La sistematización de las normas permite su simplificación.

Frente a la novedad de algunas instituciones juseconómicas y al contenido y objeto de las reglas de esta disciplina es recomendable un código, pues permite la expresión simplificada del Derecho Económico.

Por ejemplo, el Consejo Económico y Social francés es un principio de Derecho Económico inserto en la Constitución de Francia que

---

198. Valentín LETELIER. *Génesis del Derecho*, p. 478.

consagra una representación de los sectores económicos desconocida por la concepción tradicional de la representación política basada en el principio de la soberanía nacional. Ese órgano y sus funciones merecen un cuerpo orgánico que provea a la acción económica de una estructura formal.

La mayor parte de los dispositivos sobre política económica utiliza un lenguaje que presenta cierta complicación. Es un lenguaje críptico y hermético que tiene que ser aclarado a través de un sistema como el código. Sin embargo el código juseconómico no ha de agrupar el íntegro de normas positivas, sino los principios fundamentales. En el Perú ya existe un antecedente, el Código Tributario, que esboza las reglas de juego, los principios, pero no la totalidad del ordenamiento tributario. Su formulación ha permitido la consolidación de los sujetos del tributo y, a no dudarlo, la formación de buenos especialistas, que han contado con un conjunto armónico de principios dentro de los cuales juegan todas las otras normas tributarias, aun de vida limitada.

Una tendencia valiosa es la de la doctrina brasileña que recomienda la elaboración de un código que consolide sus principios y los dispositivos legales dispersos.

Es necesario advertir que no sólo es Derecho Económico lo codificado, sino también otros textos, como son las leyes específicas. Así ocurre en países que han promulgado códigos económicos, como en la ex Checoslovaquia, que no regula todas las relaciones económicas sino las que se originan durante el proceso de producción y de circulación.

El código no aglutina la totalidad del ámbito juseconómico, sino una parte importante de él, tal vez los principios. Está al servicio de la aplicación del Derecho y no al revés, por lo tanto puede ser modificado sin que ello signifique alterar su naturaleza.

Como sistema, el código, permite una simplificación que, dada la naturaleza de esta disciplina y el tecnicismo de sus normas, conduce a una dosis de generalización que no es dañina a esta nueva rama. Por el contrario, la generalización de las normas, propias en código,

permite el establecimiento de un esquema juseconómico indispensable y vital para dentro de ese marco aplicar los objetivos de esta rama .

La noción de los derechos económicos no tiene, como afirma H. Cuadra,<sup>199</sup> el mismo fundamento que la de las libertades públicas tradicionales, ya que éstas son en el fondo técnicas jurídicas de protección del individuo contra el Estado, en tanto que aquéllos consagran las obligaciones positivas del Estado frente al individuo. Unas postulan la abstención del Estado, en tanto que las otras su intervención. Luego, son categorías que merecen destacarse en un cuerpo singular de normas y darles su real dimensión e, incluso, explicación. Sin una línea de partida, sin una ordenación, sus normas estarán dispersas y confundidas en otros textos, sin que se aclare los lineamientos de la acción del Derecho en la vida económica. La codificación y sistematización permitirá la decantación del Derecho Económico.

#### 4. LA TRANSGRESIÓN ECONÓMICA

Un buen padre de familia se acerca a una tienda de comestibles y el administrador se recusa en venderle bienes esenciales sólo porque sus compras son pequeñas y demorará mucho en atenderlo; luego, mortificado, se dirige a otra en la que solícitamente lo atienden, pero esta vez los precios son excesivamente caros. Un economista le dirá entonces que priorice sus necesidades y que busque otra tienda, pues en economía de mercado, al consumidor opta por aquel que le satisface más. Sin embargo, un juseconomista le dirá que el tendero ha cometido una transgresión y es pasible de sanción.

La transgresión, que es la conducta adversa a las normas jurídicas, ha alcanzado un inusitado incremento en las sociedades modernas más civilizadas. Ya a principios de siglo, Nicéforo expresaba que la tendencia contemporánea de la delincuencia avizoraba el paso del delito por violencia al delito por fraude. Las transgresiones constan-

---

199. Héctor CUADRA. *Op. cit.*, p. 37.

tes a las normas juseconómicas perturban el cumplimiento de los objetivos de política económica y perjudican al productor, al consumidor y a los factores de la producción. Estas transgresiones deben ser sancionadas, y el Derecho Económico, en razón de su propia esencia jurídica, ha de crear una coacción para que su norma alcance validez de Derecho y regule la acción de los sujetos en la vida económica.

Hablamos de transgresión para no incurrir en deficiencia técnica y hablar de delitos económicos, pues el delito en sí no es ni económico ni político ni religioso, es simplemente un ente conceptual y abstracto.

Las transgresiones se pueden dividir en delitos y faltas o contravenciones, como las denominan algunos estudiosos. Para legislaciones como la alemana, considerada el cuerpo técnico más perfecto, la transgresión a cualquier norma juseconómica puede ser en esencia sólo una contravención, pero si concurren otras circunstancias, como la nocividad a la capacidad de prestación del orden económico, puede considerarse un delito.

Delito contra el orden económico es la conducta y la voluntad de un sujeto de transgredir y alterar las normas de política económica, perjudicando el bienestar económico.

Miranda Gallino señala que delito "es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico: o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño"<sup>200</sup>.

Olivera, quien expresa no es posible dar un tratamiento jurídico unitario a la conducta adversa a las normas de Derecho Económico, vislumbra tres tipos de transgresiones (delitos, contravenciones y

---

200. Rafael MIRANDA GALLINO. *Delitos contra el orden económico*, p. 25.

contravenciones puras) y señala que delito se da cuando la conducta del sujeto vulnera la dirección del proceso económico en su misma base.

En homenaje a una claridad pedagógica y de método estimamos prudente reducirlas a dos: delitos y faltas o contravenciones, pues la contravención pura de la que habla Olivera es acto asimilable a falta, hechos menores que han de ser considerados como tales pues se refieren a incumplimiento de órdenes formales, como sería la de conservar papeles y recibos, ya que como señala el mismo autor "tienen el rasgo general" de no infringir directamente ninguna regulación de mercado"<sup>201</sup>.

El delito contra el orden económico, entendido éste como el equilibrio dispuesto para la actividad económica, violenta la estructura económica de la nación y, al romper el equilibrio de los factores del mercado, perjudica a la sociedad. Ese orden económico está dispuesto en base a principios de política económica e involucra intereses públicos y privados. Luego, el delito contra el orden económico puede afectar a las políticas generales como a los individuos de manera particular. Entonces, también es delito toda aquella conducta que lesione la economía popular, ya que es un bien protegido el interés colectivo y no sólo las políticas económicas que emanen de un régimen económico temporal.

Entendemos por economía popular el patrimonio de la sociedad en su conjunto constituido por los bienes que satisfacen las necesidades primarias, y que es susceptible de ataque o violación por parte de acaparadores, falsificadores o entidades de poder que intervienen en la economía. Este criterio es de real importancia, ya que se añade un bien protegido más. No sólo el orden público económico, sino la sociedad, la economía popular.

Es necesario dejar establecido que, siendo este tipo de delitos una figura centrada dentro de los principios del Derecho Penal clásico, es de absoluta aplicación la regla universal de *nullum crimen sine lege*,

---

201. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 165.

pues es la ley la única fuente generadora y consignadora de estos delitos.

El principio de retroactividad ha sido preocupación desde los primeros analistas del Derecho Económico, habiendo surgido en este punto numerosas cuestiones jurídicas, como el determinar si sus penas tienen efecto retroactivo, en contra del precepto *nulla poena sine lege*. La retroactividad benigna de la norma es de aplicación singularmente limitada en este tipo de delitos, por cuanto las normas juseconómicas son a fin de cuenta de mera situación, para períodos y etapas de la actividad económica. El principio *tempus regit actum*, que caracteriza a las normas de Derecho Económico, hace que la aplicación retroactiva de la *mitior lex*, como garantía de orden constitucional no las alcance por faltarles el grado requerido de estabilidad y continuidad.

Una de las figuras delictivas más frecuentes está referida al permiso de asignación y que puede oscilar entre el uso para sí de un permiso ajeno para el cual fue determinado o asignándole un fin distinto para el que se recibió legítimamente. En el Perú el D.L. 18275, sobre delitos de tráfico de moneda extranjera y la ley contra el acaparamiento y la especulación (D.L. 17681) fueron un ejemplo de ello. Pero también lo son aquellos actos que atenten contra la buena fe que debe presidir las operaciones comerciales e impedir que la libertad de los agentes se convierta en libertinaje. De igual manera, los llamados delitos de sociedades, aunque algunos autores piensan que deben ser tratados por otras disciplinas.

En lo que se refiere a las faltas, éstas son las transgresiones que lesionan los derechos personales patrimoniales y sociales y que por su entidad no constituyen delitos. Son infracciones que sólo afectan las manifestaciones periféricas de la ordenación de la vida económica. Olivera denomina a este tipo de transgresiones como contravenciones, en tanto que la legislación alemana, como una contrariedad al orden.

Tal como lo sanciona el Derecho Penal positivo peruano, las faltas se reprimen sólo en el caso de estar consumadas, sin atender más que al hecho mismo. No cabe la tentativa. Las faltas son pues trans-

gresiones formales que ocasionan daños potenciales, estados de peligro.

En razón a la sanción que se imprime, mientras los delitos se reprimen con pena privativa de la libertad o indemnización, las faltas lo son con multas administrativas.

La ley alemana las define como toda conducta contenida, exclusivamente, con penitencia pecuniaria, que es el nombre que da a la multa administrativa.

Las faltas, además, se aplican a través de órganos administrativos, en tanto que los delitos lo son judicialmente.

Finalmente, la diferencia más importante está dada por la importancia y el bien jurídico protegido que se altera con una conducta determinada. Como ya se ha expresado, cuando la transgresión afecta disposiciones periféricas de la estructura económica, a través de la acción u omisión de dispositivos formales, sustancialmente de tipo administrativo, ocurre una falta o contravención. Es el caso, por ejemplo, de la omisión de llevar registros, mantener determinada documentación o presentar declaraciones oficiales erradas o extemporáneas.

Ahora viene la conveniencia de situar la disciplina legal de tales transgresiones. Algunos opinan que es intrascendente ubicarla dentro de los principios del Derecho Económico o del Derecho Penal, otros ven un Derecho Económico Penal como derivado del genérico, y finalmente, hay quienes mantienen la independencia de las especialidades y prefieren hablar de una legislación especial dentro del Derecho Penal. Allí es donde debe consignarse la normatividad de las transgresiones, con una categoría especial por cierto.

Si creyéramos que estas transgresiones, por su contenido, deben escapar al Derecho Penal, los delitos contra la familia y las buenas costumbres deberían ser objeto del Derecho Civil, y los actos de sabotaje, entrega ilegal de tecnologías y patentes deberían ser materia del Derecho de Propiedad Industrial o del Derecho de Trabajo o del Derecho Societario; así desaparecería el Derecho Penal.

Uno de los errores que con frecuencia cometen los especialistas al defender la autonomía del área del saber que pretenden sustentar es darle un sentido panteísta. Queriendo explicar todo el acontecer de la vida social desde un punto de vista particular y de preeminencia, pretendiendo englobar todo el acontecer social dentro de una sola rama, como sería el Derecho Económico, del que se derivarían otras subespecialidades para cada asunto concreto. Lo peor que puede ocurrir a esta nueva disciplina es pretender que todo es tema de su estudio y que su objeto abarca todo lo que posee un elemento económico, derivando en una falacia de generalización de todo el acontecer jurídico con implicancias económicas. El Derecho Económico es una rama con objetivos claros, entre los que no está la articulación del crimen, pena y medidas de seguridad.

Aftalion<sup>202</sup>, señala que el Derecho Penal Económico no es una disciplina autónoma, sino una rama especial del Derecho Penal Común. Así coinciden Sebastian Soler, como José Nabantino Ramos y Washington Peluso Albino de Souza, quienes indican que la diferencia relevante está en el objeto de cada rama. Asimismo, Miranda Gallino<sup>203</sup> concluye en la imposibilidad de considerar un Derecho Penal Económico, pues se trata de modalidades delictivas especiales que perfectamente pueden y son contempladas por el Derecho Penal clásico. Siendo que las sanciones deben ser múltiples, en cuanto a sus medidas, para que puedan adecuarse a las distintas situaciones que ofrece la estructura económica de un país y cuyo orden es atacado por esta conducta. Por otro lado, una subdivisión del Derecho Económico, que ya es una rama del Derecho, llevaría a una atomización de esta nueva disciplina, que perjudicaría su unidad y haría difícil su comprensión; sin que, en realidad, encontráramos alguna conveniencia específica.

---

202. Enrique AFTALION. *Derecho penal económico*, p. 42.

203. Rafael MIRANDA GALLINO. *Op. cit.* p. 47.

Incluso los que sostienen su existencia, como Esteban J.A. Righi, afirman que el Derecho Penal Económico existe y que sus normas están destinadas a la protección del mismo bien e inclusive tiene características propias, pero sin llegar a ser autónomo<sup>204</sup>.

Aun cuando existen figuras que no siempre son previstas en el campo del Derecho Penal común, como la dominación del mercado, el uso indebido de marcas, el uso indebido de información privilegiada en las bolsas de valores, la simulación negocial, entre otras, ello no nos puede llevar a concluir en la autonomía del Derecho Penal Económico, sino únicamente en la existencia de especiales figuras delictivas, que son una excepción a la regla general del Derecho Penal.

---

204. Esteban J.A. RIGHT. "Derecho penal económico", *Estudios de derecho económico*, p. 96.

## CAPÍTULO X

### PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS

Imaginemos un grupo de empresarios latinoamericanos que deciden formar un *joint venture* en cualquier país de América Latina, en una zona de tratamiento tributario preferencial, sin crear sociedad o corporación alguna, combinando propiedades, capitales, efectos y tecnologías. El emprendimiento envuelve actividades económicas (proyecto, construcción de la fábrica, administración del negocio) y disciplinas jurídicas. Así, el Derecho Contractual, en la constitución del *joint venture*; el Derecho Civil, en la compra del inmueble y en la locación de consultores; el Derecho Laboral en la contratación del personal; el Derecho Tributario, en el régimen que afecta la actividad; entre otras ramas. Pero la acción de los sujetos inversionistas, del propio *joint venture*, de las operaciones de venta del producto en el mercado, de la vinculación de la unidad productiva con los objetivos de política económica, son materia del Derecho Económico.

#### 1. SUJETO Y OBJETO

El Derecho Económico surge, como se ha señalado anteriormente,

a fin de acompañar mediante fórmulas nuevas las grandes transformaciones económicas y sociales. El ordenamiento de las relaciones entre los individuos, la autonomía de la voluntad y el libre ejercicio del comercio han visto nacer nuevos entes jurídicos y nuevas relaciones humanas, modernas formas societarias y recientes negocios. El derecho de los individuos no sólo limita con el de otros hombres, sino, ahora, también con la sociedad. Son sujetos de una nueva relación jurídica y orden económico.

### 1.1 Sujetos

Se entiende por sujeto de derecho a toda persona, natural o jurídica capaz de actos jurídicos. Toda persona o ente jurídico que participa e interviene en un proceso económico disciplinado es un sujeto del Derecho Económico, independientemente de su naturaleza y condiciones anteriores a su presencia en la vida económica regulada.

Olivera señala que son sujetos, entre otros, el agente de mercado, el participe en operaciones de mercado; ocasional o profesional, organizado o no. Así, genéricamente, también lo admite Moore Merino. Para Jorge Witker la extensión es mayor; son sujetos el Estado y sus empresas, las personas jurídicas privadas que actúen en la producción, distribución, circulación y consumo de los bienes y servicios, los particulares en general y también los consumidores.

Cuando un país tiene un plan económico, la entidad que se encarga de implementarlo o da las pautas generales para que se desarrolle, también deviene en sujeto de derecho. Así lo fue el Gosplan en Rusia y así lo es el Ministerio de Planeación en el Japón o los entes planificadores en los países del sudeste asiático.

Resolvemos indicar los sujetos directos: el Estado, cuando actúa en el mercado y cuando establece los lineamientos de política económica; el individuo y el patrimonio de la sociedad en su conjunto; y las empresas en sus diferentes formas.

En la determinación del sujeto también se incluye a la empresa como parte, pero ésta debe merecer otro comentario, pues es un elemento diferenciado de la disciplina. Así lo conciben casi todos los

tratadistas, y algunos han llegado a señalar que este derecho regula únicamente las actividades de la empresa. Uribe Garros señala que "... dos grandes sujetos estudiados abstractamente en la teoría económica, constituyen al propio tiempo sujetos diferenciados en el derecho económico. Estos sujetos son las empresas y los consumidores considerados como polos opuestos en el flujo de las riquezas y las rentas monetarias"<sup>205</sup>.

La empresa es, por el dinamismo y la forma como se desenvuelve en el proceso económico, un sujeto distinto. "Esto no significa, por cierto, que el derecho económico sea el derecho de la empresa. La empresa es el sujeto diferenciado del derecho económico, pero no el único. Las normas de mercado no están supeditadas a que sea una empresa el agente que realiza la operación regulada"<sup>206</sup>. La empresa como sujeto del Derecho Económico tiene el mismo contenido y concepto que de esta figura trae la legislación mercantil y comercial. Es una entidad distinta y diferente de sus componentes. La empresa es una figura con vida individual que es sujeto cuando los deberes impuestos por las regulaciones económicas adquieren, como universalidad, vida jurídica propia.

Es un sujeto indirecto, pues a través de ella o regulando su actuación es que el Estado interviene para normalizar las relaciones económicas. G. Farjat encuentra que la empresa no tiene un lugar determinado en el derecho tradicional, siendo un fenómeno de concentración capitalista que puede derivar en un monopolio y que luego exige la intervención del Estado.

La empresa industrial es aquella que actúa como sujeto activo. No lo es en consecuencia la formación, organización y nacimiento de la empresa, que es área del Derecho Comercial, ni tampoco en cuanto a su desenvolvimiento, que corresponde al Derecho Industrial, sino en cuanto a empresa explotadora de recursos escasos y que por su

---

205. Carlos URIBE GARROS. *El Derecho de la economía*, p. 353.

206. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 42.

intervención en el mercado altera, reorienta o puede modificar una política económica. La diferenciación del sujeto es la empresa del sector productivo.

El nacimiento de la empresa es objeto de control de todos los regímenes de Derecho Económico. La sectorización industrial y la determinación de prioridades que trae la legislación industrial son expresión de esta manifestación juseconómica, justificable por el efecto que las empresas ejercen en la captación de los bienes económicos disponibles, cuya orientación al consumo, de acuerdo a prela-ciones de interés social, procuran las normas de Derecho Económico.

No sólo el nacimiento de las empresas merecen control, sino su extinción, pues ella incide sobre la actividad del mercado, liberando bienes económicos, reduciendo la demanda de materias primas, afectando el interés social y la economía nacional. Por ello es que en algunas legislaciones el cierre de las empresas se hace previa autorización. Y en otras circunstancias, dentro de economías de mercado, se esbozan leyes para evitar el colapso o quiebra de las empresas, permitiendo, a través de reglas de reestructuración o acción de acreedores, impedir el colapso de las empresas comerciales o industriales.

La localización del centro de producción, sobre todo de las empresas industriales, es determinante de deberes y obligaciones. El lugar de su nacimiento influye en el tratamiento que recibe el sujeto diferenciado. Así está prefijado en las normas juseconómicas latinoamericanas que hablan sobre la descentralización y los polos de desarrollo o las zonas francas.

El establecimiento, que es sinónimo de localización y ubicación geográfica para Olivera, "sin constituir un centro de imputación de deberes económicos, suele dar origen a un fenómeno de localización de los deberes de la empresa..."<sup>207</sup>, a los cuales ha de constreñir su actuar, pues como sujeto tiene derechos y obligaciones. —

---

207. *Ibid.*, p. 49.

## 1.2 Objeto

El objeto es regular el funcionamiento y el desenvolvimiento de la actividad económica de los particulares, como partícipe social, y las demás unidades económicas, consideradas según la función que desempeñan. Entendiendo por tal la expresión viva de la economía de cambio.

Para Moore Merino es la regulación de "... la actividad económica de los particulares y demás entes económicos"<sup>208</sup>. Olivera señala: "Designamos como objeto de las normas de derecho económico la porción de conducta humana que ellas disciplinan. Esta porción abarca el sistema de las actividades económicas del hombre, como partícipe social"<sup>209</sup>. Para Munera Arango es "el conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en las actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza"<sup>210</sup>. Dentro de la misma óptica, Nabantino Ramos ratifica que el objetivo "es la disciplina de la producción de bienes y servicios, la distribución de los beneficios derivados del proceso de producción y del consumo de las utilidades"<sup>211</sup>.

Con un gran énfasis en la figura de la asignación en la juseconomía, Olivera da a esta rama la misión de limitar el funcionamiento del mercado. "Resulta natural, en consecuencia, que las restricciones establecidas en las normas de derecho económico tengan por objeto actividades de mercado".

---

208. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 57.

209. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 25.

210. Darío MUNERA ARANGO. *Op. cit.*, p. 149.

211. José NABANTINO RAMOS. *Sistema brasileiro de Direito económico*, p. 95.

“La descripción de la actividad económica por su articulación en el mercado es la que mejor se ajusta a la significación institucional del derecho económico<sup>212</sup>. Dejando a un lado el concepto tan manido de que toda actividad humana que recae sobre bienes escasos es una actividad económica y desecha el extremado subjetivismo de la racionalidad de la conducta, consistente en la ordenación de los bienes a las necesidades.

Albino de Souza ve un objeto totalizador. Es la realidad económica, afirma<sup>213</sup>, siendo que el tratamiento que el Derecho Económico da a esa realidad es por someterla a las normas jurídicas que condicionan la política económica destinada a concretizar la ideología constitucionalmente adoptada. De igual manera, Hamel y Lagarde (*Traite de droit commercial*) consideran que la disciplina tiene como objeto regir la vida económica.

En los países de sistema socialista, el Derecho Económico positivo tiene como tesis regular las relaciones jurídicas entre los organismos socialistas, con motivo de intercambios recíprocos en el cumplimiento del plan. En la ex Checoslovaquia, el Código Económico reglamentaba exclusivamente las formas de la propiedad socialista, mientras que la propiedad privada lo era a través del Código Civil. Se ha separado en dos cuerpos jurídicos la regulación concerniente a los bienes económicos. El Código Civil checoslovaco reglamentaba los modos de adquisición de la propiedad de cosas encontradas y cuyo propietario no se da a conocer en un año; las cosas abandonadas u ocultas cuyo propietario no es conocido; así como la transferencia de propiedades entre el Estado y los particulares.

La regulación de la propiedad social socialista era el objeto fundamental en el Código Económico de Checoslovaquia antes de dividirse la adecuación de la propiedad al plan es el principio innovador y primordial.

---

212. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 95.

213. Washington Peluso Albino DE SOUZA. *Primeras Linhas de Direito Económico*, p. 15.

Se puede concluir que el Derecho Económico tiene como objeto la regulación de la acción de los sujetos hacia los objetivos de la política económica tendientes a armonizar los intereses de los individuos y de la colectividad dentro de la justa-verdad. Todos los agentes económicos, así como el Estado y la estructura de su plan, se mueven dentro del cumplimiento de determinados objetivos o regímenes concretos, suscitando en su actuar, por crecimiento, agrupación, omisión o fuerza, algunas distorsiones que perjudican el mercado o que afectan los intereses colectivos; es entonces que el objeto de esta disciplina será recomponerlos y armonizarlos hacia metas de justa-verdad.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

La discusión, casi nunca sosegada, de dividir el Derecho en público y privado tiene un nuevo motivo cuando se quiere determinar la naturaleza del Derecho Económico. La añeja y clásica división no alcanza totalmente a agrupar esta rama, pues en ella los elementos públicos y privados conviven íntimamente.

A nuestra manera de ver, el Derecho Económico tiene una elevada proporción de carácter público; sin embargo, lo particular de sus normas propicia ver predominio privatista y, en algunos casos, una nueva clasificación que supera la tradicional *summa divisionis*.

### 2.1 Publicista

Una corriente importante de la doctrina ubica al Derecho Económico como el derecho del intervencionismo estatal, aun cuando no con autonomía, sino como una rama importante del derecho público.

Witker adscribe al ámbito del derecho público, conteniendo algunas relaciones jurídicas privadas, piensa que sus normas "... como preservadores del orden público de un país, son en general de carácter eminentemente público, y que existen fronteras tanto para un derecho social económico como para limitadas áreas de derecho privado económico"<sup>214</sup>.

214. Jorge WITKER U. *Op. cit.*, p. 37.

Esta posición se basa en que las reglas del Derecho Económico son de origen estatal, utilizando, incluso, técnicas del Derecho administrativo. La forma en que el Estado interviene en la economía da sustento a la naturaleza publicista de la especialidad. Como dice R. Savy la cualidad del actor es la que determina la naturaleza jurídica del acto.

La administración del Estado implica necesariamente la dirección del proceso económico y, en consecuencia es materia de derecho público. El principio *Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* del Digesto es aplicable a la actual acción del Estado, donde lo sagrado ya no son los dioses o templos romanos, y sí el interés público o el bienestar de la comunidad. Esa meta suprema de la acción estatal da fuerza a la naturaleza publicista de esta rama.

Nabantino Ramos sostiene este carácter y expresa que poco importa que una empresa pública tenga personalidad jurídica de derecho privado si está sometida a organismos de control estatal, a directivas que el Estado impone y a reglas de conducta que la gravan y modifica a veces sin importar su resultado económico. Joaquín Garrigues lo identifica con la dirección estatal de la economía y le da una carácter publicista.

Tanto André de Laubadère como Bernard Chenot (*Droit public economique*) coinciden en afirmar que no es una rama más o menos original del derecho, sino una nueva rama del derecho público.

Sin embargo, no toda la intervención del Estado pertenece al derecho público. La operación puede ser pública, pero las normas producidas pueden ser de derecho privado. Las condiciones de validez en un contrato, la capacidad de los sujetos y a veces la forma son normas de derecho público, pero los acuerdos estipulados por los sujetos son de derecho privado. Luego, para que las normas juseconómicas tengan una naturaleza pública es necesario que haya intervención o acción de la potestad pública, que dicha acción se sitúe en el campo económico, que concierna a la organización o funcionamiento de los poderes públicos y que rijan las relaciones entre una persona pública y una privada<sup>215</sup>.

215. Héctor CUADRA. *Op. cit.*, p. 28.

Se puede apreciar hoy en día que ciertas tareas y funciones del Estado, ciertos servicios públicos son confiados a empresas privadas sin que dichas funciones dejen de ser un servicio público y sin que las unidades económicas que las ejecutan dejen de ser privadas. Es el caso de las empresas privadas administradoras de fondos de jubilación o de fondos de cesantía, los servicios de agua potable, de servicios telefónicos y eléctricos, que son explotados por empresas privadas cuyos regímenes jurídicos yuxtapone elementos públicos, que se expresan en reglas del Derecho administrativo y de Derecho privado. Así se privatizan estos servicios en favor del capital extranjero y las unidades se administran bajo las reglas societarias, pero a la par se tienen que crear entes administrativos estatales, como son las superintendencias de las administradoras de fondos de pensiones o las superintendencias de servicios de agua potable o de telefonía.

## 2.2 Privatista

Escasos fundamentos tiene la posición privatista. Gran parte de la doctrina reconoce, como se ha visto, el mayor peso de la naturaleza pública, aunque también se admite la existencia de aspectos jusprivatistas.

Si bien Kahn, Nussbaum e incluso Kaskel imaginan al Derecho Económico como regulador de la gestión y dirección de la empresa industrial, no se puede concluir que se inclinen por la naturaleza privatista.

Moore Merino menciona que es privado por su objeto y público por su causa, pues su misión no es regular actividad estatal, sino actividad privada. Su objeto, muchas veces, es la conducta de los particulares en el plano económico. En todos esos casos, disciplina actividad privada, pero lo hace con fines públicos<sup>216</sup>.

La actividad privada de hoy en día está dependiendo cada vez más de las normas de política económica que canaliza, cuando no restringe, la acción individual, orientándola a los fines de política. Cada vez

---

216. Daniel MOORE MERINO. *Op. cit.*, p. 63.

tienen menos aplicación práctica las normas del derecho tradicional, comúnmente privado, el derecho sucesorio, las garantías reales, las tutelas. Los grandes estratos, económicamente inferiores, sólo practican el contrato de compraventa y el de trabajo; sin embargo, toda su vida está dependiendo de normas juseconómicas que determinen el nivel adquisitivo o capacidad del pueblo, la estabilidad laboral, el régimen salarial o la disponibilidad de los bienes económicos.

El mayor grado de elementos públicos es el que define la naturaleza de derecho público a esta especialización jurídica. Después de todo, no existen ramas puramente privadas ni puramente públicas. Sólo hay rasgos de publicismo en uno y rasgos de privatismo en otros. La frecuencia con que ellos se manifiestan es lo que da una visión de su comportamiento y de su naturaleza.

Atreviéndonos a ver una delimitación de esta rama en el pensamiento de Kelsen, diremos que el autor vienés señala que el Derecho privado cuando regula la producción y la distribución tiene una función política, pero cuando esta regulación es adquiere una forma radical en que el restado la orienta todo es que estamos frente a un Derecho público, como administrativo actual.

“Por la función que desempeñe el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista: por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista, la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual”<sup>217</sup>.

Quienes sostienen que el Derecho Económico es una derivación del Derecho Mercantil, le asignan un carácter privatista por el mismo origen de este tronco, que fue eminentemente gremial, destinado a regular las relaciones entre los comerciantes; mas luego abandonó

---

217. Hans KELSEN. *Teoría pura del Derecho*, p. 185.

ese carácter subjetivista en aras de una mayor dimensión y regulando los "actos de comercio" con prescindencia del estatuto de las partes. Las legislaciones comerciales de toda América Latina consideran tanto el carácter objetivo como el subjetivo. Los nuevos hechos económicos y de la actividad comercial han desbordado los cauces mercantiles provocando esta nueva disciplina. Ello llevaba, a algunos teóricos, a darle un carácter privatista.

### **2.3 *Nova principium divisionis***

El eterno problema de las diferentes ramas del Derecho, oscilando entre el privatismo y el publicismo, lleva también a esta especialidad a frágil medio. Es ésta una cuestión que vuelve a proponerse y que tal vez nunca se resuelva, por estar probablemente mal planteada. Su importancia práctica estriba en la posibilidad de una interpretación analógica más estrecha y en la existencia de principios generales que caractericen singularmente a una rama.

En verdad es harto compleja la diferenciación de las diferentes ramas del Derecho, entre aquellas que son de carácter público aquellas otras que caen en el ámbito privado. La delimitación de las respectivas esferas académicas no es, todavía, uniforme. Por ejemplo la opción y la elección de un régimen presidencial es de derecho público, pero la forma de su elección, a través del voto popular, no se puede decir que es derecho público, ya que involucra un derecho de la persona.

Por otro lado, si la división de las diferentes ramas del Derecho es de por sí compleja, querer encuadrarlas dentro de dos sectores público o privado, lo hace más intrincado, ya que no todo el campo de lo estatal es público y no todas las manifestaciones de los individuos son puramente privadas. Es pues, erróneo considerar que el derecho público se refiere únicamente al Estado y el privado a los individuos. Lo público y lo privado no expresan dos esferas jurídicas distintas, ya que el individuo y la familia tienen vida pública y son el elemento sustancial de la sociedad y del Estado; en tanto que el Estado tiene vida privada a través de su participación en la actividad económica o permitiendo que los agentes económicos actúen con libertad en el mercado o impidiendo las distorsiones de éste.

Incluso el criterio de las relaciones jurídicas y la forma en que ésta se manifiesta no es suficiente para diferenciar el derecho privado del público, manteniéndose la dificultad de diferenciarlos. Así, la regla de las relaciones jurídicas de coordinación para encajar el derecho privado y el de la subordinación para el derecho público, que es un criterio predominante en la doctrina, se desvanece si se consideran las relaciones familiares, sustento y expresión de la vida privada, donde la subordinación es patente en figuras como la *patria potestas* y las relaciones comerciales internacionales, donde es impensable la subordinación.

La presencia tanto de aspectos publicistas como privatistas hacen aun más difícil determinar con claridad su naturaleza. La opción se daría hacia aquellos aspectos que tienen más predominio y frecuencia, concluyendo, entonces, no por la naturaleza *strictu sensu* y sí más bien, por el poder de la mayoría. Otra posibilidad es admitir que existe un derecho privado económico y de igual manera un derecho público económico, con técnicas jurídicas totalmente diferentes. Así las cosas, posiblemente es más propio hablar de una *nova principium divisionis* y admitir que junto a la clásica división bipartita se añade una tercera: el Derecho Económico. Sobre ello se ha tratado en otras circunstancias, cuando se ha querido incluir el tema del derecho social dentro de la división tradicional.

Aftalión, Champaud y Gerard Farjat coinciden en admitir la conveniencia de un nuevo principio en la división del Derecho que dé cabida a esta rama. Su propia estructura, principios y objeto superan la división clásica. Querer encajonarlo estancaría su desbordante materia, se le despojaría —como dice Mossa— de aquella fuerza viva que le otorga la calidad esencial para responder a las necesidades múltiples y apremiantes que le dieron origen.

El Derecho Económico tiende a realizar un equilibrio no sólo entre los particulares, o entre éstos y el Estado, sino entre los individuos, las instituciones sociales intermedias, las empresas y el Estado. No se queda únicamente en la relación bipolar, sino que considera un nuevo elemento, la fuerza de las instituciones sociales intermedias y la dinámica de las empresas.

Gerard Farjat considera que no se debe hablar más de derecho privado o público, sólo puede hablarse de Derecho Económico si se le reconoce que ha introducido una nueva división de las estructuras jurídicas. La afirmación es categórica, pero no lo suficientemente lógica para vislumbrar una tercera división. Más sólida es la de Champaud, que explica la relación tripartita y la búsqueda de la armonía entre el interés de los particulares, el de las empresa y el del Estado, concluyendo en afirmar "...que es preciso admitir que el Derecho económico no es privatista ni publicista. Él se sitúa precisamente fuera de estas antiguas categorías y es eso lo que justifica tanto el reconocimiento de su existencia como la vastedad de su dominio".

No existe una disciplina exclusiva propia del accionar del poder privado económico que no tenga en consideración el ejercicio del poder público económico y viceversa. Incluso el Estado liberal en que se pone fin al monopolio estatal de los servicios públicos, implica una disciplina del poder económico privado relacionada al máximo cercenamiento del ejercicio del poder económico público. Otro ejemplo es el de la clasificación de las normas de orden público y de las normas dispositivas, en donde las primeras, como se sabe, son inderogables por la voluntad de las partes y las otras no. Sin embargo, podemos ver que el proceso judicial puede ser suspendido por acuerdo convencional, propiciando el aprovechamiento que hace una de las partes de un acto practicado por la otra que incumple una regla de forma pública; todo lo cual niega la existencia de una dicotomía entre derecho público o económico<sup>218</sup>.

El mismo carácter cambiante y evolutivo propician considerar una nueva clasificación en la que puedan conciliarse las nuevas figuras e instituciones del Derecho Económico que transitan de manera efectiva en ramas diversas como el Derecho Comercial, Administrativo y hasta de la Economía.

El Derecho Económico no puede ser catalogado con las ramas básicas de la enciclopedia jurídica, porque su naturaleza sólo es

---

218. Ricardo Antonio Lucas CAMARGO. *Breve introdução ao direito economico*, pp. 55 y 56.

observable en un plano transversal a todas ellas. Articula en el campo de la política económica, de las vinculaciones de una unidad productiva con los intereses de la comunidad y de los particulares.

La presencia de las instituciones sociales intermedias, de las empresas, aconsejan una observación aislada, de allí quienes sostengan la conveniencia de hablar de un Derecho Económico al mismo nivel que del derecho privado y del derecho público.

En el estado del desarrollo de la ciencia jurídica, se hace difícil admitir una nueva división, cuando la actual tiene la fuerza de los años y la pátina de los tiempos que la hace imborrable, pero a lo mejor también nebulosa para permitir observar las nuevas necesidades. Es evidente el número de resistencias que trae el siquiera plantear esta nueva división, de allí que a la espera de nuevos aportes hay quienes como H. Cuadra y Witker, que estiman más prudente encasillarlo como una parte del derecho público. Pero argumentos hay para pensar en una *nova principium divisionis* que supere a aquella que parte de Ulpiano hasta nuestros días, pero que no puede explicar, con absoluta claridad, figuras como las de la libre empresa dentro de un plan indicativo con objetivos de política económica o la de la eficiencia en la libre transacción comercial.

Finalmente, como sostiene Laubadère, hay un desaparición de las fronteras de las diferentes ramas y disciplinas del derecho. Es la idea de que, en todas las disciplinas, se encontrarían reglas de fondo marcadas por características comunes que diferenciarían sensiblemente el derecho económico, a través de sus diversas ramas, del derecho no económico. Tal consideración nos llevaría solo a constatar la separación del derecho privado económico y del derecho público económico; ella constituye también un argumento para los partidarios de la idea de que existe verdaderamente un derecho económico, rama nueva, dotada de una unidad que supera la distinción de sus diversas disciplinas constitutivas, como pueden ser el derecho Administrativo Económico o el Derecho Penal Económico, entre otros<sup>219</sup>

---

219. André de LAUBADÈRE. *Op. cit.*, p. 25 y ss.

### 3. RELACIÓN CON OTRAS ESPECIALIDADES

Las diferentes especialidades jurídicas tienen vinculación unas con otras, desde que dentro de la teoría del derecho buscan ordenar la vida en comunidad señalando normas de conducta. Pero cada rama tiene un mayor grado de vinculación con otras especialidades. Es desde esta frecuencia que comentamos las relaciones.

#### 3.1 Con el Derecho Constitucional

La primera norma del Estado y de la Nación es la Constitución, que establece el régimen económico dentro del cual o hacia el cual se orienta la sociedad, precisa la esfera de acción de los sujetos del mercado y los límites para no distorsionar la libertad en todos sus aspectos. Tanto la planeación como los planes económicos sólo alcanzan validez jurídica en tanto estén consagrados en la Carta Magna, con los criterios para elaborarlos y la obligatoriedad con que deben ser seguidos.

El Derecho Económico está interligado a la especialidad constitucional, pues ésta es la que determina los alcances y la forma como se han de desenvolver las actividades económicas de los particulares, las relaciones de éstos con el Estado y la intervención pública. La evolución de las normas constitucionales ha facilitado la consolidación de la especialidad. La función social de la propiedad es un principio de nuestro siglo que surge en la Constitución alemana de Weimar en 1919, y que luego lo incluye el Art. 34 de la Constitución del Perú de 1933, de la misma manera como lo contenía el Art. 124 de la Constitución de 1979; finalmente, el Art. 70 de la Constitución de 1993, en diferente tono, dice que la propiedad es inviolable y "se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley".

La reforma constitucional colombiana (1936) trae una tácita expresión de la función social cuando dispensa de la obligación de indemnizar en ciertas expropiaciones. Un interesante antecedente en la misma legislación es el Acto Legislativo N° 6 del año 1905, que dispuso no habría, normalmente, indemnización en el caso de apertura y construcción de vías de comunicación, puesto que se suponía

que el beneficio que derivaran los predios atravesados era equivalente al precio de la faja de terreno necesaria para la vía; solamente si esa franja valía más era pagada la diferencia<sup>220</sup>.

En el Brasil, el Art. 5 de la Constitución de 1988, Capítulo de los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos, prescribe que "es garantizado el derecho de la propiedad" y que "la propiedad atenderá a su función social". Así la Carta Magna brasileña consagra la propiedad individual y su función social justificada por sus fines, sus servicios, su propia función.

La libertad de industria y de comercio no fue declarada de manera explícita y precisa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el acto de la Revolución Francesa de 1789. Fueron posteriores constituciones las que la proclamaron. La Constitución del Perú de 1933, en su Art. 40 reconoce la libertad de comercio e industria, que se mantuvo en el Art. 131 de la Constitución de 1979; y finalmente el Art. 59 de la Constitución de 1993 señala: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria". En Colombia, en 1968 se reforma el Art. 32 de la Constitución, garantizando la libertad de empresa y la iniciativa privada. En tanto que en el Brasil el Art. 170 de la Constitución de 1988 coloca en el mismo nivel el trabajo humano y la libre iniciativa.

Las expresiones constitucionales establecen, pues, los principios económicos en base a los cuales se estructura el Derecho Económico, por tal razón la relación con esta rama es fundamental y básica. Incluso algunas constituciones tienen un capítulo especial denominado "orden económico" o "derechos económicos"; sin embargo, las constituciones y el orden jurídico en general siempre, aunque no lo resalten individualmente, regulan el mundo económico, o la actividad económica.

Las actuales constituciones latinoamericanas no necesitaban disponer explícitamente de normas o capítulos que compusiesen un

---

220. Jaime VIDAL PERDOMO. *Bases constitucionales del derecho económico*.

orden económico constitucional, ya que el orden económico existente en el mundo de los años 90, en que se modifican casi todas las constituciones de América Latina, no merecía reparos ni observaciones. Por ello es que los nuevos textos magnos sólo definen constitucionalmente la propiedad privada y la libertad contractual e incluso algunos, como la Constitución del Perú de 1993, prefieren hablar del ejercicio de la propiedad "en armonía con el bien común, antes que de la "función social", dejando a las leyes y los reglamentos las pautas que permitan privilegiar una economía de mercado. Así, en el seno de las Constituciones es donde nace el Derecho Económico positivo; de allí que se hable, con alguna frecuencia, de Constitución Económica.

La idea de Constitución Económica adquiere prestigio en la doctrina alemana, a partir del análisis de la Constitución de Weimar, y se concibe como "el conjunto de preceptos e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos definidores de un determinado sistema económico, instituyen una determinada forma de organización y funcionamiento de la economía..."<sup>221</sup>. Así, el Derecho Constitucional nos permite apreciar cuál es la forma de organización predeterminada para un país y cuál es el ámbito dentro del cual deben operar los agentes económicos y el sentido social o de protección de la propiedad y de la inversión.

### **3.2 Con el Derecho Administrativo**

El desarrollo de esta rama es tan creciente que existen planteamientos sobre Derecho Administrativo Económico. El objetivo fundamental del acto administrativo, unilateral y ejecutivo sobre el cual se basó el Derecho Administrativo ha sido superado por categorías como la racionalización administrativa y las concesiones, que son las que han llevado a hablar de una rama distinta del Derecho Administrativo.

Los aspectos económicos de la administración del Estado invaden tanto el área de esta rama como la del Derecho Económico. El princi-

---

221. Vital MOREIRA. *Economía e Constituição* p. 35.

pio de la igualdad ante los cargos públicos ha sufrido un notable embate con motivo de la proliferación de las exenciones y exoneraciones para propiciar la inversión o reorientar la producción industrial, y las desgravaciones tributarias para propiciar el desarrollo de determinadas regiones o actividades, las que discriminadamente, y a veces con nombre propio, favorecen a algunos contribuyentes y a otros no.

La potestad imperativa y la jurisdicción coactiva, instrumentos propios del Derecho Administrativo, tienen vinculación con el Derecho Económico, pues facilitan la aplicación de un Plan, así como hacen efectiva la sanción de carácter económico cuando los sujetos se alejan de las directrices de política económica.

Los reglamentos de la administración son también fuentes del Derecho Económico; sin embargo, no se puede desconocer que su aplicación y ejecución corresponden a los órganos de la administración pública; luego, son objeto de su estudio. Cuando ellos están dentro de determinado marco de política económica, caen dentro del interés del Derecho Económico. La exigencia de listas y tablas de precios, no sólo para proteger la consumidor sino para limitar la inflación, son a no dudarlo tareas de la administración, pero de vinculación juseconómica. De igual manera la declaración de ingreso y venta de divisas.

La instrumentación de los objetivos de política económica, de los principios juseconómicos, termina haciéndose a través de los medios que proporciona al efecto el Derecho Administrativo.

Los órganos de la administración central de un país, como los que emiten moneda, controlan la especulación, disciplinan la producción y el consumo, son creados, ordenados y organizados por la norma administrativa. La relación de dichos órganos con los actos económicos que practican es tan estrecho que, como se ha dicho, sugiere la necesidad de un Derecho Administrativo Económico, como lo sustentan Zanobini en su libro *Corso de Diritto Administrativo*, Martín Mateo y Sosa Wagner en *Derecho Administrativo Económico*, Baena del Alcázar en *El Papel del Derecho Administrativo en la Economía*, y Gil Meilan en *El estudio de la administración económica*.

La relación entre estas dos disciplinas no las lleva a confundirse ni refundirse en una sola. La demarcación es clara. Así es más fácil ver los puntos de conexión. Darío Munera Arango ve cuatro: la protección jurídica, en cuanto el Derecho Administrativo ofrece los recursos administrativos contra los actos abusivos de los órganos del Estado, regulando el régimen de las indemnizaciones y de la expropiación; la descentralización y autonomía, en cuanto a la creación de empresas estatales encargadas de los servicios públicos (agua, electricidad, correos, teléfonos) cuya función corresponde al Estado, así como la autonomía de las sociedades mixtas que, aun cuando actúan dentro de la esfera del derecho privado, como cualquier empresa, mantienen facultades coactivas para ejecutar deudas; el servicio público, en cuanto actividades del Estado, a pesar de la crisis jurídica actual de esta noción, cae dentro del dominio del Derecho Administrativo, pero también otras actividades de entidades absolutamente privadas, como es el caso de los bancos y de las instituciones financieras, prestan servicios públicos, pero no son hechos de la administración pública, aun cuando su regulación involucre también al Estado, como es la tasa de encaje, la sanción de estafa a títulos valores emitidos por tales entidades privadas. Finalmente, el tema de los bienes de uso público o de las *res publicae* y la *res nullius*, fijando la forma de su uso, transferencia y las concesiones, ya que no es lo mismo un bien que tiene un fin administrativo, como el edificio de un ministerio, de aquel otro que responde a un fin económico, como un yacimiento petrolífero.

La organización de la estructura y órganos del Estado en cuanto están dirigidos a la actividad económica, en el sentido y finalidad que hemos expuesto, es la parte del Derecho Administrativo vinculado a nuestra rama.

### 3.3 Con el Derecho Penal

El Derecho Penal ha tratado fundamentalmente de cautelar la vida, la integridad física, propiedad, el contrato y la libre circulación de los bienes y servicios. La apropiación ilícita, la estafa, el agio y usura son figuras penales diferentes, pero que tienen un sentido económico dentro de una libre economía. Su regulación y sanción facilita, los objetivos del Derecho Económico.

La introducción de la computación en las grandes organizaciones financieras ha dado origen a nuevos tipos de delito, algunos de los cuales no pueden ser claramente identificables ni en su propósito ni en la prueba indubitable o hecho físico que lo evidencie de la misma manera como la competencia mercantil ha propiciado las operaciones simuladas así como acciones contra la concurrencia, sin dejar de mencionar como las técnicas de márketing incitan de tal manera a los usuarios a llevarse una mercadería de un supermercado, que es posible que el simple hurto sea considerado como una incitación del vendedor. Ésos son nuevos hechos delictuosos que han llevado a algunos autores, como Serra Rojas<sup>222</sup>, a admitir hoy día la existencia de un derecho penal económico en razón de su carácter sancionador e incluso a la idea de un Derecho Penal Económico Internacional. Sin embargo, no suficientes para hablar de Derecho Penal Económico, pues si la disciplina penal de materia económica debiese escapar al Derecho Penal, los crímenes contra el buen nombre y la familia deberían ir al Derecho Civil; el contrabando, al Derecho Penal Administrativo, pues es un delito contra el erario nacional; y el sabotaje, al Derecho Industrial o Laboral, porque afecta a la empresa. El Derecho Penal es tal vez una de las ramas de más clara autonomía. De que se puede hablar, como señala Aftalión y Nabantino Ramos, es de un tópico especial de ese Derecho, pero no una autonomía.

### 3.4 Con el Derecho Civil

La propiedad inmobiliaria, un conjunto de edificios y hasta una ciudad entera, se encuadra dentro del Derecho Civil; mas una propiedad sobre capitales e inversiones, por pequeña que sea, cae dentro del Derecho Económico. Almeida Nogueira y Modesto Carvalhosa señalan que la riqueza paralizada, estática, es preocupación del Derecho Civil, en tanto que la riqueza en movimiento o los recursos que generan otros bienes, es decir, los explotados y dinámicos, caen dentro del Derecho Económico.

En el ámbito de los contratos es donde más vigencia encuentra el Derecho Económico. Muchas son las cuestiones que generan los

---

222. Andrés SERRA ROJAS. *Derecho económico*, p. 115.

contratos. La libertad contractual posibilita que las partes puedan pactar entre sí y para sí, pero a la par existen contratos en favor de terceros y acuerdos que superan la vida de los contratantes, como las sociedades comerciales, las fundaciones, los sindicatos que vinculan más allá de la vida de los contratantes y que afectan no sólo a ellos sino a la economía de una sociedad o de una nación. Entonces acaso, no es necesario que la sociedad en su conjunto actúe como mediador. No imponiendo reglas, para no violentar la libertad, pero sí como garantizador de las relaciones jurídico-económicas. Esto se ve hoy más claro con los llamados contratos de estabilidad tributaria que celebra el Estado con los agentes económicos que en ejercicio de su iniciativa privada, celebran contratos para actuar en un sector de la economía, pero en el que interviene el Estado para asegurarle las reglas impositivas en aras a un objetivo de política económica como es el desarrollo de las inversiones que posibiliten el crecimiento económico del país. Son concesiones que duran el tiempo que dura el interés de los contratantes individuales.

De esa manera figuras como la descrita o como los convenios colectivos, el régimen de garantía a las inversiones, los contratos administrativos, las concesiones, la protección de la propiedad intelectual, los contratos de adhesión o contratación en masa, que deben ser previamente aprobados por la autoridad administrativa, son figuras que caen dentro del campo juseconómico y con el cual guarda estrecha relación esta rama jurídica.

La responsabilidad civil y la responsabilidad extracontractual, pueden derivarse de negocios jurídicos civiles, pero su negociación, evaluación y posible solución son tareas del Derecho Económico, por lo menos de los criterios y principios de éste, cuando no hubiere una normatividad específica.

### **3.5 Con el Derecho Comercial**

La mayor dificultad en la conexión con esta rama es que muchos fenómenos que le han dado origen han tenido un punto de partida común con el Derecho Comercial. La confusión parte de lo que se entiende por actividad económica y objetivo económico. Sin embargo, están claros los principios y el objeto.

El dominio jurídico de nuestra rama es tan vasto que si se perdiera el objetivo esencial abarcaría casi todo; sin embargo, esa misma dimensión hace necesaria la configuración de ordenamiento separados, como el Derecho Comercial, que regula la actividad mercantil, bursátil y de bienes intangibles, así como el manejo de las bolsas y el comercio internacional; cabe al Derecho Mercantil, pues, cuidar de las relaciones económicas establecidas sobre la base de la iniciativa privada, la libre empresa y la libre competencia. Las técnicas que utiliza para explicar estas categorías permiten al Derecho Económico actuar y entender la realidad y especialidad en la que se desenvuelve el acontecer social.

La compra para revender, la representación mercantil, el uso de marcas, los costos de producción y el precio en las relaciones contractuales son figuras comprensibles en la órbita del análisis juscomercialista. Hay vinculación con el Derecho Económico en todos estos eventos, pero de manera diferenciada.

#### **4. DIVISIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO**

Algunos autores dividen esta rama a partir de determinadas especialidades y hablan entonces de Derecho Económico Público o de Derecho Privado Económico. Otros, en tanto, lo hacen a partir del objeto particular de estudio o actividad que regula. Y aun podrían esbozarse otras divisiones. En tanto avizoramos una que, si bien no entre al tema de la super especialización, explica mucha de las partes en que está dividida esta rama de una manera que sea común a las divisiones de otras ramas; así, una división común es aquella que considera:

- Derecho económico sustantivo
- Derecho económico adjetivo
- Derecho económico positivo
- Derecho económico subjetivo

##### **4.1 Derecho económico sustantivo**

Es el conjunto de normas que impone obligaciones o concede

derechos a los agentes de la actividad económica. Como los permisos de asignación, cuotas, bonificaciones, premios, exoneraciones y subsidios.

La Constitución sería la principal fuente del Derecho económico sustantivo, ya que enuncia las reglas básicas, de una determinada acción económica del Estado y de los individuos.

#### **4.2 Derecho económico adjetivo**

Es el conjunto de normas que establece competencias y regula los procedimientos para intervenir, defenderse o actuar en el mercado. Por ejemplo, normas sobre competencia desleal, control del monopolio y del oligopolio, estructura de defensa del consumidor.

También las normas sobre reglamentación administrativa a que deben someterse las entidades del Estado basadas en la buena fe, la prescripción adquisitiva o el llamado "silencio administrativo" cuando el aparato estatal no responde a la invocación de un derecho, y en consecuencia, se presume *juris et de jure* concedido al peticionario, el requerimiento de una asignación o el reclamo administrativo.

#### **4.3. Derecho económico positivo**

También se le conoce como Derecho económico objetivo, en contraposición del subjetivo, y comprende todos los principios sancionados y contenidos en una legislación. Siendo que la primera de ellas es la Constitución, luego la legislación específica, el Plan Nacional cuando es aprobado por el Poder Legislativo, las medidas de control financiero y las promotoras de la actividad económica. También las leyes fiscales en cuanto están orientadas a criterios de política económica y no sólo de recaudación para existencia del aparato estatal, y los programas nacionales de desarrollo industrial y régimen de cambios.

Empero, la sola existencia de leyes con carácter económico no configuran esta rama; las normas deben estar orientadas a un objeto específico, hacia un orden juseconómico. A pesar de que una buena cantidad de textos hacen un recuento del derecho positivo de sus

países, dando por sentada la preexistencia de la disciplina, ello no evidencia la existencia orgánica de esta rama, sino el conjunto de reglas orientadas hacia un objetivo de política económica.

#### **4.4 Derecho económico subjetivo**

Es la parte que ha de merecer mayor cuidado y desarrollo por la doctrina y el legislador, pues comprende la facultad de accionar sea en favor del Estado o de los agentes de la actividad económica.

Es aquel que se expresa por los principios generales del derecho consonantes con el contexto interno en el que se desenvuelve. Los jueces y la administración de justicia en general, a través de sus decisiones, incluso las del aparato administrativo, actúan correctamente si vislumbran el derecho subjetivo económico de las partes. Tal vez aquí es donde los lineamientos del análisis económico del Derecho sean verdaderamente útiles al juez para apreciar los costos, la responsabilidad extracontractual y evitar el daño mayor a las partes en un determinado conflicto.

La justicia y la equidad son el corazón de esta división que trata de la acción y de la reacción de los sujetos frente a las normas. No en vano el Derecho, como una expresión de la realidad humana, debe reconocer esa debilidad propia de la naturaleza del hombre y admitir reglas de compensación y equilibrio, cuando no de protección y resguardo.

## **CAPÍTULO XI**

# **INSTITUCIONES DEL DERECHO ECONÓMICO**

El diverso cúmulo de actividades económicas se expresa en una sociedad regida por el Derecho, a través de instituciones propias, que permiten a los sujetos involucrados reglar su conducta y salvar sus derechos. Nuestra disciplina tiene una singular creación que facilita el manejo del instrumental juseconómico, pero que también obliga al jurista y al legislador a compulsar la irrevocabilidad de los esquemas tradicionales revalidándolos o rectificándolos, en su caso, ya que, con no poca frecuencia, se produce un trastoque de instituciones jurídicas sólidamente generalizadas y de principios tenidos por inalterables. Buena parte de los instrumentos jurídicos tradicionalmente mantenidos a través de los tiempos, se han visto desmenuzados por las nuevas técnicas de la juseconomía, invadiendo campos tan exclusivos como el de las obligaciones y de los contratos.

### **1. EL PROCESO DE LAS CATEGORÍAS Y TÉCNICAS**

El Derecho Económico se enfrenta a dos dificultades en su camino de adquirir una estructura teórica autónoma.

La solución de problemas económicos a través de la interpretación legislativa está influenciada del razonamiento y las categorías civilistas. La otra dificultad es el carácter tan variable y confluyente de los sujetos o entidades que intervienen en la economía y que hacen mutables las reglas jurídicas para ese medio.

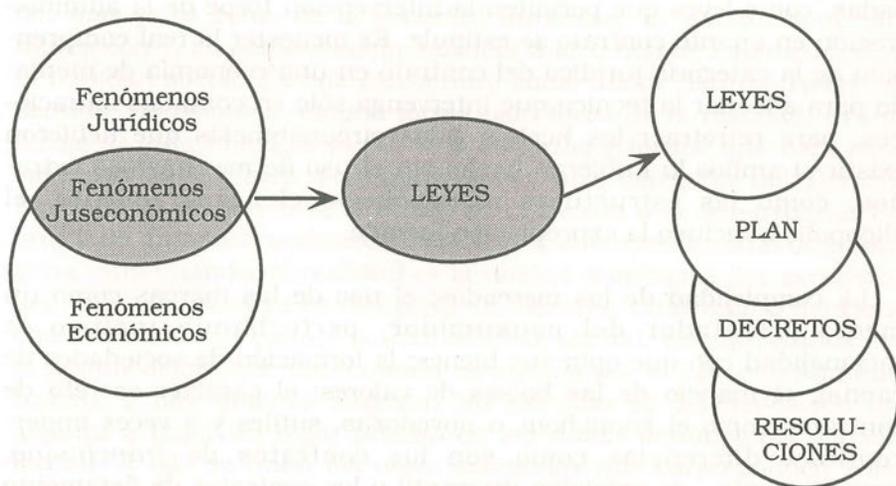
Desde un ángulo económico, el Derecho Civil está basado en la normatividad de una economía de intercambio que favorezca la vida en comunidad fijando los deberes de las personas. El Derecho Económico, en cambio, parte del principio de la maximización del bienestar general, donde las conductas de las personas y de las instituciones sociales intermedias están orientadas hacia el mejoramiento social, aplicando para ello los instrumentos apropiados.

La dinámica de la economía es creciente, los instrumentos legales variados, y la aplicación de los mismos no sólo demandan propiedad, sino que escapan al conocimiento del juez en lo civil y aun en lo penal; siendo los órganos administrativos los que con mayor frecuencia aplican la norma juseconómica.

Debemos distinguir, entonces, entre categorías, técnicas y fenómenos juseconómicos. Siendo que el proceso se inicia por la apreciación de la propia realidad, de donde se extraen elementos teóricos básicos que logran expresarse a través de la ley, que es la técnica.

En la realidad se dan fenómenos jurídicos o económicos; una buena parte son juseconómicos, pues nacen con elementos de ordenación social y de regulación de bienes escasos, como es el fenómeno de la producción, de la satisfacción de las necesidades básicas. Éstos se expresan a través de categorías, como bienes, unidades económicas, transacción frente a asignación de recursos, distribución de la riqueza. Para que estas categorías tengan una expresión racional, entendible por los sujetos y aplicable ordenadamente, se han diseñado una serie de técnicas, que como tal no son más que un conjunto de procedimientos o recursos de los cuales se sirve la ciencia del derecho para hacerse entendible y útil. Esas técnicas, son el plan, las leyes, los permisos de asignación.

**GRÁFICO N° 14**  
**De los fenómenos a las técnicas juseconómicas**



El derecho de los contratos, aun cuando es una categoría civilista, explica prístinamente este proceso. Nace del fenómeno social de relaciones de intercambio en un ambiente de libertad, ya que supone la relación entre dos o más personas determinada por una voluntad común, pero en él subyace, durante toda la negociación y aun durante su ejecución, una exteriorización justa y equilibrada de las partes para planear, estipular y llevar a cabo el contrato. El medio ambiente es la libertad y el equilibrio de los contratantes y, naturalmente, la posibilidad de distintas opciones dentro del mercado. Luego, cuando uno de ellos abusa de su poder de negociación o de su presencia en el mercado no puede invocar el principio supremo del liberalismo, según el cual "el contrato es ley entre las partes", pues ha desnaturalizado la esencia misma de las relaciones de intercambio. Esa distorsión tiene que corregirse, sea facultando a la parte afectada para replantear *a posteriori* la revisión de lo estipulado o sea declarando la nulidad. Las técnicas juseconómicas se esfuerzan por instrumentar procedimientos que posibiliten el movimiento económico de los acuerdos de voluntades.

Si no se entiende la vinculación de las relaciones de intercambio dentro de una economía libre, no se podrá comprender la libertad contractual y se permitirá o el abuso de una de las partes, que incidirá en la esencia del mercado, o se plantearán técnicas improvisadas, como leyes que permiten la intervención torpe de la administración en cuanto contrato se estipule. Es menester la real comprensión de la categoría jurídica del contrato en una economía de mercado para adecuar la técnica que intervenga sólo en contadas situaciones, para retrotraer los hechos a las circunstancias que debieron existir si ambos lo hubieran hecho sin el uso de mecanismos extraños, como las estructuras monopólicas, el acaparamiento, el oligopolio o incluso la expropiación forzada.

La complejidad de los mercados; el uso de las marcas como un medio orientador del consumidor, perturbando incluso la racionalidad con que opta sus bienes; la formación de sociedades de capital; el manejo de las bolsas de valores; el carácter secreto de contratos como el *know-how*, o novedosas, sutiles y a veces imperceptibles diferencias como son los contratos de *franchising*, licenciamiento, de comisión mercantil o los contratos de fletamento a casco desnudo; son una realidad no siempre cabalmente conocida por las partes, donde no se actúa a niveles de reciprocidad o de igualdad. Ello propicia que la intervención pública se manifieste para llenar el espacio no siempre cubierto por el derecho privado, como es el caso regulado de los contratos de masa o de adhesión. La intervención se manifiesta a través de técnicas.

Una regla juseconómica obtiene racionalidad a partir de categorías jurídicas básicas de las cuales la técnica no es más que su desarrollo, vale decir, la expresión de su movimiento. La técnica juseconómica se ciñe a las categorías básicas que se dan en el mercado, que posibiliten la relación de los sujetos dentro de él y en el medio que propicie el cumplimiento de los objetivos de política económica y el mejoramiento del bienestar.

Algunos autores, como Oscar Correas<sup>223</sup>, señalan que las principales categorías del Derecho Económico son la empresa, el movi-

223. Oscar CORREAS. *Introducción a la crítica del derecho moderno*, pp. 320 y ss.

miento de capital, e incluso el Estado. Farjat sólo se concreta a considerar la empresa y la planificación. La influencia marxista en la exposición de Correas lo lleva incluso a negar la validez del Derecho Económico, constriñéndole a una mera mistificación o a la expresión del más puro zumo de la sociedad burguesa. El Estado tiene otra dimensión y, en consecuencia, obedece a otro tipo de fenómeno, el de la realidad social. Es una estructura, como anota Herman Heller, de sentido, no psíquica, es una forma psicofísica de la realidad; es una forma de vida humano-social, vida en forma y formal que nace de la vida. No se le puede constreñir a ser una categoría del Derecho Económico, pues rebasa al objeto de la ciencia o la desvirtuaría. Por otro lado, tampoco podemos considerar a la empresa como otra categoría, aun cuando en realidad es la unidad económica por excelencia del mercado, pues ya es categoría del Derecho Comercial o del Derecho Societario en cuanto acumulador de capital. Nos quedamos con la planificación, que aun cuando es tratada por el Derecho Administrativo, y hay quienes sugieren un Derecho de la Planeación, no alcanza a tener un lugar preciso en las ramas actuales del derecho formal. A ello se unen las otras categorías que corresponden a las diferentes formas de intervención en el mercado.

La organización y la administración, en el sentido de sistematizar y ordenar los recursos para que se puedan utilizar de la mejor manera a los fines de la actividad económica, así como la conducta por la cual el sujeto de derecho maneja los recursos existentes, son, según Cottely, categorías. Tales nociones abstractas están implícitas en la organización económica primaria, al momento de adecuar los bienes escasos a las necesidades crecientes; luego, son lo que denominamos fenómenos económicos a partir de los cuales se darán categorías jurídicas. El mismo Cottely incluso señala que "para analizar su naturaleza es necesario dirigirse a las nociones reales de las cuales derivaron. Es menester ir a la fuente..."<sup>224</sup>, es decir, a los fenómenos o, como señala, "a las instituciones jurídicas". Sin embargo, en su planteamiento expresa repetidas veces la necesidad de comparar la realidad económica con la norma jurídica, de la misma manera como

---

224. Esteban COTTELY. *Teoría del Derecho Económico*, p. 181.

refiere que ningún análisis jurídico económico puede abstraerse de las influencias que derivan de la característica del régimen social. Finalmente dice que es "una noción que no refleja una realidad, sino que deriva de la misma", todo lo cual confluye en el hecho temporal, en el fenómeno jurídico o económico, pero que para efectos de competencia de esta rama sólo merecen consideración los juseconómicos.

## 2. PRINCIPALES FIGURAS

En el Capítulo II, cuando se habla sobre las formas de intervención económica, introducimos una clasificación que incluye las principales figuras de la disciplina. Estas instituciones son las que junto al objeto definido, su naturaleza y sujetos, le dan autonomía. Vamos a comentar *in extenso* estas instituciones.

### 2.1 Planificación

La planificación, o la planeación, siempre ha estado rodeada de cierto misterio por su origen histórico y por la forma en que ha de aplicarse. Desde que la ex Unión Soviética estableció su sistema de planificación para la economía, se usa esta técnica, aun en los países capitalistas, como instrumento fundamental para el desarrollo, así como lo hacen las corporaciones transnacionales.

La planificación es una relación anticipada de actividades públicas y privadas para la consecución de los objetivos nacionales esbozados en el plan. Es un cuerpo legal que norma y ordena las actividades económicas en general hacia objetivos concretos.

Se debe distinguir claramente de la previsión. Ésta pretende anticipar comentarios sobre fenómenos que se producirán en el futuro, sin la preocupación de establecer medios, políticos o conducta frente a ellos. En tanto, la planificación traduce un proceso de ajuste de las diferentes conductas de los sujetos que intervienen en la actividad económica en orden a los lineamientos generales de política, movilizándolo para tal fin medios y recursos.

Al regular la acción económica del país, se parte de un determinado número de recursos y medios de los cuales dispone la sociedad en su conjunto. Dichos recursos, financieros, materiales, humanos, son, como se ha señalado, escasos. Luego, esos recursos tendrán que ser aplicados o utilizados en un horizonte de tiempo, siendo que éste es igualmente un recurso, y no renovable.

La relación entre recursos escasos y los fines y objetivos nacionales se hace ordenadamente, precisamente priorizando la utilización óptima de dichos bienes. Dicha prelación se viabiliza dentro de los principios jurídicos, a fin de que la explotación de los bienes no sea un despojo ni un enriquecimiento sin causa para los entes motores de la actividad económica.

Existen diferentes aspectos que contiene un plan: urbano, financiero u otros. Nosotros nos referimos a éste como instrumento del Derecho Económico, y en tal sentido se puede señalar en términos amplios, sin que con ello apuntemos un concepto delimitado, que es una especie de contrato social con una finalidad económica en el que participan los agentes de la economía para conseguir la mejor distribución de los recursos disponibles de un país y el logro de los objetivos de política económica.

A esta altura conviene distinguir entre plan y planificación. El primero es un conjunto diversificado de otros pequeños planes sectoriales o privados y su ejecución puede suponer diversos actos de planeación. La planificación es un conjunto de actos jurídicos. Queda así establecido que el instrumento juseconómico es la planificación desde el momento de elaborar el plan.

Existen hasta 3 tipos o formas de planificar: imperativa, indicativa y concertada.

- a. **Planificación imperativa.** En ella el Estado establece un esquema a través del cual se determina con detalle las líneas del proceso planificador. Normalmente el plan prescribe qué, cómo y cuánto debe producirse, cómo debe venderse y a qué precio, así como los salarios y los ingresos de las empresas; por lo que aquellos principios que comentábamos en el Capítulo I, cuando

nos referíamos a la naturaleza del razonamiento económico, serían inaplicables o aplicables parcialmente. Este tipo de planificación se utilizó por los ex países socialistas de la Europa del Este, en donde el Estado, al detentar los medios de producción, podía prescribir centralizadamente el curso de la economía en un período de tiempo.

Empero, independientemente del sistema político-económico, ciertos aspectos son necesariamente imperativos, tal es el caso del aspecto urbano, la asignación de usos en el territorio nacional y la defensa nacional. El incumplimiento de las prescripciones del plan da origen a sanciones que debe imponer la autoridad administrativa<sup>225</sup>.

- b. Planificación indicativa.** Como su nombre lo sugiere, el plan sólo indica los objetivos, estrategias y cantidades para que los actores de la actividad económica puedan ajustar voluntariamente su accionar a fin de lograr determinados objetivos de desarrollo.

La planificación indicativa pura es una expresión de la lírica planificadora, ya que no tiene ni la coacción ni la sanción, y es fácil advertir que materialmente no se cumplirá nunca.

- c. Planificación concertada.** Es un aporte de la doctrina holandesa, por la cual la planificación es el resultado del acuerdo entre el Estado y los distintos sectores de la producción.

La planeación debe ser al fin y al cabo el fruto de un consenso nacional destinado a servir al hombre. Barre expresa, anhelante: "Hay que desear, en todo caso, que la aplicación de las técnicas de la planificación al desarrollo económica cuya eficacia no puede ser negada –sea guiada por un objetivo de bienestar más que por un objetivo de poder–, que se haga el servicio del hombre, sin explotar al hombre"<sup>226</sup>.

---

225. Allan R. BREWER CARIAS. *La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela*, p. 15.

226. Raymond BARRE. *El desarrollo económico*, pp.100 y 101.

Dentro de ese marco es que la Constitución del Perú de 1979, en su Art. 111, suprimido en la Constitución de 1993, señalaba: "La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio", es decir, ella es la consecuencia de un acuerdo nacional. Luego, la planificación económica se debía efectuar dentro de unos determinados límites marcados por el hombre, por la sociedad y por el Estado. Ajustando ese objetivo inmediato y esos límites al campo jurídico, la planificación puede alcanzar, en la medida de los principios de una política de desarrollo, un equilibrio de libertad y bienestar entre las necesidades del hombre y las de la sociedad, que es la finalidad de la planificación.

Ahora bien, siendo que la planeación implica una intervención global del Estado en la economía, pues busca ordenar y establecer prioridades a toda la actividad económica, puede significar, en algún momento, una limitación a la propia libertad económica, pues incentiva ciertas actividades en desmedro de las otras, asigna los escasos recursos a algunos sectores de la producción y puede limitar, cuando no prohibir, ciertas actividades. De allí la conveniencia de regular y establecer claramente los derechos económicos de cada uno de los entes que intervienen en la consecución del plan.

Flores Bao señala que "la planificación puede ser concebida como un instrumento técnico-jurídico para la promoción del desarrollo; y siendo así la ley debe normar su aplicación"<sup>227</sup>, regularla al detalle, pues una planificación alejada de los cauces jurídicos, aunque se lleve a cabo en una sociedad eminentemente liberal, deviene en dictadura técnica insufrible. Por ello es que tal vez la Constitución Política del Perú de 1993 ni siquiera la menciona, llegando a un extremo que puede ser perjudicial para lograr los objetivos económicos que se propone un país, ya que un Estado sin objetivos o propósitos éticos compartidos es un país sin derrotero.

Fritz Neumark señala que "... las investigaciones sobre planificación económica y libertad han demostrado que la economía clásicamente tenida como libre no siempre conduce a una mayor libertad

---

227. Francisco FLORES BAO. *Derecho y desarrollo*, p. 22.

política y personal, sino que en ciertos casos comporta una multa a los controles totalitarios"<sup>228</sup>. Sólo encuentra freno posible en la canalización de su plan y sus métodos al ritmo marcado por el procedimiento jurídico. Cuando la planificación actúa sometida a derecho garantiza la legitimidad de su gestión.

Sus normas no tienen un valor análogo, algunas tienen carácter imperativo, otras son de carácter programático y, en tal razón, precisan de otros dispositivos para su plena aplicación. Pero todas ellas necesitan de una expresión legal, pues es la forma jurídica, al ser infringida, la que nos advierte que el Estado se ha excedido en sus límites, la que nos indica que el Estado actúa dentro de su esfera de poder, la que sanciona el acto administrativo si no es conforme a derecho.

Todo sistema de planificación debe estar regulado jurídicamente, a través de una rama que determine el ámbito de la actividad privada, que marque los límites del poder del ente público. Nosotros consideramos que esta misión escaparía a especializaciones como el Derecho Mercantil, Empresarial, Civil o Administrativo, y encajaría, en cambio, dentro de los lineamientos de una rama que permita al Estado actuar en forma activa sobre la economía y que organice las relaciones sociales.

A la vez de reconocer que el interés social ocupa un lugar destacado, se ha de auscultar igualmente la necesidad de un vehículo adecuado de justicia, se ha de precisar el procedimiento jurídico que permita al ente público llevar a cabo la planificación propuesta, pero que autorice, igualmente, a que se repare la injusticia cuando la aplicación de la norma, por parte del aparato administrativo, ocasione perjuicios a los particulares.

La planificación y su ejecución a través de una Administración cada vez más despersonalizada puede restringir la libertad individual, y si no se cuenta con un procedimiento jurídico adecuado que autorice a los particulares a reclamar resarcimiento y reposición, se

---

228. Fritz NEUMARK. *Op. cit.*, pp. 233 y 234.

establecería el camino directo para el advenimiento de una planificación en la que el Estado subordine el íntegro de la vida económica a un único plan.

Es conveniente, entonces, proveer de canales y vías que faciliten la agilidad administrativa, garanticen la libertad ciudadana y la del Estado, y, en última instancia hagan posible la justicia. Ésta es la vía más efectiva hasta el momento en el cual la intervención estatal y la planificación con carácter particular conserven los caracteres de igualdad y de libertad necesarios a una planificación occidental. Este modelo de planificación es posible en cuanto el Derecho regenta su forma de expresarse y cautela su cumplimiento.

## 2.2 Presupuesto

Hugo Araneda Dorr define el presupuesto "como un cálculo previo y un programa de acción elaborado por el Estado, para coordinar la aplicación de sus medios a la obtención de sus fines, dentro de un período de referencia..."<sup>229</sup>. De esa manera, esta forma periódica se convierte en un instrumento del cual se sirve el Estado para ordenar el volumen de sus egresos e ingresos.

El presupuesto es el mecanismo específico de la actividad financiera del Estado, y su perfeccionamiento, a través de la clara expresión de sus objetivos mediante una legislación que aunque técnica sea suficientemente clara, ha de permitir el desarrollo equilibrado de la economía y la justicia social que representan las aspiraciones comunes de nuestra época. El presupuesto estatal tiene a la fecha dimensiones suficientes para producir relevantes efectos económicos y sociales mediante alteraciones en su volumen y en su estructura.

La cada vez penetrante intervención estatal así como las alteraciones en la estructura del mercado y el problema de los pagos internacionales han conducido, de consuno a que el presupuesto y la política financiera tengan hoy una influencia mucho mayor que en épocas pretéritas sobre el bienestar de las personas.

---

229. Hugo ARANEDA DORR. *La administración financiera del Estado*, p. 81.

La tesis del liberalismo clásico ha mantenido axiomáticamente el principio de que el presupuesto es un equilibrio entre ingresos y egresos, como si se tratara de una economía individual o una actividad empresarial, rechazando así el déficit financiero y aprobando, en cambio, todo aquello que fuera superávit, y olvidando, asimismo, al igual que los mercantilistas, aplicar su teoría del equilibrio comercial a la balanza de pagos. Las nuevas tesis distan mucho de la clásica, la diferencia es casi diametral, no es posible admitir en la actualidad que el presupuesto de un país esté limitado a parámetros minúsculos y supletorios de la actividad privada. La gestión del presupuesto está ligada intensamente con los problemas del comercio internacional y las reservas internacionales, aun de los salarios y los ingresos. Por ello es posible, en países subdesarrollados como los de nuestra América Latina, un presupuesto deficitario, sin que ello signifique una falta de tecnicismo o irregularidad. Las doctrinas modernas, a pesar que entre sí difieran, tienen de común el haber dejado atrás la política de equilibrio.

Autores como Neumark y Araneda Dorr, siguiendo las prácticas financieras actuales, descartan la teoría del presupuesto equilibrado. Incluso teóricos, como Jorge Witker, explican que hablar sobre la inadmisibilidad de un déficit presupuestario sólo es posible en un Estado gendarme.

Efectivamente, el desarrollo del Estado intervencionista hace cambiar de naturaleza y orientación al presupuesto, ya que éste, como bien señala Retchkiman<sup>230</sup>, está inseparablemente mezclado con nuevos problemas de la economía internacional, de la moneda y del crédito, ya que este instrumento debe ser concebido como control de la contabilidad central al servicio de una red general de previsión económica del Estado.

Recientemente, en los debates en los organismos internacionales y la reestructuración de las economías de los países en vías de desarrollo, se habla frecuentemente de la necesidad de contener la expansión del gasto presupuestario y reducir los empréstitos del sector

---

230. Benjamín RETCHKIMAN. *Introducción al estudio de la economía pública*, p. 291.

público. Se considera que el endeudamiento oficial es excesivo y produce menos beneficios para el interés nacional que el endeudamiento del sector privado, y que en tal razón debe contenerse el tamaño del presupuesto. Sin embargo, en la práctica la política gubernamental de los países industrializados no está a la par con la retórica dirigida a los países latinoamericanos sobre las limitaciones presupuestarias, como lo ha demostrado el hecho de que los presupuestos de Estados Unidos de América, Alemania, Italia y el Japón hayan sido desbordados por las presiones políticas que han primado sobre los objetivos económicos.

Es indudable que el presupuesto, a través de su doble aspecto de documento de ingresos y gastos, constituye un verdadero transformador del proceso económico y, en consecuencia, afecta directamente el progreso nacional; sin embargo, hay que tener presente que los tributos y gastos explícitos que registra el presupuesto no son los únicos elementos vigentes en la economía pues, como señala Bird, los impuestos y subsidios implícitos que se introducen en la economía de muchos países por medio de políticas fiscales (y de otra índole) que distorsionan los precios relativos, bien pueden ser más importantes que los impuestos y gastos explícitos que aparecen en el presupuesto<sup>231</sup>.

El basamento legal del presupuesto está en su propia naturaleza, pues sólo puede tener válida existencia a través de una norma que determine su elaboración, ejecución, funcionamiento y su control. Con rigor jurídico puede decirse que es un acto legislativo que autoriza el máximo de los gastos del Estado y se aprontan los ingresos necesarios para cubrirlos.

El régimen jurídico peruano, consecuente con el principio de legalidad del ingreso y los gastos previstos, lo consolida en el Art. 74 de la Constitución de 1993, cuando establece que la creación, alteración o supresión de impuestos se rige por el principio de legalidad, reserva, igualdad y respecto a los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, consagra el principio de que "ningún tributo puede tener

---

231. Richard M. BIRD. "Taxation and income distribution in Latin America: A critical review of empirical studies". *IMF staff papers*, p. 3 y ss.

carácter confiscatorio". Posteriormente, el Art. 75, continuando con la regla del Art. 140 de la Constitución de 1979, señala que las operaciones de endeudamiento del gobierno se harán sólo mediante ley.

El presupuesto alcanza su expresión y la obligación de su cumplimiento sólo a través de uno de los medios de expresión jurídica como es la ley. Mediante este instrumento de la política económica se pueden programar los proyectos de inversión pública destinados a un esquema general de desarrollo.

### **2.3 Prioridades**

Prioridad es la categorización de los sectores de la demanda respecto de un determinado bien. Es la ordenación de grupos de demanda determinando fijamente, de acuerdo a la política de desarrollo, el orden y la oportunidad en que deben concurrir a obtener un bien para satisfacer sus necesidades.

Olivera señala que prioridad es la antelación de un sector de la demanda sobre los restantes, para la obtención de un bien económico.

La regulación de ciertas actividades del mercado importa siempre un encauzamiento del esfuerzo productivo hacia ciertos aspectos con preferencia a otros. El interés social hace determinar que la producción en determinados rubros ha de ser incentivada y, en consecuencia, la demanda ha de dirigirse, también, hacia la obtención de esos bienes de la producción. Una política económica de desarrollo busca la articulación de las actividades económicas, según una clasificación de prioridades, de prelaciones. El establecimiento normativo de prioridades es una de las figuras más importantes del Derecho Económico.

Las prioridades no entran en el ámbito civil, pues no son fijadas en el mundo de la contratación privada, ni corresponden al área comercial, mercantil o empresarial, pues éstos regulan las relaciones nacidas de la actividad comercial, donde el interés inmediato es la legalidad del acto de comercio. La prioridad es un negocio jurídico de

naturaleza especial, pues instrumenta una política de desarrollo y al mismo tiempo norma relaciones sociales que sólo en cuanto son reguladas advienen soluciones jurídicas.

Es una figura que a la vez representa un instrumento de la política económica, pues establece preferencias entre los diferentes sectores de la actividad productiva nacional y, de esa manera, puede afectar las relaciones entre las unidades del mercado.

La determinación de los objetivos de una política económica y la selección y categorización de las prioridades de la producción y el consumo son, ciertamente, aspectos de naturaleza económicos, pero la dinámica hace que las prioridades se presenten asociadas con cuestiones de tipo social. En ello reside precisamente la causa de una política de desarrollo integral que no busca sólo incremento de la renta.

Hay que tener presente, al respecto, que las prioridades, como instrumento del desarrollo, no sólo norman la categorización de aspectos puramente económicos, sino también de índole social, y tal vez ello le dé con propiedad la condición más apropiada de instrumento del desarrollo. "Las normas reguladoras de prioridades, que normalmente aparecen sólo vinculadas a los procesos de creación de riqueza, importan siempre en sustancia una redistribución de la riqueza social"<sup>232</sup>.

La determinación de un cuadro de prioridades puede, en algún momento, significar una ingerencia absoluta del Estado en la economía y desplazar una parte sustancial de los recursos productivos hacia actividades de presión, convirtiéndose entonces en un instrumento de injusticia y terror. Ése sería el sentido distorsionado de prioridades, haciendo peligrar el orden jurídico. La percepción cabal de los objetivos de política económica facilitará percibir el sentido de las regulaciones que necesita el medio económico y social. Hay que plantear en la técnica jurídica un modo racional y operativo de los

---

232. Julio OLIVERA. *Op. cit.*, p. 87.

cuadros de prioridades, ya que de ella depende el límite entre lo racional y lo arbitrario en la ordenación de las actividades económicas por los entes encargados de ejecutarlas u orientarlas. Por ello la necesidad de un juseconomista que, aplicando los principios del Derecho Económico, esté en aptitud de elaborar un cuadro de prioridades que sea un medio suficiente para los objetivos de la política económica del Estado, pero que al mismo tiempo no sea instrumento ni arma de una arbitrariedad estatal, ni signifique la posibilidad de que valiéndose de ella pueda orientar, antes que el bien común, el interés del grupo de poder que gobierna, como ocurrió en Italia con el Partido Nacional Fascista.

Uno de los primeros antecedentes en el derecho positivo peruano sobre prioridades lo encontramos en la Ley 9611 (22-Set-1942), que centralizó la dirección y control de los factores que conciernen a la producción, distribución y consumo de artículos alimenticios mientras durasen los efectos de la II Guerra Mundial. Posteriormente, el D.L. 18350 estableció un cuadro de prioridades con la ordenación del sector productivo industrial cuando fija una serie de incentivos, de tipo tributario la mayoría de ellos.

Todo dispositivo que determine una prioridad, como regla de Derecho Económico, debe ajustarse a módulos de certeza, clara objetividad (obedecer a criterios impersonales) e ir acompañado de una motivación y considerandos explícitos.

Las prioridades enmarcan una selección de la producción, y su establecimiento importa un método de asignación especial. Este aspecto lo analizamos en el numeral inmediato.

#### **2.4 Permiso de asignación**

Es una manifestación de voluntad administrativa que tiene un contenido de interés público y que abre la posibilidad de una operación determinada de mercado en virtud de su coincidencia con el objetivo económico.

La regulación de la economía dentro de una política de desarrollo somete las operaciones económicas a permisos especiales de asigna-

ción. Y esto no es así únicamente en un proceso de desarrollo económico reciente, sino también históricamente. Es difícil encontrar una economía nacional en la que el comercio exterior y la inversión de capitales se encuentren libres de ser regulados a través de permisos de asignación. Los sistemas juseconómicos —alemán nacional socialista, británico laborista y norteamericano— durante la guerra, a pesar de la honda diferencia en sus ideales, se distinguen solamente por el procedimiento en la concesión de permisos de asignación.

Determinando la naturaleza del permiso de asignación, Olivera señala que “el permiso de asignación viene a ser privado por su objeto, y público, por su causa. Disciplina actividad privada, pero lo hace con fines públicos”<sup>233</sup>. Esta condición es, indudablemente, un fenómeno característico de las normas del Derecho Económico, de tal suerte que es posible afirmar que el permiso de asignación, si bien es cierto es un acto potestativo del ente administrativo del Estado, una vez otorgado, su cumplimiento se hace obligatorio para él y derecho para el asignatario que lo recibe.

Otra característica del permiso de asignación es el de ser intransferible, se otorga *intuitu personae*, imponiendo al asignatario deberes especiales, obligaciones y responsabilidades que no pueden transferirse, ni delegarse en otros, pues es contrario a los principios de la ciencia jurídica como de la administración.

El permiso de asignación otorga al asignatario la posibilidad de realizar una operación económica, lo reviste de una facultad, pero esa posibilidad de ejecutar una operación económica tiene una inmediata relación con el interés público, de tal suerte que podría afirmarse que éste depende, en mayor o menor proporción, de la manera como se manifieste dinámicamente el permiso. Aquí reside, precisamente, su diferencia con el permiso común u ordinario que corresponde a manifestaciones de carácter policial, de orden público y no de interés para la política económica.

---

233. *Ibid*, p. 132.

La única coincidencia entre el permiso de asignación y el común es que ambos se originan porque existe una prohibición o una limitación, pero sus objetivos son distantes y diferentes.

El permiso de asignación parte de una prohibición, pero para que exista una disposición prohibitiva debe haber una oposición entre una situación dada y el interés público, entre una posibilidad de hacer y un objetivo que interesa a la sociedad. Debe existir una *causa prohibendi*, un motivo que origine esta prohibición.

Sin embargo, la inversión, la importación y en general todos los actos de la economía no son precisamente manifestaciones contra el interés público, por el contrario. Empero se dan disposiciones prohibitivas generales, a través de fuertes tributos u otras medidas, para reorientar las inversiones hacia determinadas actividades, o para importar señalados artículos sin que exista *causa prohibendi*. Podemos apreciar, en el caso, que realmente no existe causa de prohibición, pero sí existe causa de ordenación, causa de regular la economía hacia objetivos superiores de índole social, donde el desarrollo es su meta, y donde éste alcanza un interés público y urgente. En consecuencia, la causa de ordenación tiene su lugar propio junto a la de prohibición en el dominio de la *ratio legis*.

Las normas referentes al permiso de asignación prescriben, como señalamos, una conducta de las actividades económicas. Empero, puede ocurrir en la interrelación social actos jurídicos que determinen una situación y ordenación diferente a la señalada por las normas de asignación; por ejemplo, el contrato privado que estipula la entrega de un bien económico en volumen mayor a la cuota máxima establecida por la norma, pudiendo el vendedor disponer legalmente en la parte posible, es decir, hasta el límite de cantidad permitido por la ley.

Cuando se presenta este tipo de enfrentamiento entre la norma de asignación y un acto jurídico, es indudable que éste deviene en ineficaz y puede llegar a la nulidad; pero es un grave error, como señala Olivera siguiendo a Hamann, suponer que todo acto jurídico contrario a una norma de asignación resulta nulo.

En efecto, parecería excesivo que un acto jurídico que vaya más allá de los límites de una norma de asignación sea nulo, pues no se halla en relación de oposición directa. En el ejemplo propuesto, si una persona pacta con el vendedor la adquisición de una cantidad mayor de bienes a aquella que limita la norma de asignación, no se está planteando un acto jurídico contrario y en oposición directa a la norma de asignación, sino más bien un acto jurídico que lo supera y que, por lo tanto, es anulable en la parte o proporción en que eclipsa a la norma y no el íntegro. Es decir, el acto jurídico se adapta a la eficacia de la norma asignativa, pero no desaparece, pues las normas regulan operaciones económicas reales y no negocios jurídicos del Derecho Civil. En todo caso, es posible que el adquirente tenga una responsabilidad de tipo penal, pero el acto en sí no es nulo, pues la eficacia del acto jurídico no debe excluirse, sino únicamente limitarlo hasta donde sea posible hacer viable la norma asignativa.

La posibilidad señalada de que puedan presentarse actos jurídicos privados frente a normas de asignación nos plantea la factibilidad de que los permisos de asignación, que de alguna manera son cuotas sobre bienes económicos, puedan transferirse si así lo permite una norma general de asignación. Si la ley consiente la transferencia del ejercicio del derecho, aunque no así su sustancia, es lícito cualquier acto jurídico de tradición. Caso contrario, si la ley no habla de transmisión en el ejercicio del derecho de asignación, entonces es que no es admisible un acto que lo establezca, pues éste sí sería nulo, ya que se trata de derechos públicos, subjetivos *extra commercium*.

Partiendo del principio de que la norma específica admite la transferencia del permiso de asignación, es posible, en consecuencia, su embargabilidad, pues ésta sólo requiere que pueda transferirse el ejercicio del derecho, aunque no sea transferible su sustancia. *Ergo*, cuando la ley expresamente admite la transferencia del permiso, siquiera en punto a su base activa, debe considerarse implícitamente admitida su embargabilidad<sup>234</sup>.

---

234. *Ibid*, p. 137.

Ahora bien, visto el origen y naturaleza jurídica del permiso de asignación es necesario ver la forma como termina. Cuando éstos tienen una actividad de duración a plazo fijo, está clara su extinción; pero cuando tiene por objetivo una actividad sin término fijo, como, por ejemplo, una licencia para producir, puede extinguirse por decisión unilateral del asignatario, pues, de acuerdo a los principios generales del Derecho, nadie está constreñido al cumplimiento de una obligación indefinida. *Contrariu sensu*, puesto que el permiso de asignación pone en acción una libertad reconocida legalmente, el receso unilateral no es ejercible por la administración pública, en todo caso puede hacer uso, *ad libitum*, de su poder de revocación invocando el interés público.

La asignación reviste diferentes formas de presentarse, tanto que podemos hablar de clases de asignación, como:

- Asignación de cantidad (cardinal)
- Asignación de prelación (ordinal)
- Asignación selectiva
- Asignación fáctica
- Asignación discriminatoria.

#### **2.4.1 Asignación de cantidad**

Nosotros nos permitimos denominarla como asignación de cantidad, en tanto que Olivera la llama cardinal.

Es el caso de la fijación de cuotas para el reparto de un bien económico entre los diferentes grupos de la demanda.

Es aquella que prorratea los escasos recursos de que dispone un país entre los sectores concurrentes, permitiendo así la explotación preferente, aunque limitada, de todos ellos. Las cuotas y cupos son una manifestación de este tipo de asignación. Vega llama a esta clase de asignación, racionamiento, el mismo que se presenta no sólo en época de guerra, sino en cualquier circunstancia, pues en época de paz, como apunta el mismo autor, pueden decretarse racionamientos para limitar el consumo y hacer menos gravosa la escasez, o pueden fijarse los precios congelando tasas y tarifas. El efecto inmediato de

esta clase de asignación es que bloquea la posibilidad de elección del comprador, en cuanto a la cantidad, y del productor, en cuanto al volumen y la expectativa de lucro.

Estas medidas tienen antecedentes en la legislación peruana. Hacia el año 1940 se promulgó la Ley 9047 que autorizaba al Poder Ejecutivo a adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el abaratamiento de las subsistencias. Luego la Ley 14953, el año 1964, autorizó nuevamente al Poder Ejecutivo a aplicar durante 180 días la disposición de la Constitución relativa al abaratamiento de las subsistencias. Y aun cuando ahora están en desuso por las nuevas políticas económicas en América Latina, no pueden dejar de mencionarse dentro de un análisis teórico de esta disciplina.

#### **2.4.2 Asignación de prelación**

Determina el orden en que los sectores de la demanda han de concurrir a obtener su cuota y la forma en que, una vez satisfecha, dejan paso a los subsiguientes, tanto en lo que se refiere al consumo directo de un bien como cuanto a la obtención de determinados insumos para la producción. De allí que esta asignación tenga estrecha relación con las prioridades a las que hemos hecho referencia anteriormente.

La asignación ordinal consiste en señalar una cantidad específica de bienes para determinada necesidad, la que una vez satisfecha dará acceso a otro sector de necesidades. Es decir, un mismo tipo de bienes designados prelativamente a varios sectores de usuarios.

Olivera, a quien seguimos en este análisis, señala que las prioridades no se establecen de manera ilimitada, sino que se les constriñe a ciertos topes cuantitativos. La preferencia de una actividad desaparece en el instante de agotar su cuota, y pierde desde entonces el derecho de acceso al recurso económico asignado, en beneficio de la actividad subsiguiente en la escala de prioridades.

Los criterios que se emplean para determinar una ordenación y prelación no son únicamente económicos, sino también sociales y técnicos.

Esta forma de asignación puede ser establecida a través de una norma específica y de manera directa estableciendo volúmenes; pero también se puede establecer por medios indirectos usando el mecanismo de los precios que propiciaría que determinados sectores de los consumidores se orienten hacia un preciso grupo de bienes, como es el caso de las tasas arancelarias para los productos importados o los impuestos selectivos al consumo.

### **2.4.3 Asignación selectiva**

Es una clase de asignación cuyo comportamiento elimina a un determinado sector de la demanda y privilegia a otros.

Mientras en la asignación cardinal se prorratea un recurso para satisfacer varios sectores y en la ordinal se fija el orden en que han de concurrir sucesivamente frente a un mismo bien, en la selectiva se elimina a un señalado grupo, se excluye la satisfacción de ciertos sectores de la demanda y se privilegia a otros.

Este tipo de asignación es el que puede permitir, si no hay un criterio juseconómico oportuno, abusos de parte de la administración estatal, pues su afán en algunos casos excluye totalmente a ciertos sectores económicos, afectando no sólo su derecho sino sus necesidades vitales.

En efecto, y aun cuando esta asignación selectiva, como afirma Olivera, admite ciertas gradaciones, va hasta la aplicación forzosa del recurso a un uso determinado con preterición de todos los demás.

En la legislación peruana se estableció un caso de asignación selectiva cuando se permitió la utilización de los bonos de la Reforma Agraria para la formación de capitales de las industrias, de igual manera la norma que prohibía asegurar en el extranjero a personas o bienes. En algunos casos la norma económica fija que se efectúen transferencias forzosas de recursos productivos, como la obligación de las compañías de seguros de transferir los riesgos (reaseguros) a una reaseguradora estatal, o las transferencias forzosas de capital para constitución de empresas nuevas.

Entendemos por todas estas transferencias la orden o mandato legal que obliga al titular de un recurso a emplearlo, asignarlo o transferirlo hacia un objeto determinado. Debemos hacer una diferenciación entre estas transferencias que son de tipo económico de aquellas fiscales que buscan sustancialmente obtener recursos para el desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues la transferencia económica busca facilitar recursos o una masa de ellos hacia unidades privadas a fin de realizar prestaciones de actividades de mercado. De tal suerte que se puede concluir señalando que no existen transferencias abstractas, es decir a actividades genéricas e indeterminadas, sino que, por el contrario, todas las cesiones están unidas o establecidas a una actividad de destino.

#### **2.4.4 Asignación fáctica**

Este tipo no es propiamente una forma de asignación juseconómica, ni la menciona en su clasificación Olivera; sin embargo, la señalamos como una consecuencia, o la otra expresión, de la asignación selectiva.

En efecto, es factible que la cantidad de recursos de un bien aplicado a un uso determinado, con exclusión de todos los demás, engendre, en la realidad, la imposibilidad de hecho de satisfacer alguna porción del fin al cual iba destinado. Se presentaría de esta manera una forma de selección, de asignación por falta de cantidad de recursos. Es, pues, una circunstancia originada por la realidad económica frente al contenido de la norma.

De allí la necesidad de que los cálculos de posibilidades de los permisos de asignación se formulen *ex ante*, mirando el contexto de la norma, y *ex post*, con referencia a los datos de una realidad concreta.

#### **2.4.5 Asignación discriminatoria**

Es aquélla donde la norma, o el dispositivo asignado, establece diferencias de onerosidad entre los sectores concurrentes de la demanda, tornando para algunos más costosa la obtención de determinado bien para satisfacer su necesidad.

La teoría económica conoce esta figura con el nombre de discriminación de precios, según la cual un mismo bien o servicio tiene diferentes precios. Un ejemplo es el de las tarifas de estacionamiento de taxis y aun de pasajes de avión, que varían según la hora o el día en que se realiza la presentación, propiciando que en las horas de menos tráfico aumente la demanda al bajar las tarifas del estacionamiento o de los pasajes. Los precios están ajustados a un correspondiente fraccionamiento de la demanda, de tal modo que para cada segmento de ella se establece un precio diferente. Podemos concluir que asignación discriminatoria es la que señala y fija diferencias de onerosidad en la obtención de un bien económico por los varios sectores de la demanda.

En el Derecho peruano tenemos ejemplos. Así, el mercado de divisas, D.L. 17710 que fijó, en su oportunidad, tipos de cambio para el comercio exterior; el mercado de trabajo, con el establecimiento de salario mínimo vital diferenciado por zonas y hasta por actividades, que se aplica en casi todos los países de América Latina.

## **CAPÍTULO XII**

### **LA NORMA JUSECONÓMICA**

En un intento de establecer los lineamientos del Derecho Económico, estimamos las normas de esta disciplina como reglas particulares; en tanto que su nacimiento surge de la tradición jurídica.

#### **1. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS**

Estas normas, además de contener los elementos de equilibrio y seguridad de las relaciones jurídicas, al actuar dentro de la dinámica económica, como instrumentos de los objetivos de política económica, tienen características coercitivas, dispositivas y persuasivas, que son privativas de su composición.

##### **1.1 Coercitivas**

Las normas juseconómicas obligan o prohíben a las entidades públicas y privadas a realizar determinadas acciones bajo la fuerza de una sanción. El equilibrio de la distribución de los bienes, de la explotación de la riqueza y de las cargas comunes de los sujetos que

actúan en la economía se hacen factibles en la medida que sus normas contengan una coacción.

La autonomía de la voluntad está constreñida a los límites del interés social, y ello es lo que distingue el Derecho de la moral. Es el propio Derecho en cuanto se viste de fuerza para poder garantizar su cumplimiento.

No se debe confundir con las reglas del Derecho Administrativo, que se circunscriben al registro y autorización para ingresar en el mercado, como los registros públicos, la autorización municipal para iniciar un negocio, los permisos previos de exportación o licencias de importación. Éstas conforman criterios de legalidad, publicidad o autoritativos, siendo su finalidad legalizar las actividades comerciales, industriales y de servicios, independientemente de la forma e intensidad de su acción y de los resultados económicos alcanzados. Estas reglas no visan conducir a su destinatario a un determinado comportamiento económico, simplemente lo llevan, obligatoriamente, a recorrer un *iter juris* necesario para la legitimación de la actividad. En tanto que las normas del Derecho Económico tienen la fuerza impositiva de una conducta en la economía<sup>235</sup>. Esa imposición busca un comportamiento que satisfaga el interés económico de la colectividad. Son más bien criterios operativos de gestión orientados a obtener resultados hacia los fines de política económica y de bienestar. De allí las reglas que limitan el tamaño de las unidades productivas para no caer en el monopolio o el oligopolio, la determinación de precios, la graduación impositiva y la formación de consorcios, los requisitos de publicidad de la propiedad accionaria, la transparencia de las operaciones en la bolsa de valores o de productos, la publicidad de los componentes de las manufacturas.

Como señalan Farjat y Carvalhosa, gran parte de las normas coercitivas del Derecho Económico otorgan a la jurisdicción administrativa la misión de examinar las violaciones a través de las diversas entidades económicas públicas o de los órganos de fiscalización. La jurisdicción administrativa es el primer paso para el control y aplicación de la coacción.

---

235. Modesto CARVALHOSA. *Direito Económico*, p. 289.

Sin embargo, la coercitividad de la norma no llega a anular los actos sino a corregir una situación; es una conminación para modificar los términos contractuales desajustados con la ley económica, en lo que la contradice únicamente. Es una reorientación de las actividades para proteger el mercado o para cumplir los objetivos de política económica. El negocio jurídico se mantiene, o por la modificación, en lo que a la norma básica se refiere, o por la inclusión de elementos o condiciones indispensables para su validez, preservando de esa forma la integridad del acto jurídico.

## 1.2 Dispositivas

El carácter *jus dispositivum* de las normas juseconómicas se basa en el presupuesto de que la libre declaración de voluntad de las partes debe efectuarse dentro de los contornos de la norma, sometiéndose incluso a ella. La finalidad de la norma dispositiva no es la de suplir la voluntad del destinatario de la ley, sino la de llevarlo a una opción económica de interés colectivo y social que trascienda los límites del rédito individual<sup>236</sup>. Así, la declaración de voluntad de las partes, real y necesaria, existe dentro de las estrictas formulaciones de la ley principal, por lo que las formas de expresarse son a través de la adhesión, la generación dentro de los límites establecidos por la norma. El negocio jurídico está regulado por la norma, sin que pretenda indagar o suponer lo que las partes pretendían, sino lo que la norma posibilita. En última instancia, el juego de la libre expresión tiene un marco preestablecido por el interés de la sociedad en su conjunto.

No es que las reglas juseconómicas sean creadas para fijar y establecer límites severos a la libre expresión de voluntad de los sujetos que intervienen en la actividad económica, sino que al prefijar objetivos de propósitos colectivos, esa manifestación de voluntad se constriña a las extremas del propio interés; de allí que se señale que los fines colectivos presuponen la adhesión individual una a una, generando un deber de conducta libre y soberana dentro de dichos límites.

---

236. Modesto CARVALHOSA. *Op. cit.*, p. 304.

Se da un *vinculum juris* entre el sujeto, su libre expresión de voluntad y el interés colectivo de la norma.

Si Publio y Tarquino Sexto establecen una empresa destinada a exportar productos agroindustriales cosmetológicos, los términos de ese negocio jurídico son libre y soberanamente pactados, pero su accionar está limitado por una cantidad máxima de exportación que no origine el desabastecimiento interno, la necesidad de cumplir con la obligación tributaria, las normas aduanales y someterse a los controles de calidad para no perjudicar la imagen de la industria nacional. Es decir, una serie de intereses colectivos que buscan obtener bienes para alimentarse, divisas para el crecimiento económico y elevar el nivel de la industria, aun de aquellas que no son similares al negocio de nuestros dos inversionistas. A su vez, el Estado se obliga, en mérito al cumplimiento de estos fines que constriñen la voluntad de las partes, a proporcionar infraestructura, aduana eficiente, concesiones, garantías financieras o exoneraciones tributarias. Por ello es que Publio y Tarquino Sexto tienen el derecho de exigir de la administración pública el cumplimiento de tales facilidades; no sólo por un interés individual legítimo, sino por metas superiores de interés colectivo dentro del cual, a su vez, se encuentran los agentes individuales.

### 1.3 Persuasivas

La obtención de determinados o de casi todos los objetivos económicos requiere de la movilización de recursos y de agentes, que se inclinarán con más o menos interés hacia actividades concretas en la medida que el atractivo para sus propósitos sea mayor.

La formulación normativa juseconómica incentiva a las unidades económicas y a los sujetos a través del premio, el estímulo. Así, las leyes de desgravación tributaria, los subsidios fiscales, incluso el premio como se indicó en un capítulo anterior, es una característica singular de la norma juseconómica.

El incentivo, estímulo y premio son las formas en que la norma persuade a los agentes económicos. Conviene aquí distinguir el estímulo del incentivo. El primero es la medida que, a través de la

reducción en la carga tributaria de una unidad económica, propicia el incremento del capital y recursos o el ahorro. Los incentivos, en cambio, son medidas destinadas a proveer recursos externos a las unidades productivas; como las líneas de financiamiento, por ejemplo. Otra distinción es que mientras el estímulo es de carácter general, ya que la norma alienta a todos aquellos sujetos que desempeñan determinada actividad económica, el incentivo es de carácter particular, específico, va hacia un sector de la actividad económica o a un determinado gremio.

Esta calidad posibilita a los sujetos que no pueden ser compelidos a entrar dentro de un plan global de desarrollo económico se integren voluntariamente, trascendiendo sus objetivos particulares hacia metas de interés social. De esa manera, una suma de esfuerzos individuales dará inicio a una estructura direccional voluntariamente programada.

La tradicional imperatividad de las normas es superada, en efectos económicos, con la persuasión; sin embargo, los estímulos e incentivos requieren ser observados en su aplicación, pues, así como motivan a determinados sectores de la economía, pueden desalentar a otros con efectos tal vez más negativos que el desestímulo hacia alguna dirección. La apreciación permanente, por parte del órgano encargado de conceder el estímulo o incentivo, se convierte así en una aptitud concomitante a la persuasión.

Evidentemente, la coercitividad de las normas convive con la persuasión, ya que después que los sujetos ingresan al rango de estímulos y beneficios que la ley determina, deben de cumplir una serie de actos y asumir ciertas obligaciones que si son incumplidas serán pasibles de sanción. La coercitividad obliga a los sujetos, una vez que libre y voluntariamente opten por una actividad específica, al cumplimiento de determinados objetivos en razón del beneficio de los estímulos o incentivos.

Si una compañía o corporación decide variar sus planes y aun su objeto social para desarrollar una actividad económica promocionada por medidas de incentivo y estímulos (es decir persuasivas), se acoge a los beneficios de ellos con facultad de exigírselo al Estado y la

obligación de otorgárselo; asimismo, llevará a la norma coercitivamente imponer un uso adecuado de los recursos y beneficios, así como el cumplimiento de las metas.

Las normas persuasivas son fruto de una realidad más equilibrada que busca orientar el interés individual hacia fines sociales.

## 2. CREACION DE NORMAS JUSECONOMICAS

En la dogmática tradicional, el tema de la creación de las normas juseconómicas suele ser englobado bajo el marco relativo de las fuentes del Derecho.

Fuente es el lugar de donde brota o nace algo, es decir, el manantial de donde nacen las normas juseconómicas. Prescindiendo de la *potestas normandi*, que reside en el Estado y que viene a ser en última instancia el centro original de las normas, las fuentes del Derecho y del Derecho Económico en particular, son el lugar de donde éste emana y fluye.

Una norma jurídica es fundamentalmente un criterio indicativo sobre resolución de pretensiones y sobre decisión de conflictos. Una de las maneras de solucionar esos conflictos es la solución negociada. No cabe duda, entonces, que una de las formas más importantes de producción de normas son los pactos o acuerdos entre los interesados<sup>237</sup>. De esa manera se dan los convenios, fruto de una negociación entre las partes enfrentadas. Ese es un aspecto, también, por el que se generan las normas de conducta, fruto de una colisión de intereses, entre los distintos agentes económicos. Se dan nuevas líneas de convivencia, precisamente, para no destruir el medio en que se desenvuelven dichos actores, pero, la validez de las normas juseconómicas que emanan de los centros generadores, de esa *potestas normandi*, o de un acuerdo de voluntades, o la solución anterior a un conflicto de intereses, o la costumbre, reside sobre todo en la voluntad del Estado.

---

237. Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teorías del Derecho*. p. 127

La convención es el origen de convivencia entre los hombres, ya que es un acuerdo entre dos o más personas en virtud del cual a partir de determinado momento algo es o deberá ser de determinada manera.

El Derecho es resultado de la convención. "Esto no significa que surja como producto de un acuerdo fácticamente tomado entre hombres. El carácter convencional del Derecho indica que es producto de la voluntad de los hombres, que tiene un origen artificial y que, por consiguiente, no deriva de la naturaleza de las cosas"<sup>238</sup>.

Esa convención puede surgir del acuerdo entre individuos o por el acuerdo entre los legisladores o constituyentes que en base a un entendimiento previo con los ciudadanos elaboran una norma o una regla positiva específica. De tal manera que la creación de las normas juseconómicas surge a través de un acuerdo entre los sujetos o bien del legislador colegiado, como sucede en el mundo civilizado.

Así, las normas juseconómicas nacen de órganos como el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, las instituciones encargadas de la administración económico-financiera del Estado, los tratados internacionales, el organismo contralor y la costumbre. La doctrina y la jurisprudencia admitidas en un discurso teórico del Derecho, las consideramos y las citamos como elementos ilustrativos de las normas juseconómicas, aun cuando carecen de eficacia jurídica, por lo menos dentro del sistema romano-germánico.

Si bien se resta importancia a la doctrina y a la jurisprudencia, no se las puede excluir, ya que la doctrina influye directamente en la formación de una convicción jurídica por parte del legislador y forma también una conciencia en la comunidad, a la cual también apuntan las opiniones de la media o los medios de comunicación. De la misma manera actúa la jurisprudencia cuando es razonada, pues los precedentes van estableciendo líneas de análisis para las decisiones judiciales. El peso de la doctrina permite que el legislador aprecie la

---

238. Gregorio ROBLES. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, p. 36.

naturaleza de las cosas y las consecuencias de las normas en un determinado contexto; hecho que se puede apreciar plenamente en el sistema jurídico anglosajón.

La realidad europea muestra algunas características que no se dan en nuestra presencia latinoamericana. La circunstancia de que en el decenio del 90 se unan los países europeos, en la hoy Unión Europea (UE), en aspectos aduaneros, comerciales y legales ha llevado a un gran desarrollo del llamado Derecho comunitario o de las comunidades. Ésa es una fuente original del Derecho Económico para ese sistema de países, pues incide indudablemente en los derechos nacionales. Ese Derecho comunitario, en virtud de su naturaleza y de sus relaciones con los derechos nacionales de los países miembros, constituye una verdadera fuente de Derecho Económico. Hecho que aún no se da para la germinación de esta rama en nuestros regímenes legales, por lo menos en intensidad, aun cuando los tratados internacionales influyen en su generación, aunque en menor proporción. Algunas normas del Acuerdo de Cartagena, sobre todo en lo concerniente a las inversiones, han marcado una posición destacada como fuente; razón por la cual las consideramos en la clasificación.

### **3. CLASIFICACIÓN**

Aun cuando, como bien afirma Savigny, el Derecho existe desde siempre en la conciencia común del pueblo las normas se forman por convenios sociales y existen aunque no sean obedecidas. Luego fuentes juseconómicas son la causa del nacimiento de las instituciones jurídicas cuando de las normas o reglas nos estamos refiriendo de manera particular a una rama especializada y, como tal, a la fuente u origen de esa rama

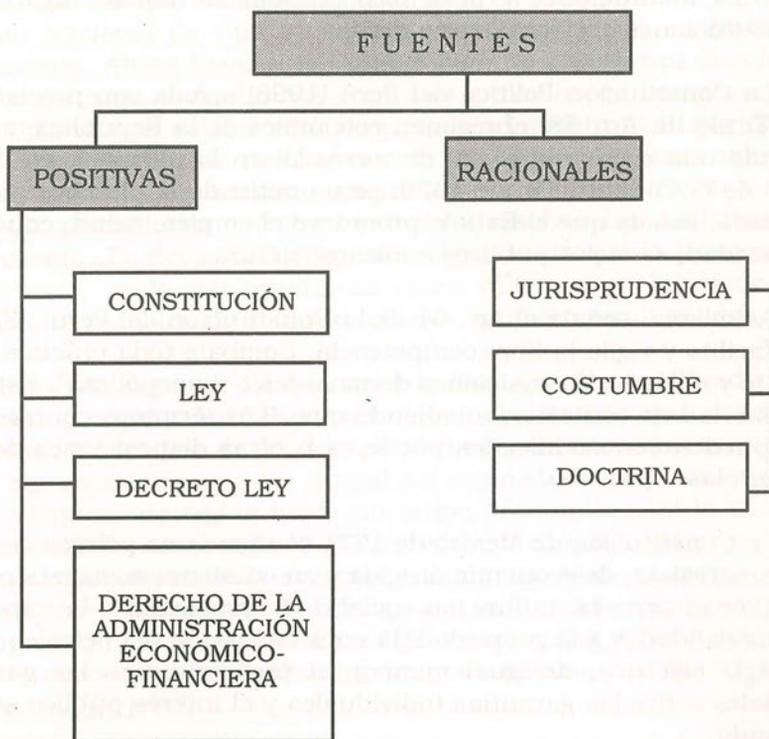
La ordenación de las fuentes de esta disciplina no escapa de la que podría corresponder a cualquiera de las otras normas jurídicas, dado que con ellas guarda la igualdad en cuanto autonomía.

Las principales fuentes son las llamadas positivas –es decir, la norma escrita, ya que ellas le dan un mayor contenido al Derecho

Económico, caracterizadas por el lugar particularmente extenso que en ellas ocupan las competencias de las autoridades gubernamentales y administrativas bajo la forma de medidas reglamentarias. Sin embargo, dado el carácter de maduración que va adquiriendo la disciplina, también tratamos a las fuentes racionales, pues orientan, explican, cuando no aclaran, el sentido de las positivas (Gráfico N° 15).

**GRÁFICO N° 15**

**FUENTES DEL DERECHO ECONÓMICO**



Denominamos fuentes positivas a aquellas a las cuales Giorgio del Vecchio las llama fuentes formales y cuya presencia da carácter positivo al Derecho, en tanto que racionales son aquellas producto de la aplicación al caso concreto de la norma o el análisis que se hace de los fenómenos juseconómicos. Estas fuentes son:

### 3.1 La Constitución

La Constitución viene a significar el centro generador más importante. Es a través de ella que se prefijan los límites y el continente del resto de reglas. La Constitución es la norma fundamental de la que van descendiendo el resto de preceptos. Es la fuente primera y generatriz del Derecho Económico. Sin embargo, no todas las constituciones contienen siempre principios o directrices económicas. Cuando el liberalismo cede terreno al intervencionismo económico es que las instituciones y principios económicos toman lugar en las constituciones occidentales modernas.

La Constitución Política del Perú (1993) señala con precisión, en su Título III, Art. 58, el régimen económico de la República, estableciendo una economía social de mercado, en la misma línea del Art. 115 de la Constitución de 1979; pero omitiendo la planificación concertada, señala que el Estado promueve el empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Asimismo, señala el Art. 61 de la Constitución del Perú: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas". Establece la libertad de contratar, añadiendo que: "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase" (Art. 62).

La Constitución de México de 1971 contiene una política económica progresista, de economía dirigida y en ocasiones socialista como la propiedad privada, la función social de la propiedad y la imposición de modalidades a la propiedad, la nacionalización del petróleo y de la energía eléctrica; de igual manera, el predominio de las garantías sociales sobre las garantías individuales y el interés público sobre el privado.

La Constitución representa la fuente primaria y trascendente del derecho positivo, en general, y del Derecho Económico, en particular; de ella resultan la legislación común, el decreto y los reglamentos administrativos, incluso la sentencia judicial y la resolución administrativa. De la Carta Magna descienden todas las demás normas. Así, podemos señalar que los nuevos principios de la Constitución del Perú sobre legitimidad, filiación, derecho al nombre, libre desarrollo de la personalidad, dan origen al novísimo Código Civil (1984).

Se estima que la Constitución es la que da nacimiento a un régimen jurídico determinado y es el primer eslabón de la cadena de validez jurídica de un país. Así, por ejemplo: supongamos que la Constitución de cualquiera de nuestros países es parte primera del régimen jurídico nacional y a continuación nos preguntamos si también pertenece a él la resolución de un organismo administrativo público. Por ejemplo, la resolución de una entidad pública, como el Instituto Nacional de Cultura tal vez, que invalida un contrato de compraventa. Ahora bien, si la Constitución no autoriza al directorio de tal organismo a anular los contratos privados de compraventa, sólo podría otorgar validez a las decisiones administrativas que dicha institución promulgara indirectamente, a través de otras normas que, por un lado, estuvieran autorizadas por la Constitución y, por otro lado, permitieran a dicho Instituto a resolver los contratos de compraventa. Es decir, una secuencia lógica en la que la primera, la Constitución, es la que admitimos como válida, y en tal razón las normas que se dicten de acuerdo con ella, también serán válidas.

La evidente importancia que tiene la Constitución ha llevado a la expresión Constitución Económica, como el estatuto que define la propiedad, los medios de producción, los agentes económicos, el trabajo y las organizaciones del capital así como sindicales; configurando un conjunto de reglas hacia un orden económico. Así la analizó Badeau cuando, en el siglo XVIII, se refirió al conjunto de principios jurídicos reguladores de la sociedad económica. Modernamente se la entiende como el conjunto de preceptos e instituciones jurídicas que "consagran una determinada forma de organización y funcionamiento de la economía y constituyen, por eso mismo, un determinado orden económico"<sup>239</sup>.

239. Vital MOREIRA. *Op. cit.*, p. 35.

### 3.2 La ley

Es el segunda eslabón en importancia de las normas juseconómicas, pero, en razón de la forma directa como puede expresar y orientar los objetivos de una política económica, no es atrevido señalar que es la primera en su claridad y manifestación, dado el contorno genérico en que se expresan los propósitos constitucionales.

Independientemente de los requisitos de forma que debe poseer una ley (iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, publicación), la misma sólo tiene fuerza cuando es conforme al medio social. En el origen de todas las normas jurídicas existe una fuerza social que se expresa de manera inmanente y que es respetada por la sociedad en su conjunto. La Ley sabia es la que estima tal realidad.

La ley, que es fruto de esta energía, es la más vital y relevante de las fuentes del Derecho Económico, pues expresa en forma directa, precisa y particular las necesidades de la comunidad y los objetivos de la política económica o los medios e instrumentos para llegar a ella. Es la concreción de los principios generales que da la Carta Magna.

La norma juseconómica, como toda norma nacida de la *potestas mormandi* del Estado, tiene los mismos principios y características y su misma aplicación general, pues dada su finalidad de regular los instrumentos de política económica, el principio de la generalidad es la regla universal.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que algunas constituciones, como la francesa (1958), atribuyen un dominio limitado a la acción de la ley en aspectos económicos. La francesa distingue claramente las materias económicas que le corresponde tratar a la ley y las que quedan sujetas al Poder Ejecutivo, al Primer Ministro. Otras, al no contener una lista de materias a las cuales la ley fija las pautas, permiten que ésta recorra todo el dominio de la política económica.

Es la legislación la que define los términos de inversión en un país, la represión al abuso del poder económico, los criterios y grados

de exigencia que afectarán la propiedad rural y la propiedad en general a fin de cumplir su función social. En efecto, no todas las disposiciones contenidas en el Título Régimen Económico de una constitución componen el cuadro del orden económico formal.

### 3.3 El decreto ley

Mención especial merece la llamada legislación irregular, es decir, los decretos leyes (D.L.) o los decretos con fuerza de ley (D.F.L.) o los también llamados decretos legislativos, que, nacidos por delegación de un poder a otro, dan origen a pautas que regulan la actuación de los entes del mercado.

Los decretos leyes resultan de la facultad legislativa delegada al Ejecutivo sobre materias específicas, dejando en suspenso los requisitos de forma y procedimiento que usualmente se exigen para promulgar una ley. Es, como diría el maestro Bielsa, decreto por su forma y ley por su contenido jurídico, con plena exigibilidad de cumplimiento.

La discusión sobre la validez de estos decretos leyes ha salido hace tiempo del campo de la discusión teórica y su vigencia resulta hoy inatacable, pues su utilidad está circunscrita, finalmente, antes que a su forma, a su eficacia. La posibilidad de un Gobierno, sea cual fuere su manera de llegar al poder, de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta, da a éstas total vigencia y eficacia. De igual manera que la urgencia y necesidad nacida de la realidad ameritan su acatamiento y vigencia plena. Así, siguiendo a Kelsen, los decretos leyes son tan válidos como una ley formal, ya que muchas veces las necesidades del Estado y su desarrollo son más fuertes que el molde jurídico en que se encuadra su estructura fundamental, y los hechos llegan a superar al Derecho.

Durante la I Primera Guerra Mundial, el territorio de Bélgica fue ocupado en una gran proporción por la fuerza invasora alemana. El Rey se encontraba fuera de la capital e imposibilitado de reunir el Poder Legislativo. Tuvo que legislar mediante decretos-leyes a pesar de que el Art. 26 de su Constitución lo obligaba a hacerlo conjuntamente con las dos cámaras. Al terminar la ocupación, lógicamente,

tales dispositivos fueron denunciados como inconstitucionales, y cualquier positivista hoy añadiría su nombre a la lista de denunciantes. Sin embargo, la Corte de Casación belga afirmó que el Rey actuó diligentemente ya que "...adoptó las disposiciones con fuerza de ley que la defensa del territorio y los intereses vitales de la nación imperiosamente demandaban". Así, la Corte de Casación belga se sustentó en tres principios para convalidar las decisiones del Rey: en primer lugar, la soberanía de Bélgica jamás estuvo suspendida; en segundo lugar, una nación no puede quedar sin gobierno; y, finalmente, no es posible ningún gobierno sin ley, o sea sin poder legislativo. Empero, es bueno resaltar que ésa era una situación extrema en la cual no se podía legislar y, por otro lado, precisamente la Corte de Casación, necesaria en cualquier momento, dio el sustento *a posteriori*.

Es innegable la cada vez mayor presencia de decretos leyes. Basta observar la legislación de los últimos veinte años en toda América Latina para comprender que las más importantes medidas sobre la economía de nuestro pueblo se han dado mediante estas fuentes. La casi totalidad de los planes económicos y las medidas tendentes a regular el mercado han emanado del Poder Ejecutivo y no del Legislativo. La rapidez, objetividad y aun el tecnicismo son ventajas del gobierno para usarlas en el campo de la economía. No es un fenómeno nuevo la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo. En Francia se usaron en el II Imperio; en Suiza, durante las Grandes Guerras de la República; y, en Italia, después del Fascismo. La complejidad técnica de la norma económica, así como su oportunidad, aconsejan que muchas de sus líneas se originen por una facultad legislativa delegada, que supere el lato proceso de la ley, mayor aun en un sistema bicameral. Los ajustes a las respuestas que originen una disposición gubernamental aconsejan una reacción inmediata que no siempre reside en el Congreso.

Hoy, la más importante fuente del Derecho Económico está representada por el conjunto de dispositivos que promulga el Poder Ejecutivo para regular el mercado, su participación en él y para orientar a las fuerzas productivas hacia objetivos de política económica.

### 3.4 Tratados internacionales

También denominados convenios o convenciones, los tratados son fuentes positivas del Derecho Económico cuando versan sobre materia económica, aun cuando no se consideren leyes en su aspecto formal, pero poseen la fuerza e intensidad de las mismas y aun, en algunos casos, por encima de éstas.

Los tratados son actos que se revisten de un doble ropaje, tanto del derecho internacional, en cuanto se realizan entre diferentes regímenes y soberanías, como del derecho interno, porque obliga a un país y su promulgación o ratificación es un acto de recepción de derecho nacional. El Tratado de ALADI y el del Acuerdo de Cartagena son los principales desde el punto de vista juseconómico; como lo son también el de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el del Fondo Monetario Internacional (FMI), cuyas recomendaciones emanadas del Tratado se convierten en medidas de política económica.

### 3.5 Decretos de la administración económico-financiera

Dentro de la estructura jerárquica del orden jurídico, el decreto y el reglamento representan el cuarto tipo de fuente de normas juseconómicas.

Es el detalle de las normas, es la expresión técnica de la ley y su validez está constreñida en cuanto guarde conformidad con la norma superior.

Los decretos y los reglamentos son dictados exclusivamente por el poder central, destinados a aplicar la ley y a administrar el Estado; son fuentes por cuanto individualizan y concretan las leyes, y ese acto de dictar mecanismos para el cumplimiento y respecto de la ley es un acto generador, es una fuente, pues emana de él y fluyen criterios juseconómicos. Pueden fijar los sujetos que directamente han de efectuar una actividad económica establecida, ya sea construyendo un local escolar o fijando la forma de explotar los ferrocarriles. Es la fuente directa por excelencia y su validez existe si ha sido establecida conforme a la norma inmediata superior, es decir, de

acuerdo con uno o con otro término de las alternativas contenidas en la ley.

La legislación francesa distingue dos tipos de decretos reglamentarios: los que facilitan el cumplimiento y ejecución de las leyes, como en el caso de todos los países de América Latina en los que posibilita instrumentalizar los principios generales de la ley; y luego los reglamentos "autónomos", que se refieren a una materia no legislada, es decir, no incluida dentro de la lista de asuntos exclusivos que competen al Poder Legislativo. A ellos se debe añadir las "ordenanzas", que son una excepción al régimen normal del poder reglamentario, ya que pueden estatuir sobre materias que corresponden a la ley; se asimilan más bien a lo que conocemos como decretos-leyes, pues son promulgados merced a una habilitación legislativa y dan origen a otros dispositivos de menor jerarquía. Así, por ejemplo, la Ordenanza de 1945, relativa a los precios, concedió a los ministros los mayores poderes para bajar los precios, pudiendo hacer concesiones a los comerciantes; así como más tarde, en 1966, se les permitió instituir un régimen de libertad contractual de los precios.

Uribe Garrós da a esta fuente un carácter principal, pues se trata de un derecho esencialmente reglamentario cuya fuente originaria está en el Gobierno y no en el Parlamento. Afirma que es el Poder Ejecutivo el agente encargado de elaborar la política económica y, en consecuencia, el generador de normas juseconómicas. André de Laubadère como Heumann coinciden en señalar el lugar privilegiado que ocupa esta fuente. De esa manera, la libertad de comercio no impediría a la administración pública intervenir en materia de precios y aun del análisis de los costos de producción. Sin embargo, es bueno recordar que es la Constitución y la ley las que esbozan los objetivos económicos que se implementan a través de normas específicas como el decreto y el reglamento, propiciando así una efectiva seguridad jurídica.

Un asunto que merece atención es saber si las resoluciones ministeriales son o pueden generar disposiciones económicas, o tienen facultades reglamentarias sobre temas referidos a los de la organización y funciones del sector que administran. En principio no tienen ese poder sobre política económica, a menos que la ley habilite al

ministro sobre materia específica, tratándose en este caso de lo que algunos llaman "poder reglamentario delegado". Pero precisamos más. ¿El ministro o ministros con atribuciones económicas, como serían el de Economía, Finanzas o el de Planeación, tienen competencia sobre políticas económicas nacionales? La Constitución del Perú de 1993 señala en su Art. 119 que a los ministros corresponde la dirección y la gestión de los servicios públicos, siendo una de sus atribuciones (Inc. 3 del Art. 125) deliberar sobre los asuntos de interés público; pero no dice si alguno de ellos posee facultad para reglamentar por sí normas de política económica.

André de Laubadére reconoce un poder autónomo para reglamentar, que le permitiría al ministro fijar las reglas según las cuales las decisiones individuales de la administración económica deben ser tomadas, dicho de otro modo, las condiciones en que las autoridades administrativas llamadas a tomar esas decisiones pueden ejercitar su competencia<sup>240</sup>. Tal situación es preferible se haga en base a un poder delegado que impida discriminaciones arbitrarias que podrían llevar a decisiones alejadas de la finalidad económica, sobre todo si se trata de materias como cambio, comercio exterior o propiedad.

Hasta aquí es donde puede descender el poder reglamentario en materia económica, ya que si se admite que los reglamentos tienen efectos obligatorios para los administradores, a los cuales impone prescripciones, éstos no pueden ser originados por medios como las circulares o directivas, ni menos por niveles de menor jerarquía, cuyo abuso es frecuente por los órganos de supervisión sectorial y, en tal razón, observables cuando se extienden más allá de lo que ya permite un decreto reglamentario.

### 3.6 La jurisprudencia

Las decisiones de los órganos de administración de justicia común así como de los órganos administrativos representan esta fuente, que propicia la mejor aplicación de la norma económica. Siendo el Dere-

---

240. André de LAUBADÉRE. *Op. cit.*, p. 75 y ss.

cho Económico una disciplina no codificada, ni con categorías generales preestablecidas para su correcta aplicación, devienen en sobresalientes las decisiones de los órganos administrativos, como los dictámenes de la Controlaría General de la República y el Consejo de Contribuciones o la Superintendencia de Banca, entre otros. Esos órganos deberán resolver las diferente contingencias acorde con el objeto de la norma y los principios generales del Derecho; lo que significa que cualquier reglamento contrario a un principio general es ilegal y no podrá ser seguido por los órganos de la administración.

Esos principios generales, como la igualdad ante el tributo o la irretroactividad de la norma tributaria o la igualdad ante los órganos económicos, se imponen a cualquier autoridad de la administración del Estado; lo que significa, entonces, que cualquier dispositivo de nivel reglamentario, como una resolución ministerial, un dictamen, una circular o una directiva, contrario a un principio general del Derecho es ilegal y, en consecuencia, anulable por cualquier juez.

La Controlaría General de la República, como entidad superior de control del sector público, se pronuncia a través de dictámenes, es decir, apreciaciones sobre la forma de ejecutar el presupuesto, su cumplimiento y su aplicación directa a los objetivos de la política económica o los lineamientos del plan general de gobierno. Para ello da normas técnicas de control a fin de determinar el criterio a seguir en la aplicación del control y la evaluación del mismo.

Un dictamen constituye fuente orientadora, pues es la aclaración del sentido de una norma, es la expresión del objeto, los medios y la adecuación de éste a los fines del orden económico; así pues, los dictámenes constituyen fuente cuando aclaran el sentido de un precepto legal. Es manantial secundario, pues si bien no origina una norma, en esencia da origen, muchas veces, para determinar concretamente el sentido en que ha sido tomado, sea una ley o un decreto. Está claro que el dictamen, que es una apreciación entre el hecho y una norma técnica de control, entre la ejecución de ésta y el sentido para el que fue dada la norma, sólo alcanza hasta el nivel de ley y no de Constitución, pues en ese caso sería admitirle facultades de casación. Su función está referida a determinar la correspondencia entre acción y realización de los entes gubernativos con las normas dadas.

Un control y vigilancia para no desnaturalizar las metas programadas durante la ejecución del presupuesto, que como hemos visto, es una de las figuras juseconómicas.

El dictamen es una resolución que no sólo llega a vigilar el presupuesto, sino a las operaciones de financiamiento necesarias para los planes de desarrollo. El dictamen comprueba el cumplimiento de las normas y da acciones correctivas para mejorar la administración, las mismas que son obligatorias para las entidades del sector público que hayan merecido la resolución del caso.

La jurisprudencia en materia económica no difiere en sus líneas básicas de la jurisprudencia administrativa, ya que sigue aquel hábito de proceder de manera empírica y no dogmática y de realizar sus construcciones juseconómicas de manera progresiva, por aproximaciones y por análisis de casos concretos.

### **3.7 La costumbre**

La costumbre es un comportamiento uniforme y constante practicado con el convencimiento que corresponde a una obligación social. Es, como decían las Partidas, "derecho o fuero que no es escrito, el cual han usado los hombres luengo tiempo". Su trascendencia como productora de normas juseconómicas es la que merece tratarse y allí, precisamente, ubicamos su debilidad.

Hemos señalado que el Derecho Económico es una disciplina eminentemente técnica en la que es necesario que las normas alcancen exacta dimensión y clara vocación, pues se refiere a los principios y medios como ha de llevarse la actividad económica no sólo de los entes estatales, sino de los particulares. Las normas juseconómicas son sustancialmente objetivas, claras y de naturaleza pública; la racionalidad con que se expresen hacen inoperantes e inútiles a aquellas que no tienen esta característica. La obligatoriedad general con que deben ser cumplidas hacen poco eficaces a aquellas que no conllevan coacción y sanción frente a conductas distintas a las que disponen. Estas características de las normas juseconómicas hacen, en consecuencia, estéril a la costumbre como fuente del Derecho Económico, ya que es una conducta practicada con el convencimien-

to de su obligación, pero sin los límites detallados de esa conducta ni de esa obligación.

Tales normas con relación a los fines, conscientemente propuestos y perseguidos, de la política económica, priva de capacidad a la costumbre, señala Moore Merino, pues es un procedimiento irracional de creación jurídica, que puede dar origen a restricciones sobre la libertad económica de los particulares. De allí que la costumbre no puede tener eficacia constitutiva. Así también concluye Letelier cuando señala que el aparato legislativo se mantiene alejado del desarrollo jurídico, sobre todo del desarrollo deliberado, porque la simple escrituración de las costumbres ni aumenta ni disminuye ni cambia ni modifica los derechos y las obligaciones<sup>241</sup>. Olivera únicamente admite eficacia a la costumbre cuando es reconocida expresamente para cada caso en la ley.

Es totalmente estéril la concepción de que la irreformabilidad de las costumbres es causa suficiente para su escrituración con el propósito de eternizar una conducta, pues ésta puede cambiar con las necesidades sociales. En Grecia, Licurgo tuvo que recurrir al juramento de fidelidad de su pueblo antes de ir a Delfos, pidiéndole que, por lo menos hasta su regreso, respeten las leyes que basadas en la costumbre les había dictado. Su alejamiento definitivo de Esparta se pierde en la leyenda y para algunos significó su sacrificio para asegurar la perpetua irreformabilidad de sus leyes. La práctica, el reiterado uso y acción de la sociedad sobre determinados actos es la fuente del conocimiento que puede cambiar la realidad.

No es atinado concebir el Derecho Económico sobre la base de la irreformabilidad de la costumbre, pues ella cambia siempre que se alteran las necesidades sociales y la conciencia social general. La costumbre no alcanza a ser considerada como fuente, sino únicamente es un indicador de la presencia de una necesidad social que en todo caso puede dar motivo a consideraciones para una norma expresa, pero no como manifestación directa de la misma costumbre.

---

241. Valentín LETELIER. *Op. cit.*, p. 453.

Así, por ejemplo, la falta de ejecución de una restricción de mercado, si va acompañada por la pérdida de la conciencia sobre su obligatoriedad, puede hacer suponer que el interés público se ha extinguido. Ello puede indicar la necesidad de una norma, pero no es en sí mismo un comportamiento uniforme y constante que genera por sí dispositivos juseconómicos, pues no significa en esencia una nueva norma, sino es una situación social que ha de considerarse para la expresión de una ley, generable o producible únicamente a través de otras fuentes.

### **3.8 La doctrina**

Siendo una rama que se va consolidando merced al esfuerzo de quienes pretenden explicar la estrecha relación entre dos ciencias, desbrozando las líneas confusas de sus instituciones y dándole racionalidad científica, es obvio que el aporte de la doctrina, representado por el conjunto de teorías, estudios, análisis juseconómico, y opiniones, es fuente, aun cuando mediata, del Derecho Económico.

Tanto quien interpreta la ley como cuando quien es un observador agudo de la realidad, con interés científico pueden orientar la creación de normas. Desconocer la influencia que puede ejercer el análisis científico sería desmerecer a los verdaderos asesores de los legisladores que actúan más en el campo estrictamente científico que en el interés político.

El análisis académico, la discusión teórica y la apreciación de los hechos no sólo es un acto importante en el estudio de esta nueva disciplina, sino una necesidad para entender la relación entre Derecho y Economía. Ello posibilitará entender la forma como los diferentes sistemas jurídicos enfrentan esta realidad y de qué manera puede ser útil para el estudiante, el abogado y el juez al momento de administrar justicia, sobre todo porque la interrelación cada vez más frecuente entre los distintos agentes económicos, pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos, conlleva una serie de instituciones jurídicas nuevas que se plantean al elaborar un contrato, constituir una corporación, administrar un negocio o simplemente comercializar un producto.

Cuando la doctrina nos lleva al análisis económico del Derecho estamos propiciando que el sujeto y el administrador de justicia tengan un instrumental teórico lo suficientemente claro para poder entender los objetivos y principios de política económica, cuanto el sentido del mercado y la forma en que éste puede propiciar un medio adecuado para que la libertad e iniciativa privada se realicen. A su vez, el aporte doctrinario permite al juez contar con la opinión de un tercero, que al igual que el legislador, entiende el hecho de una manera abstracta y emite un juicio genérico independiente de las partes o agentes económicos intervinientes. Finalmente, posibilita entender tanto el enfoque económico analítico del Derecho cuanto las reglas del Derecho Económico.

## **CAPÍTULO XIII**

### **LA INTERPRETACIÓN JUSECONÓMICA**

La construcción juseconómica pasa por innúmeros vericuetos que sólo pueden ser superados a través del razonamiento ordenado y lógico. Sin embargo, ese ejercicio ha de hacerse considerando los límites del espacio dentro del cual se realiza. Si tuviéramos que clasificar los esfuerzos para esa construcción convendríamos en reconocer dos corrientes; las que parten de un análisis lógico-formal de las nuevas instituciones que se van generando en el campo jurídico y económico, y las que exponen la legislación vinculada a la actividad económica. Pero ambas requieren de un razonamiento propio, tanto para conceptualizar las nuevas figuras como para interpretar la norma a fin de que estén al alcance de los sujetos y operadores económicos.

El trabajo de interpretación es más necesario en el sistema romano-germánico, pues las leyes y los decretos construidos en términos abstractos y generales requieren ser confrontados, comparados hacia el caso concreto; en tanto que en el sistema anglosajón ésta es una labor de mayor imaginación y apreciación entre los diferentes modos y posibilidades con que se hubieran apreciado hechos similares, ya

que la actitud del juez está basada en los precedentes, pero que pueden ser modificados si las circunstancias, el tiempo, las costumbres o los cambios tecnológicos mudan la práctica de los agentes económicos e introducen nuevas consideraciones.

## 1. ELEMENTOS BÁSICOS

El razonamiento juseconómico tiene tres aspectos: el proceso de interpretación; la actitud del glosador y el lenguaje que sirve de objeto de la interpretación, y la forma en que ésta a su vez se expresa.

La interpretación constituye la operación jurídica fundamental para explicar la norma, aplicarla al caso concreto, así como para *a posteriori* esclarecer su contenido, dando inicio a un ejercicio permanente de la realidad que permita no sólo su correcta aplicación, sino cuando ha menester modificarla o precisarla por los medios formales conocidos.

La Constitución y, particularmente, las leyes requieren ser dotadas de un significado que facilite su entendimiento y aplicación en el real sentido de la norma; en consecuencia, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la regla y las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación juseconómica consiste, en consecuencia, en proveer de un cierto significado al discurso jurídico constituido por el ámbito de la ciencia.

La interpretación de la legislación se hace con la idea previa del Derecho como un presupuesto que ha de ser aplicado a la realidad, así el razonamiento de las normas juseconómicas está circunscrito únicamente a determinar el sentido que posee; posición diferente a la interpretación juscivilista que exige la atribución de una carga de valor a la norma.

El glosador, analista o intérprete es la persona que trasmite a los demás, en lenguaje más sencillo, adaptable y entendible por el receptor, el sentido, orientación y finalidad de la norma. Aprecia la magni-

tud de la regla dándole un significado. Cualquiera que aprecie una ley, o un hecho en general, puede en principio dotarla de un significado. Ése es en esencia el acto del razonamiento. Empero, por el lenguaje y los instrumentos que maneja la norma juseconómica, exige del intérprete un conocimiento previo y particular, por ello es que se rodea al proceso de razonamiento de algún detalle no común, pues no está al acceso de todos; de la misma manera como en los primeros siglos de nuestra era, la interpretación de las XII Tablas era una tarea exclusiva del Colegio de Pontífices, no sólo por la novedad, para entonces, de las reglas procedimentales, sino por el uso de palabras sacras para comprometer a los sujetos o desvincularlos.

El intérprete, que en el proceso de comunicación sería el emisor, le asigna un significado y da una explicación a las normas a fin de hacerlas corresponder con su sentido inicial y facilitar su conocimiento por los sujetos involucrados, así como viabilizar su aplicación.

La ley se expresa mediante un lenguaje y la interpretación la entiende y la explica, también, por un lenguaje. Hay un texto y una norma que conviene distinguir. El primero es siempre la expresión de la norma y un instrumento para su interpretación; la segunda es una regla existente independientemente de su explicación o no y aplicable más allá de su entendimiento.

El texto tiene un lenguaje que a su vez se convierte en objeto que sirve y en base al cual actúa el razonamiento juseconómico que se manifiesta mediante otros términos, más allá del texto. De manera que hay un lenguaje normativo, que es el constituido por la propia norma objeto del análisis, y un lenguaje interpretativo, que es la expresión de ese razonamiento. Este último es el que se elabora pensando en el nivel de conocimiento y experiencia del sujeto involucrado.

El lenguaje ha sido siempre un tema de particular atención para los juristas del sistema anglosajón, ya que autores como Blackstone, Bentham y Posner consideran que el control del lenguaje es el control del pensamiento, la comunicación y finalmente la acción. Posner dice: "El lenguaje es como un mercado libre. Ni la asamblea legislati-

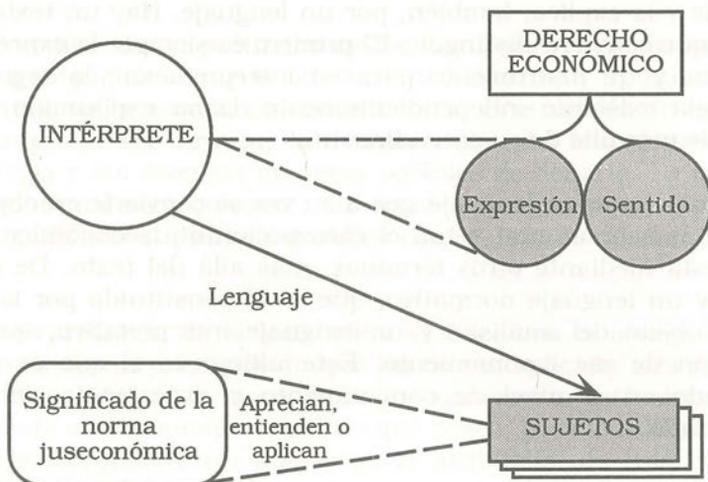
va o la burocracia prescribe las formas del habla, la estructura del lenguaje o el vocabulario que el individuo usa. Como un mercado libre, un lenguaje es una institución inmensamente complicada aunque sea privada y descentralizada"<sup>242</sup>.

De esa manera podemos graficar todo el camino de la interpretación juseconómica (Gráfico N° 16).

Como se percibe, el intérprete, sea el órgano aplicador de la ley o un estudioso o teórico del derecho, al entender el texto legal le da un significado que facilita su aplicación o el entendimiento de los sujetos involucrados. Y esa posibilidad es a su vez un límite, ya que el

**GRÁFICO N° 16**

**PROCESO DE INTERPRETACIÓN JUSECONÓMICA**



242. Richard A. POSNER. *The economics of justice*, pp. 44 y 45.

poder de razonamiento del individuo es limitado y debe, en consecuencia, ser ejercido con sumo cuidado. La idea de falabilidad del razonamiento humano no sólo se encuentra enraizada en la teología cristiana, sino que es comprobable diariamente en los juzgados y en las cortes de América Latina; así como es admitido en el sistema anglosajón, razón tal vez por la cual el análisis económico del Derecho alcanza su desarrollo en tal sistema, ya que propicia el estudio y la solución para cada caso concreto.

## 2. ÁMBITO Y UTILIDAD

La naturaleza técnica, el carácter evolutivo y la reciente formación de especialistas hacen necesaria una permanente interpretación de la norma y del texto a fin de hacer asequible las categorías del Derecho Económico a los diferentes niveles de la vida económica.

La técnica jurídica reciente recomienda incluir en las partes finales del texto legal la definición de los términos que utiliza o de las fórmulas que introduce, a fin de evitar apreciaciones confusas. Es una innovación valiosa pero que no excluye la interpretación que se puede hacer sobre el conjunto del cuerpo legal, ya que las instituciones juseconómicas hay que entenderlas dentro del texto completo que la contiene.

La propia disciplina reclama de una constante interpretación para consolidar sus instituciones y para armonizar los criterios de su naturaleza. No se puede conocer algo que no tenga explicación; es también un acto de formación jurídica, de docencia.

Como los materiales jurídicos pueden ser interpretados libremente, pues no hay un registro y selección de intérpretes sino métodos o conocimientos previos, cualquiera que explique las leyes, decretos o resoluciones y les dé un significado estará interpretándolos. Luego, es factible que una pobre formación empuje a una estéril, cuando no confusa, interpretación. De allí la necesidad del conocimiento y del dominio de las categorías jurídicas cuanto económicas de quien interpreta o de quien aplica la norma, pues aplicándola está, también, dándole un significado. Las instituciones sociales más

sólidas están en aquellos países donde el Derecho es un medio de vida respetado y donde el abogado es formado por una escuela de leyes exigente. El predominio del Poder Judicial, con sólido sustento en su formación, le da a los derechos individuales y sociales un elevado valor, como ocurre en los Estados Unidos de América, donde desde el acto formal en que el Presidente electo jura ante el Presidente de la Corte Suprema, marca la primacía del derecho sobre la incivildad, o en la rica base jurídica de la escuela francesa, alemana o inglesa.

La experiencia del órgano aplicador de la norma y la formación del jurista que interpreta se convierten en esencia del desarrollo no sólo de la interpretación juseconómica, sino del razonamiento jurídico. Tal vez la interpretación que hace el analista teórico sea más rica en objetividad, pues no está creando nuevos materiales jurídicos, como sería el caso de la sentencia judicial o resolución administrativa, que corresponden al material de la jurisprudencia; son opiniones que van desprovistas de la pasión o a lo mejor del interés del órgano regulador o del abogado que defiende una posición. Su valor desde el punto de vista de teoría jurídica y de consolidación de esta rama son mayores y objetivos.

El ámbito del razonamiento juseconómico está prefijado por las mutaciones de la actividad económica regulada por la ley; y las alteraciones en los objetivos de política económica dentro de la cual se encuadra. Luego, el intérprete busca aclarar la trascendencia de la norma sin salirse del contexto en que existe y los límites formales que el material jurídico impone.

### 3. MODOS DE INTERPRETACIÓN

La hermenéutica jurídica habla de cuatro tipos clásicos de significación de la norma:

- Interpretación legal, la que emite el legislador, el órgano que dio la regla.
- Interpretación literal, la que se atiene a la expresión *ad litterem*, de las palabras que integran el precepto legal.

- Interpretación judicial, la que efectúa el juez antes de aplicar la ley.
- Interpretación doctrinaria, la que se efectúa en base a un análisis de teoría jurídica

Estos tipos pueden ser resumidos en dos:

- a) En razón del sujeto que interpreta: el legislador, el juez o el doctrinario.
- b) En razón del modo: la interpretación literal.

En un intento de encontrar un medio que explique la realidad cambiante del acontecer económico añadimos la realidad nacional dentro del segundo modo de interpretación jurídica.

Existe una buena batería de procedimientos para interpretar los preceptos legales. Así, Claude Du Pasquier habla de la interpretación literal y la lógica; en tanto que Savigny además de los dos anteriores incluye la interpretación histórica (espíritu de la ley) y la sistemática (vehículo o marco jurídico mayor). A su vez, Hans Kelsen nos habla de la interpretación auténtica (órganos que aplican la ley) y no auténtica (juristas, abogados que no aplican el Derecho).

### 3.1. En razón del sujeto

Los materiales jurídicos, como se señaló, pueden ser interpretados por el legislador, el juez o el doctrinario, los mismo, que toman una decisión frente a situaciones concretas. Los dos primeros generan, dan sentido o aplican el Derecho por ser entidades directamente vinculadas a la aplicación de la norma; en tanto que el jurista, el tratadista, es ajeno a su creación, no participó en su generación, ni su opinión va a dar origen a un nuevo material.

Rolando Tamayo (*El Derecho y la ciencia del Derecho*) ve dos tipos de interpretación jurídica, una orgánica, que corresponde a la de los órganos creadores del Derecho, y otra inorgánica, que es realizada por sujetos ajenos a la producción legal. De esa manera, considera-

mos que el juez y el legislador hacen una interpretación orgánica, y los juristas o cualquier especialista hacen la inorgánica.

La interpretación orgánica es un proceso intelectual que acompaña el recto sentido y significado de la norma como cuanto su aplicación, continuando un proceso de creación jurídica. El texto de la norma recibe una significación de la cual va a depender la aplicación del derecho, siendo entonces una apreciación subjetiva aun cuando siga diferentes métodos.

El método exegético, por ejemplo, consistente en el análisis hasta los orígenes de la norma, ¿acaso no deja de ser subjetivo?, ¿acaso no estamos apreciando desde la óptica actual lo que quiso decir la norma originaria y luego la derivada?. El intérprete está suponiendo, en cada etapa, un sentido para ir esbozando el significado de la última norma, que es la que viene a ser objeto de su examen.

Por más que las leyes sean suficientemente claras, explícitas y objetivas, siempre reclaman una explicación, aun cuando sea su vigencia de hecho frente a una realidad cambiante.

El límite de la interpretación orgánica, ha de ser la ubicación de la regla dentro del contexto.

En el caso de la interpretación inorgánica, el intérprete es *prima facie* extraño a la creación jurídica y se agota, en principio, con la sola significación dada al lenguaje jurídico. La misma que no se manifiesta en actos de aplicación de Derecho pues sólo representan significación, descripción o valoración<sup>242</sup>. El jurista o profesor universitario no está compelido a interpretar para aplicar Derecho; al suyo es un acto puramente intelectual, sin ningún interés concreto, pues su aplicación no va a perjudicar o beneficiar de manera inmediata y directa a nadie. No tiene la contingencia de la jurisdicción judicial ni la de la creación formal. Luego, la posibilidad de emitir un juicio objetivo es mayor. La descripción de la norma es más cercana a la desnudez y precisión de la auscultación científica. Es el acto germinal de la ciencia del Derecho.

242. Rolando TAMAYO Y SALMORAN. *El Derecho y la ciencia del Derecho*.p. 159.

## 3.2 En razón del modo

Dijimos que la hermenéutica jurídica habla de la interpretación literal y que sugeríamos adicionar una nueva modalidad: la realidad nacional. De tal manera que desde el punto de vista del modo precibimos la interpretación literal y la interpretación basada en la aplicación de la realidad al caso concreto.

### 3.2.1. Interpretación literal

Es el estudio *ad litterem* del texto legal, buscando en sus propias palabras el sentido. Es un trabajo de deducción partiendo de las frases, del sentido exacto del articulado y del cuerpo legal. Se basa en la idea de que toda norma es la expresión del legislador, quien manifestó sus conceptos según su manera de expresarse y dentro de una época determinada.

“En derecho, el tener dudas interpretativas acerca del significado de un texto legal supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma contenida en este texto; o, lo que es lo mismo, implica una indeterminación de las soluciones normativas que el orden jurídico ha estipulado para ciertos casos”<sup>243</sup>. Luego, es necesario efectuar un ejercicio de interpretación que permita encontrar la propia norma, que no es por cierto, el texto que la contiene, sino el sentido y ánimo de lo que está reglando.

La norma económica, como se anota en el capítulo precedente, contiene figuras e instituciones nuevas articuladas para una estructura económica. en la que incluso el léxico no alcanza precedentes en otros textos. La interpretación exacta vacila entre la opción extensiva o una literal, ajustada al lenguaje de la norma. Si se siguiera la amplia y extensa. el resultado podría ser una apreciación que supere los límites y continentes de la fuente.

La frase tan común de “lo que quiso decir el legislador” lleva a adjudicar a la norma aristas distintas a las que realmente colocó el

---

243. Carlos Santiago NINO. *Introducción al análisis del Derecho*, p. 260.

constructor del precepto cuando diseño el material jurídico. Lo que importa para la interpretación juseconómica es más bien "lo que dice la ley", el sentido de la regla. El sentido del legislador puede estar en el purgatorio, en el mejor de los casos, pero su creación está confeccionada con términos que pueden ser confrontados en un momento específico o comparados con la totalidad del edificio legal que la contiene.

No hay un modo único de interpretar el precepto juseconómico; existen métodos más aplicables al tipo de instrumento jurídico de que se trata. Sólo que con las características básicas de las normas que hemos esbozado a lo largo de este trabajo nos parece la literal una de las más convenientes; sin pretender coincidir con aquel Decreto de Federico II de Prusia, que en 1780 prohibió las interpretaciones de las normas que discreparan con el sentido literal de las palabras o el sentido gramatical de los contextos donde las reglas estaban contenidas. Éste es uno de los métodos de interpretación de la norma juseconómica. Otro de los que queremos resaltar precisamente puede estar en una posición extrema a este procedimiento; pero es que las normas jurídicas, aun cuando pertenezcan a una misma rama, tienen objetivos concretos y figuras distintas, correspondiéndoles procedimientos de auscultación diferentes.

Los objetivos de un lineamiento económico preestablecidos pueden ser postergados, cuando no alterados, si aceptamos una interpretación extensiva. Es lógico, entonces, convenir en una interpretación literal limitada a la letra de la ley si ésta ha nacido de una realidad concreta. La aplicación y definición de las figuras institucionales y relaciones que traen cada una de las normas juseconómicas es una manera de evitar interpretaciones amplias y generales que pueden dañar y perjudicar los intereses económicos particulares y los objetivos nacionales. Por ello concluimos en una interpretación literal, pues en base a ella se exige una conducta. De esa manera no será admisible que se incluyan situaciones similares o actos parecidos a aquellos que la norma ha previsto sino dentro del marco de su ordenación y dentro de una realidad histórica determinada.

La interpretación legal de las normas juseconómicas, similar a la de la norma penal, aferra aun más la vigencia del Derecho Económi-

co, pues lo que no menciona el texto legal no merece ser considerado como obligatorio o facultativo para el sujeto. El apotegma *quod non est in códice non est in mundo* adquiere renovada vigencia en la interpretación juseconómica.

### 3.2.2 Un nuevo tipo: la realidad nacional

Las normas jurídicas precisan de diferentes procedimientos que las expliquen. Uno de ellos, novedoso, es el de considerar la realidad nacional como factor de apreciación. Si partiéramos de un único procedimiento, negaríamos la posibilidad de desarrollo de la ciencia jurídica y no tendría objeto la hermenéutica, pues al haber un solo modo de interpretación no tiene razón el análisis y el razonamiento; sólo habría que aplicar la ley, copiarla, cotejarla.

Las normas juseconómicas no pueden interpretarse y aplicarse rígidamente, pues el sistema de mercado se aleja con frecuencia de ser perfecto y armónico. El principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* es superado por los factores del mercado. Las normas se deben interpretar con un sentido finalista al objetivo que persigue. La intención del legislador, que algunos confunden con el espíritu de la ley, no es aplicable a la interpretación de estas normas, sino más bien a la interpretación teleológica, pues éstas se elaboran en consonancia con la vida económica en un espacio y en un tiempo dado; son una expresión para una realidad auténtica y propia. Como bien apunta García Maynez, un sistema de normas tiene vigencia si puede fungir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales.

Para Moore las normas juseconómicas deben adaptarse a la política económica del Estado. Es una interpretación a la luz de términos político-económicos, aun cuando no tanto a la realidad del país. Esto tiene su diferencia, pues la realidad nacional es un universo, una presencia de elementos sociales, culturales, políticos, religiosos y económicos, en tanto que la política económica del país es una realidad concreta, específica. Bajo este último aspecto es que pretendemos su interpretación. Como las normas de esta disciplina buscan hacer realidad objetivos de política económica, es lógico concluir que su interpretación debe adaptarse a las variaciones de dichos objeti-

vos, ajustándose a la realidad concreta expresada anteriormente por otras normas.

La interpretación de acuerdo a la realidad económica es más amplia de aquella ajustada a la política económica. No son diferentes sino en extensión. La interpretación comienza primero con la adecuación a los términos de la política económica, pero culmina cuando llega a la comparación con la realidad nacional.

En determinadas circunstancias, una disposición económica puede contener una gran carga y trascendencia social, sea promoviendo algunos sectores de la actividad o fijando regulaciones de mercado; luego, los actos jurídicos han de ser analizados, entendidos e interpretados con la intención con que se efectuaron y no tanto con la forma y ropaje con que se vistieron. El propósito del acto y la forma con que se desarrolla es más importante que el nombre o la figura jurídica bajo la que se originó. Como en el caso ilustrativo de los contratos, no tiene trascendencia el título bajo el cual se origina un acuerdo de voluntades, sino sustancialmente el sentido y el contenido del negocio jurídico.

El principio de la interpretación en relación a la realidad nacional, o peruana, que en expresión de Olivera es interpretación en relación al encuadramiento funcional, exige que los actos o negocios jurídicos se interpreten como querían ser, como es la intención, como es el medio ambiente en el cual se produjeron y en el cual se aplican, y no como se declara son.

Cuando las condiciones reales de las operaciones son distintas a las previamente concertadas, los hechos se juzgan bajo la luz de una interpretación de la realidad nacional. Existen antecedentes en la legislación y en la jurisprudencia peruana.

La elaboración del concepto de contrato de trabajo como situación real es un ejemplo que merece citarse, como lo fue el matrimonio putativo, adjudicándole los efectos del matrimonio legal y que ahora es norma del Código Civil del Perú (1984). De igual manera como la regulación de las comunidades nativas es una norma alejada de la realidad nacional, ya que se pretende regular algo que no es precisa-

mente una persona jurídica, afectando el sentido comunal de los individuos que conviven en un medio socio-cultural distinto.

La interpretación, pues, ha de efectuarse considerando los cambios de la realidad nacional y específicamente de la política económica del Estado. El glosador de las normas juseconómicas camina entre los límites formales que el propio texto de la regla impone y los objetivos de libre circulación de los bienes, libre concurrencia, veracidad al consumidor. El marco de referencia para interpretar es el del orden del mercado, la facilitación pacífica de los bienes para usos alternativos y la maximización de los recursos. Es posible que en algunas circunstancias siga el orden jurídico sin modificación alguna, aun cuando cambien radicalmente las relaciones económicas y las vinculaciones del mercado; sin embargo, mantener tal situación al momento de aplicar el Derecho, de entenderlo y utilizarlo, sería una violenta presión sobre los individuos y la sociedad en su conjunto, ya que estaríamos utilizando un instrumento inadecuado para fenómenos nuevos. Es allí donde se enriquece el Derecho. El glosador apreciará el sentido y texto del precepto para entenderlo en una realidad. La norma podrá ser abstracta, pero su aplicación siempre lo será frente a una situación real y concreta.

Este nuevo sistema de interpretación debe respetar el límite de la escala jerárquica de la legislación y la expresión de la norma. Toda regla y su interpretación culminan allí donde comienza lo establecido por la ley jerárquicamente superior. La interpretación de cualquier ley económica no puede alterar ni perjudicar la escala jerárquica de las leyes, ni aquello que sanciona y precisa una superior a la interpretada. Esta disciplina tiene una autonomía, pero no una supremacía sobre el resto del orden jurídico. El error de los que defienden su validez es que a veces caen en el fundamentalismo académico al asignarle un valor absoluto y total a la disciplina. Tal vez sea la mejor manera de criticar su racionalidad y vigencia, darle un carácter mayor del que realmente posee. Hay una jerarquía en el ordenamiento que no puede sustraerse al real imperio de la Constitución. Si se altera este orden se perjudica la ciencia.

Un sustento valiosísimo de este tipo de interpretación es el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil del Perú (1984) que enun-

cia: "los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano". De esa manera se ordena al juez interpretar la norma siguiendo una realidad nacional, negada en otras legislaciones pero rescatada ante la fuerza de los hechos en el Perú. Es, sin lugar a dudas, uno de los grandes avances en la generación del Derecho, que después de muchísimos años, se va desprendiendo de la influencia jusnapoleónica para entender una presencia de necesidades y afanes distintos, que algunos llaman de latinoamericanos y otros de mestizos.

El método es el de la realidad nacional; aplicación de la ley siguiendo los principios generales del Derecho, y del cual hay muchísimos precedentes, pero no así de reconocer una realidad que se expresa a través de un Derecho nacional, siendo que se ha de acudir a él de manera preferente para darle sentido y significado. Hay una indicación clara del método a seguir por el órgano aplicador de la norma. El referido código reconoce la relación dinámica de una parte de los principios generales del Derecho y de otra del Derecho peruano. Así el juez, al aplicar justicia, debe recurrir, en caso de ausencia en la ley, al Derecho anterior a la norma, a la realidad jurídica nacional. Es trascendente no sólo porque rescata una verdad, sino porque en la medida en que se aplique justicia se estará creando un nuevo material jurídico.

Todos los códigos similares de América Latina contienen una referencia a la interpretación siguiendo los principios generales del Derecho. Algunos, como el de Uruguay (1868) en sus Arts. 15 y 16, el de Argentina (1869) en sus Art. 15 y 16, expresan que la administración de justicia se hará en ausencia de norma expresa, siguiendo dichos principios y "teniendo en consideración las circunstancias del caso"; en similares términos lo menciona el Art. 20 del Código del Distrito Federal de México (1870); sin embargo, ninguno como el peruano reconoce la vivencia y realidad de un derecho precedente a la norma. Se trata del resultado de una fusión de culturas e instituciones, incluso con sentidos propios del derecho y de la moral, que han rebasado las expresiones tradicionales que fundamentaron las leyes del Perú, dando origen a un código de preceptos mestizos.

La tarea de un juez es la de interpretar la ley, desentrañar su significado y hacer justicia. Son tareas integradas. Pero, ¿qué ocurre si tiene ante sí una ley injusta o un contrato que aunque libremente concertado también es injusto?. En ese caso está obligado a darle a la ley un sentido que esté acorde con los principios generales del Derecho que fundamenten el código en el que se inserta la regla que ha de aplicar. El juez incluso puede argüir que, aunque el texto de la ley pareciera indicar que lo injusto es lo adecuado, tal interpretación repugna con la razón, la equidad y la justicia, o los principios del Derecho nacional, que son la base del ordenamiento jurídico.

Cuando el juez se encuentra frente a la ley tiene ante sí los intereses de las partes, el medio ambiente económico y las otras unidades del mercado en acción. Entonces tiene que pronunciarse y emitir un fallo, y en ese caso está dando un sentido nuevo a la ley que se aplica a un caso concreto en un tiempo y lugar específico.

La aplicación de la norma positiva –ya sea por el juez, el funcionario administrativo, el contratante o en general cualquiera que usa el Derecho– es un esfuerzo de integrar la norma escrita con las circunstancias siempre cambiantes del medio ambiente, intentando encontrar un sentido, una vinculación con la realidad nacional. Así, el legislador se encontrará posteriormente frente a una nueva vivencia: la ley aplicada a un caso concreto en medio de una realidad específica. Y ésa sería la secuencia natural de la norma y la práctica. Todo ello implica que cada acto jurídico, cada acción de interpretación, es siempre una creación o, más aun, un trance de construcción jurídica que al fin y al cabo es el proceso de interpretación juseconómica<sup>244</sup>.

No hay, como se repite, un modo único de interpretación que permita distinguir el significado real y auténtico del precepto legal como el único verdadero. Todos ellos conducen a resultados más o menos parciales o más o menos ciertos, no nos llevan a un resultado único e inmovible, tal vez porque justamente la aplicación de la

---

244. Fernando de TRAZEGNIES GRANDA. *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, p. 354.

ley se hace frente a intereses contrapuestos que el Derecho trata de resolver. El desarrollo teórico de esta interpretación es todavía insuficiente y larvario. Así como hay dificultad -que reconoce Luis Bustamante (*Bases para el Derecho Social*)- para adecuar el aparato doctrinal a los requerimientos de la realidad nacional y reconocer la vigencia de un Derecho Social, así también hay una escasa, si no carencia, de un desarrollo de conocimientos sobre este modo de interpretación. Sin embargo, el hecho de que algunas normas inéditas se hayan consagrado en el derecho positivo latinoamericano demuestra que el análisis doctrinario ha interpretado la realidad nueva del país y ha propiciado su entendimiento y comprensión por parte del legislador para consagrarla en norma vigente. Así es que ya se ha dado un paso por la doctrina, y al legislador le resta desenvolver aquel tramo que comprometa al juez como aplicador vivo del Derecho.

#### 4. EL LENGUAJE JUSECONÓMICO

Ningún precepto legal puede ser conocido sino mediante el lenguaje, revistiendo para el caso de lo juseconómico la palabra escrita. El abogado es llamado precisamente letrado porque articula con ella una regla o plantea una defensa, cuando no sustenta o proyecta una ley.

No se admite un jurista o un legislador que no maneje bien el lenguaje. Las hermosas caricaturas de Daumier, hechas a mediados del siglo pasado, muestran siempre un abogado en uso de la palabra. Muchos siglos antes Moisés hizo una sola observación al Señor cuando le fueron entregadas las Tablas de la Ley: era torpe en el hablar y, en consecuencia, en posición difícil para transmitir la Ley a su pueblo.

Por tradición, el ejercicio del derecho se halla unido a un uso connotado y a una virtuosidad en el empleo del lenguaje, sea para persuadir o exponer, mas nuestro interés es hallar la conexión entre lenguaje, norma, interpretación y expresión de ese razonamiento.

El lenguaje y el derecho escrito son al fin y al cabo una elabora-

ción cultural y no un conjunto de fórmulas y principios. Ahora bien, la ley tiene un contenido jurídico, que es la esencia de la regla y lo que pretende regular, y también una proposición jurídica, que es la expresión de esa esencia, es el lenguaje jurídico, lo que quiere decir el legislador y lo que se quiere que entienda el normado. Esas personas, miles de ciudadanos y regiones a las cuales se dirige la norma, tienen a su vez sus expresiones, su lenguaje cotidiano; siendo que quien elabora la norma también lo posee sólo que éste, por la formalidad en que se crea, es más depurado y, en el caso concreto de la norma juseconómica, más técnico. Los riesgos de la imprecisión entre el lenguaje de la ley, lo que ésta quiere decir, y lo que entiende el sujeto, son mayores aun en países como los nuestros, con significativo porcentaje de analfabetos y desinformados, con percepciones de la realidad diferentes e incluso con medios de producción económica distintos, que a veces no son los medios capitalistas ni los que conllevan el actuar en un libre mercado de factores. Todo ello atenta contra el sentido unívoco del precepto legal y, por ende, con la aplicación uniforme del precepto.

Una ley puede no ser comprendida por la falta de conocimientos básicos de las personas a quienes va dirigida; por el tecnicismo y profundidad del legislador en determinados temas de la economía, que lo hace caer inconscientemente en ciertas suposiciones que el receptor es incapaz de captar, por la falta de organización del articulado, o por la ausencia de un plan dentro del instrumento jurídico.

El lenguaje es una suerte de herramienta que suele ser usada para dar consistencia al Derecho y ser asimismo el elemento sustentador de los organismos que administran justicia como de aquellos que producen las normas.

Todos los preceptos legales son formulados en lenguaje que pasa a ser objeto de análisis para la interpretación. Y la primera dificultad es la variedad de apreciaciones a que se presta cualquier declaración escrita, precisamente porque no se atribuyen a las palabras un idéntico sentido. Las palabras honorario, sueldo, salario, retribución o emolumento pueden ser sinónimas; sin embargo, un abogado se resentiría si se le dice que se le "pagará un salario" y un economista hallará extraña la afirmación "los emolumentos a los factores de la

producción". Y aun cuando las palabras tienen un sentido preciso su connotación puede ser diferente. El lenguaje utiliza palabras para transmitir ideas, y la ley usa ese conjunto de palabras para estructurar conceptos. Pero ¿cómo interpretar las palabras? Ahí es donde se plantean los problemas de la semántica. Al efecto, Alberto Escobar Z. señala que ésa es el área del lenguaje más importante, pues en la semántica se apoya el razonamiento legal y el uso y manejo de una literatura interpretativa. La semántica es un conjunto de preceptos que descubren las relaciones de competencia y de actualización, y, desde ese punto de vista, el apoyo en la semántica es la búsqueda de un instrumento, con el objeto de sustentar en él la fundamentación de un razonamiento jurídico aparejado con el lenguaje<sup>245</sup>.

En consecuencia, los preceptos juseconómicos deben usar un lenguaje concreto y eliminar las abstracciones, como "felicidad de la población", "integridad del mercado", "una buena proporción de los recursos nacionales" e incluso "servicios públicos" o "seguridad social". Los términos de las leyes deben ser precisos y claros, sin hipérboles, tan comunes como cuando se promulga una ley de aparente interés para la población. Evitar el error en el lenguaje, como faltas de gramática, ortografía y aun prosodia, sobre todo si en el medio nacional los grupos étnicos y con distintas lenguas tienen presencia marcada.

Apreciando la retórica de los ex Estados socialistas se puede percibir que el absolutismo político fomenta y apoya todo intento para modificar el lenguaje, mientras que, inversamente, un lenguaje tradicional es una barrera al absolutismo. Lo que quiere decir que cuando un lenguaje adquiere permanencia en la forma de expresión de un pueblo es difícil que el poder económico o político pueda alterar radicalmente los principios y reglas de la cultura y el sentido de vida. De allí que, con frecuencia, los cambios sustanciales calan más hondamente cuando no hay unidad en el lenguaje de un pueblo. Ello explica por qué los países buscan desarrollar su idioma, porque es

---

245. Alberto ESCOBAR. *Lenguaje y Derecho*, p. 16 y ss.

una forma y un estilo de vida dentro de la cual está implícita la noción del Derecho en general.

Quien realiza un trabajo de interpretación ha de buscar superar la imprecisión y la ambigüedad. Tarea difícil, pues la primera dificultad con que tropieza el analista está implícita en su propia naturaleza: la forma diferente de percibir los conceptos de la ley. Todos interpretamos a la luz de nuestros conocimientos previos, de nuestras experiencias. El estudiante de Derecho, el juez, el magistrado de la Corte Suprema y el profesor universitario; aun cuando formados en leyes, tendrán una apreciación distinta de la norma y de la situación concreta a que se refiere. La edad, el ambiente cultural influyen en su apreciación; por eso todas las legislaciones del mundo establecen como requisitos para quienes administran justicia la edad, ya que es fuente de sabiduría para razonar, serenidad en lugar de la vehemencia. Quien interpreta debe enmarcarse en el contexto nacional, pues junto al idioma oficial pueden existir otras lenguas y modismos regionales de poblaciones marginales; buscar la precisión de los conceptos y transmitirlos con claridad; explicar y motivar las sentencias y las resoluciones para explicar lo que después se va a formar. La labor del analista es comunicar el real sentido de los elementos juseconómicos, y ello significa transmitir el sentido del precepto o la aplicación del Derecho Económico, que el destinatario del acto lo aprueba y acepte, que se entable una relación, más de cumplimiento, de entendimiento entre el objetivo de la ley y el interés de los sujetos actuantes. Tal vez lo que debieran perseguir el legislador y el juez no sea tanto que se cumpla, sino que se siga la ley, que se entienda el Derecho, que los sujetos reconozcan su forma de existencia y la necesidad de respetarlo para una vida en comunidad.

La misión y desafío del juseconomista, del análisis juseconómico, es aplicar un método particular para entender la realidad; esbozar las normas a través del real sentido que tiene la armonización de una conducta que haga viable la utilización eficiente de los recursos escasos, para la satisfacción de las necesidades sociales. En la medida en que se interprete la norma y se exprese su contenido en un lenguaje asequible y entendible a los sujetos a los cuales se les plantea una conducta, se estará realizando los fines del Derecho Económico en términos de eficiencia.

Existe un contraste de intereses entre las metas colectivas y los objetivos naturales de las unidades económicas privadas; pues bien, la actitud del juseconomista y de las normas buscarán conducir u orientar tales intereses hacia la satisfacción de los fines económicos generales sin desestimular la acción de los sujetos individuales. El egoísmo estará aun patente en todos los agentes de la economía, pero la norma y el análisis han de orientar ese egoísmo a metas sociales; es decir, aprovechar esa actitud para que a la vez se satisfagan las necesidades colectivas. Ésa es una de las principales metas de las normas del Derecho Económico: interpretar, orientar esa fuerza a metas colectivas de la misma manera que se canaliza y utiliza la inmensa energía de una masa o caída de agua para generar electricidad que beneficie y construya.

## BIBLIOGRAFÍA

- AFTALION, Enrique R. *Derecho Penal Administrativo*, Buenos Aires, A. Perrot, 1955.
- *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, A. Perrot, 1959.
- AGLIANO, Humberto. "Anotaciones sobre Derecho Económico". *Revista Jurídica*, Tucumán (Argentina), núm. 12, 1963.
- AIMONE GIBSON, Enrique. "Concepto y contenido del Derecho Público Económico". *Revista de Derecho y Ciencia Sociales*. Concepción (Chile), Vol. 32, núm. 128, abr/jun 1964.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *El Contrato Dirigido. Las Actuales orientaciones del Derecho*, Santiago de Chile. Ed. Nascimento, 1942.
- ALSBERG, M. *Wirtschaftsrech als problem gesetzgebung*. Berlin, Wissenschaft, 1931.
- ANGEL, Mare. "Les sanctions en matiere de droit penal économique". *Congrès International de Droit Comparé*, 5, Bruxelles, 1958. *Rapport Général*. Bruxelles, 1958.
- APOYO. *La forma de los contenidos de la constitución de 1979*. Lima, Instituto Apoyo S.A., 1992.
- ARANEDA DORR, Hugo. *La Administración Financiera del Estado*, Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1966.

- AUGUSTO, A.M.F. *Sistematizacáo para consolidacáo das leis brasileiras de direito económico*. Belo Horizonte, Fund. Brasileira de Direito Económico, 1975.
- AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. Londres, John Murray, 1885.
- BAETEMAN, G. "Het economischrecht en de economische openhare orde". *Studies en voordrachten van de vrije universiteit te Brussel*. Bruxelles, t 1. 1964.
- BARRE, Raymond. *El desarrollo económico*. 3a. ed. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1966.
- BID. *Progreso económico y social en América Latina*. Informe 1992. Washington D.C., BID, 1992.
- BIRD, Richard M. "Taxation and income distribution in Latin America: A critical review of empirical studies". *IMF staff papers*, Vol. XX, n. 3, nov. 1973.
- BONNARD, Roger. *Precis elementaire de droit administratif*. París, Recueil Sirey.
- BREWER CARIAS, Allan R. *La planificación del desarrollo económico y social en Venezuela*. Estudios de Derecho Económico, IV, UNAM, México D.F., 1983.
- BULLARD G., Alfredo. "Causalidad probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad civil extracontractual". *Ius et veritas*, Lima, n. 3, 1991.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario del Derecho Usual*. Buenos Aires, Heliasta, t. II, 1983.
- CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Breve introdução ao Direito Económico*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito Económico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

- CEREXHE, Etienne. *Derecho, economía y libertad. Revista de Derecho Económico*, Santiago de Chile, 1969-1970.
- COASE, Ronald H. "The problem of social cost". *The Journal Of. Law and Economics*. Chicago III. (USA), 3:1-44. octubre 1960.
- CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del Derecho Moderno*. Puebla (México), Universidad Autónoma de Puebla, 1982.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Memoria Presidente del Consejo Nacional de Justicia*. Lima, Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado, 1971.
- COTTELY, Esteban. *La Naturaleza y posición sistemática del derecho bancario*. Buenos Aires, Dinámica Social. 1951.
- *Teoría del Derecho Económico*. Buenos Aires, Prigeno Artes Gráficas S.A., 1971.
- CUADRA, Héctor. "Reflexiones sobre Derecho Económico". *Estudios de Derecho Económico. I*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- CHAMBERLIN, E. H. "Monopollistic. Competition and the productivity. Theory of distribution". *Exploitation in Economics*. New York, Mc. Graw Hill Book Co., Inc., 1936.
- CHAMPAUD, Claude. *Contribución a la définition du droit économique*. Paris, Recueil Dalloz Sirey. 1967.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Diritto ed economia*. Roma, 1954.
- DENISOV, Bernshtein. "Osnovi grazhdanskogo zakonodatelstvai khozaistvennoie pravo" (Conceptos sobre legislación civil y derecho económico). *Sovietskoie Gosudarstvo i Pravo*, n. 5. 1959.
- DIETZ, Rolf. *Beitrag zure Arbeits, Handels - und Wirtschaftsrecht*. München, 1959.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1973.

- DORNBERGER, Gerhard. *Die Aufgaben der Abteilung Wirtschaftsrecht. Staa und Recht*, 1959.
- EASTERLIN, Richard A. "Does money buy happiness?". *Public Interest*, n. 30, winter, 1973.
- EICHLER, Hermann. *Wirtschaftsrecht. Eine rechtssystematische Studie*. Nürnberg, 1950.
- EPSTEIN, Richard A. *A theory of strict liability. Toward a reformulation of tort law*. San Francisco. Cato Institute, 1980.
- ERLER, Georg. *Grundprobleme des internationalen wirtschaftrchts*. Göttingen, 1956.
- ESCOBAR Z. Alberto. "Lenguaje y Derecho". *Derecho y Mundo Moderno*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972.
- FARIA, José Eduardo. *Eficacia jurídica e violencia simbólica*. Sao Paulo, EDUSP, 1988.
- FARJAT, Gérard. *Droit économique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1971.
- FERGUSON, John M. *Historia de la economía*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1970.
- FERNANDEZ RUSSO, Omar. *Elementos de economía para uso de no economistas*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Fondo Editorial de Humanidades y Educación, 1985.
- FERREIRA, Sergio D.A. "Eficacia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 140: 16-35, abr./jun. 1980.
- FERRERO, Raúl. *Teoría del Estado*, Lima, Ediciones Librería Studium, 1966.

- FLORES BAO, Francisco. *Derecho y Desarrollo*, Lima, Instituto Técnico de Administración de Empresas, 1972.
- FRIEDMAN, Lawrence. *Legal Culture and social Development. Law and Society Review*, USA, vol. 4, Bobbs-Merril, 1969-1970.
- FRIEDMANN, W. *El Derecho en una sociedad en transformación*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1966.
- GARCIA MAYNES, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.
- GARCIA RAMIREZ, S. *Derecho Social Económico y Empresa Pública en México*. México, D.F., Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.
- GARRIGUES, Joaquín. *Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos lecciones y conferencias*. Madrid, Tecnos, 1971.
- GEILLER, Karl. *Gesellschaftliche organisationsformen des neueren wirtschaftsrechts*. Berlin, 1922.
- GLAVE VALDIVIA, Eduardo. *Memoria Presidente del Consejo Nacional de Justicia*, Lima, Editora Pérez Pacussich, 1972.
- GOLDSCHMIDT, Hans. *Reichswirtschaftrecht*. Berlin, 1923.
- "Los estudios de derecho comparado y el derecho de la economía". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Córdoba, 1943.
- *El Derecho Económico*. Buenos Aires, La Ley, t.68 1952.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2da. ed., São Paulo. Revista dos Tribunais Ltda, 1991.
- GRIZIOTTI KRETSCHMANN, Jenny. *Historia de las doctrinas económicas modernas*. Trad. de Carlos Gerhard, México D. F., Editorial Hispano-Americana, 1961.

- GRUCHY, Allan G. *Comparative economic systems*. 2a. ed., Boston, Houghton Mifflin Company, 1977.
- GUINSBURG, L. Ia Kvoпросuu o khozaistvennom prave (El problema del derecho económico). *Sovietskoie Gosydarstvo i Pravo*, n. 10, 1959.
- HAEMMERLE, Hermann. "Wirtschaftsrecht als disziplin". *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 97, 1937.
- HAMANN, Andreas. *Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht*. Berlin, 1958.
- HAMEL, Joseph. "Vers un droit économique". *Economie contemporaine*, nov/dic, 1951.
- HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Tr. de Genaro Carrió. México D. F., Editora Nacional, 1978.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Deutsches Wirtschaftsrech*. Berlin, Ein Grundriss. Berlin, 1939. 2 Aufl. ebd. 1943.
- "El Derecho Económico". *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. 1, mayo 1943.
- *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*. Berlin, 1992.
- "Reichsgericht and Wirtschaftsrecht". *Bild deutscher Praxis*, Jena, 1929.
- "Das Wirtschaftsrecht. Rückblick und Abschied". *Beiträge zum Arbeits-, Handelsund Wirtschaftsrecht*. Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag. Berlin 1959.
- "Rudschau Über, das Schrifttum zum Wirtschaftsrecht". *Deutsche Juristische Zeitung*. 1921.
- *Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach*. Juristische Wochenschrift, 1927.

- "La Evolución del Derecho Económico", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. 35, n. 415, 1951.
- HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. 8a. reimpresión. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1977.
- HERCZEG, István. "Néhány szó a gazdasági jogi koncepció ujrafelvetéséről" (Algunas palabras sobre el replanteo de la concepción del derecho económico). *Magyar Jog*. Budapest. n. 12, 1966.
- HERRERA FIGUEROA, Miguel. *Derecho Económico y Sociología. Estudios de Derecho*, Medellín (Colombia). Universidad de Antioquia, vol. 19, n. 58, septiembre 1960.
- HEUR, Hans-Uwe. *Sektionstagung zu Fragen des Wirtschaftsrechts. Staat und Recht*, 1961.
- HOCHMAN, Harold M. & RODGERS, James D. Pareto optimal redistribution. *The American Economic Review*, 59-542-557, septiembre 1969.
- HOLLAND, Thomas E. *The Elements of Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 1906.
- HUBER, Erust Rudolf. *Wirtschaftsverfassungsrecht*. Tübingen, 1932; 2. Aufl. 1. Bd. ebd. 1953.
- HUG, Walter. *Die Problematik des Wirtschaftsrechts*. Rektoratsrede. St. Gallen, 1939.
- HUNTINGTON, Samuel. "Political modernization: America Europe". *Bendix, Reinhard, org. State and Society*. Berkeley, University of California Press, 1973.
- *A ordem política nas sociedades em mudança*. Rio de Janeiro, Forense/EDUSP, 1975.

- HUSZAR, István. "Hozzászólás a gazdasági jog önálló jogágazati létjogosultsága problémájához" (Observaciones acerca del problema de poder considerar al derecho económico como una rama jurídica independiente). *Magyar Jog*, Budapest. n. 7, 1967.
- JACQUEMIN, Alex & SCHRANS, Guy. *Le Droit Économique*. Paris, Presses Universitaires de France, 1974.
- JACQUEMIN, J. "Pour une nouvelle approche du droit économique". *Revue du Marché Commun*, setiembre 1967.
- JAGUARIBE, Helio. *Desenvolvimento político*. São Paulo, Perspectiva, 1975.
- JEANTET, F.C. "Aspects du droit économique". *Etudes de droit commercial offertes*, Paris, J. Hamel, 1961.
- KAFKA, Folke. *Teoría económica*. Lima, Universidad del Pacifico, 1981.
- KAPLAN, Marcos. *Estado y sociedad*. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- KASKEL, Walter. "Gegenstand und systematischer aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach". *Juristische Wochenschrift*, n. 1, 1926.
- . "Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts". *Recht und Wirtschaft*, Año 10, 1921.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- KIRALY, Francois de. "Le droit économique, branche indépendante de la science juridique sa nature, son contenu, son système". *Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de Francois Geny*. Paris, Recueil Sirey, t.3. 1934.

- KEYNES, Jhon Maynard. *O fim do laissez-faire*. Szmrecsanyi, Tamas, Org. Keynes, São Paulo, Atica, 1972.
- KLAUSING, Friedrich. Gedanken über wirtschaftsrecht und Wirtschaftshochschulen. *Zeitschrift des Verbandes deutscher Diplomkaufleute*, 1922.
- KLEWORICK, A.K. "Law And Economics Theory: An Economist's view". *American Economic Review*, 65,237-243, Mass, 1975.
- KOHLER R, Earl. *Diccionario de términos económicos y contables*. 2a. ed., Bogotá, Ediciones Científicas, Ltda. 1973.
- KOSIGUIN, A. & LAPTIEV, V. "A. szovjet állam gazdasági joga" (El derecho económico del Estado soviético). *Külföldi Jogi Cikkgyűjtemény*, Budapest, n. 1, 1966.
- KREMER, Miklos. Az új gazdasagi mechanizmus jogi előkészítése. Gazdasági jog. Müszaki fejlesztés (Preparación de la base jurídica del nuevo mecanismo económico. Derecho económico. Fomento tecnológico). *Magyar Jog*. Budapest, n. 4, 1967.
- LAPTIEV, V.V. "Gegenstand und systems des sovjetischen Wirtschaftrechts". *Staat und Rech*, 1959.
- "O sovietskom Khozaistvennom prave "(El derecho economico soviético)". *Sovietskoie Gosudarsstvo i Pravo*, n. 4, 1959.
  - "Socialisticheskoe predpriatie i khozaistvennoie pravo" (La planta socialista y el derecho económico). *Ekoomisheskaia Gazeta*, 12-1-1961.
  - *Kvoprosu khozaistvennom prave*. (Sobre el concepto del derecho económico) *Voprosi ekonomiki*, 1959.
  - *Predmeet i sistema khozaistvennogo prava* (Objeto y sistema del derecho económico). Moscú, 1969.

- LASKI, Harold J. *El Estado moderno*. Trad. de Teodoro Gonzales García, Barcelona, Editorial Bosch, 1932.
- LAUBADÉRE, André de. *Droit public économique*. Paris, Dalloz, 1979.
- LAUTNER, J.G. *System des schweizerischen kriegswirtschaftsrechts*. Berna, 1942.
- LECLERCQ, Jacques. *La revolución del hombre en el siglo XX*. Trad. Tomás Alcoverro, Barcelona, Editorial Estela S.A., 1965.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona, Bosch, 1960.
- LEON XIII, Papa, *Rerum novarum, sobre la condición de los obreros*. Madrid, Ed. Apostolado de la Prensa S.A., 1960.
- LETELIER, Valentín. *Génesis del Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- LINARES, Antonio. *El derecho económico internacional*. Buenos Aires, 1945.
- LINDERMANN, Curt. *Gibt es ein eigenes wirtschaftsrecht*. Jena. 1932.
- MAC LEAN U., Roberto. *Coerción económica internacional*. Lima, CEPEI, 1986.
- MADI, Feerene. "Az új gazdasági jogi elmélet kérdéséhez" (Problemática de la nueva teoría económica jurídica). *Az Allami és Jogtudományi Intézet Ertesítője*. vol. 4, n. 112; 241-64.
- MAKLARY, Tivadar. "Néhány megjegzés a gazdasági jog kérdéséhez" (Algunas observaciones al problema del derecho económico). *Magyar Jog*, n. 2 1967.
- MAMMANA, Hugo P. "Tendencia social del derecho economico". *Revista de Ciencias Económicas de Córdoba*, enero-diciembre 1966.

- MANTILLA PINEDA, B. "Proceso de las ciencias jurídicas en el Siglo XX". *Revista de Derecho Económico*. Santiago de Chile, núms. 31-32 abril-setiembre 1970.
- MAMUTOV, VK. "Khozaistvennoie pravo-na sluzhbu komunisticheskomu stroitelstvu". (El derecho económico en el servicio de la edificación comunista). *Sovietskoie Gosudarstvo i Pravo*, núm. 5, 1959.
- MANZINI, "La tutela penale dell' economia corporativa". *Tratatto di Diritto Penal*, Roma, 1936 t.8.
- MARMOL, Ch. del. "Droit commercial ou droit économique". *La Revue Nouvelle*, octubre 1954.
- MARTINEZ LE CLAINCHE, Roberto. "Hacia el estructuralismo económico. Problemas del desarrollo". *Revista Latinoamericana de Economía*. México D.F., Editorial Libros de Mexico S.A., vol. 1. núm. 3, abr/jun. 1970.
- MATEO, Martin R. & SOSA WAGNER, F. *Derecho administrativo económico*. Madrid, Pirámide S.A., 1977.
- MAUNZ, Theodor. *Wirtschaftsrecht*. Brausechweig, 1955.
- MAYORGA LORCA, Roberto. "Abogacia al servicio del pueblo". *Revista de Derecho Económico*. Santiago de Chile, octubre 1970-marzo 1971, núms 33 y 34.
- MAZARD, Jean. "Aspects du droit économique francais". *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, 1957.
- MEADE, James Edward. *Eficiencia, justicia y propiedad*. Madrid, Tecnos, 1972.
- MEZNERICS, Iván. A szocialista gazdálkodás jogi szabályozásának egyes kérdései (Algunos problemas de la disciplina jurídica de la economía socialista). *Magyar Jog*, Budapest, n. 10, 1966,

- MIRABILE, Guido. "Le droit penal social-économique". *Revue Internationale de Droit Penal*, Paris, 1953.
- MIRANDA GALLINO, Rafael. *Delitos contra el orden económico*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille. 1970.
- MIRO-QUESADA RADA, Francisco. *Ciencia Política*. Lima, Ed. Studium, 1986.
- MOENCKMEIER, O. *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsgestaltung*. Munich, 1937
- MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Derecho Económico*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 1966.
- MOORA, Alkimar R. *Efficiencia económica e distribuizao de renda*. São Paulo, Ed. Fundação Getulio Vargas, Escola de Administração de Empresas, (Relatorio de Pesquisa n. 9), 1981.
- MORALES BARRIA, Fernando. "Recapitulación de conceptos fundamentales acerca de la integración económica, el Tratado de Montevideo, el Acuerdo de Cartagena y el tratamiento al capital extranjero". *Revista de Derecho Económico*, Santiago de Chile, octubre 1970 -marzo 1971, núms. 33 y 34.
- MORALES BERMUDEZ, Francisco. *El Proyecto Nacional*. Lima, Ed. Centro de Documentación e Información Andina, 1982.
- MOORE MERINO, Daniel. *Derecho Económico*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1962.
- MOREIRA, Vital. *Economía e Constituição*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1979.
- MOSSA, L. *Principios de Derecho Económico*. Traducción Polo. Madrid, 1935.

- "Diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociale*. vol. 1, 1, fasc.1-4.
- MULDER, A. "Le droit penal social économique". *Revue Internationale de Droit Pénal*. Paris, n. 1-2, 1953.
- MUNERA ARANGO, Dario. *El Derecho Económico*. Bogotá, Ed. Imprenta Nacional, 1963.
- NAISBITT, JOHN & ABURDENE, Patricia. *Reinvention the corporation*. New York, Warner Books, 1985.
- NARDI-GRECO, Carlos. *Sociología jurídica*. Trad. de Eduardo Ovejero, Madrid, Ed. La España Moderna.
- NASCIMIENTO, J. A. "Direito económico e direito comercial". *Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Sergipe*, Aracaju, (15).
- NEUMARK, Fritz. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*. Trad: José María Martín Oviedo. Madrid, Derecho Financiero, 1964.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona, Edit. Ariel S.A., 1983.
- NIPPERDEY, Hans-Karl. "Zum Begriff des wirtschaftrrechts". *Mitteilungen des Instituts für Wirtschaftsrecht*. n. 2, Jena.
- NUSDEO, Fabio. "Análise Económica, Política Económica e Direito Económico". *Temas e problemas*, Centro de Estudios Sociais e Políticos e Conselho Técnico. Primeiro caderno. 1964.
- NUSSBAUM, Arthur. *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht*. Berlin , 1922.

- Das neue deutsche Wirtschaftsrechts. *Eine systematische Übersichtsüberdie Entwicklungdes. Privatrechtsund und derbenachbarten Rwrchtsgebiete seit Ausbrucch des Weltkrieges.* Berlin, 1920.
- OLIVERA, Julio. *Derecho Económico.* Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954.
- *Derecho Económico. Conceptos y problemas fundamentales.* Buenos Aires, 1954
  - *Norma y realidad en el Derecho Económico.* Buenos Aires. J.A. 1954, IV, secc. doct.
  - *Economía de cambio y Derecho Económico.* Buenos Aires 1956.
- OSTERLING PARODI, Felipe. "La revisión de los contratos por el Poder Judicial". *Nuevas Orientaciones del Derecho,* Lima, Colegio de Abogados de Lima, Ed. Extraordinaria, 1965.
- OYARZUN G., Rubén. "Cambio económico social y cambio jurídico". *Revista de Derecho Económico.* Santiago de Chile, octubre 1969-marzo 1970, núms. 29 y 30.
- "El derecho económico en las Repúblicas Socialistas". *Revista de Derecho Económico,* Santiago de Chile, octubre 1970, marzo 1971, núms. 33 y 34.
  - "Un nuevo enfoque de la economía en la Escuela de Derecho". *Revista de Derecho Económico,* Santiago de Chile, abril-setiembre 1970, núms. 31 y 32.
- PALOMINO T., Luis. *Eficacia gerencial y desarrollo empresarial.* 1º Congreso Nacional de Gerencia. IPAE, Lima, 1985.
- PAYET, José Antonio. *La responsabilidad por productos defectuosos.* Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

- PEARSON, Lester B. "El desarrollo: empresa común", *Revista de Derecho Económico*, Santiago de Chile, abril-setiembre 1969.
- PERROUX Francois. *La economía del siglo XX*. Trad. Jorge Petit Fonsteseré y Ernesto Lluno. Barcelona, Ediciones Ariel, 1964.
- PIEPENBROCK, Rudolf. *Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum ersten Weltkrieg*. Searbruck, 1964.
- PIRENNE, Henri. *Historia económica e social da Idade Media*. 4a. ed., São Paulo, Mestre Jou, 1968.
- POLO DIEZ, Antonio. *El nuevo derecho de la economía*. Madrid, Revista de Derecho Mercantil, 1946.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2a. ed., Boston, Little, Brown and Co., Law Book Division, 1977.
- . *Economics of Justice*. Massachusetts, Harvard University Press, 1983.
- PREBISCH, Raúl. "Reportaje al subdesarrollo". *Revista de Derecho Económico*, Santiago de Chile 27-28 abril-setiembre 1969.
- PUGA I., Mario A. "El Derecho Económico y la defensa del valor Humano". *El Foro*, Chiclayo, vol. 8, n. 30-32 diciembre 1947.
- QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito Económico*. Rio de Janeiro, Ed. Forense 1982.
- RAISERSAUERMANN, Schneider. "Das verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft". *Soziologie und Statistik*. Berlín, 1964.
- RAMOS, J. Nabantino. *Sistema brasileiro de direito económico: historia doutrina, lesgislacao*. Sao Paulo, IBDT, 1977.
- RANGEL COUTO, Hugo. *La teoría económica y el Derecho*. México D.F., Ed. Porrúa, 1979.

- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1971.
- RAZ, JOSEPH. *El concepto del sistema jurídico*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- RETCHKIMAN, Benjamín. *Introducción al estudio de la economía pública*. México D.F., UNAM, 1972.
- REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Lima, Ed. Revista de Jurisprudencia Peruana S.A., n. 219, p. 469 y 470, 1962.
- RIGHI, Esteban J.A. "Derecho Penal Económico". *Estudios de Derecho económico*, México D.F., UNAM, Serie I, n. 1, 1977.
- RINCK, Gerd. *Wirtschaftsrecht*. Köln, 1963.
- RIVERA, Julio César. "Responsabilidad civil por daños a los derechos de la persona". *Diez años Código Civil Peruano*, t. I, Universidad de Lima, Lima, 1995.
- ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. México D.F., UNAM, 1988.
- ROSTOW, Eugene V. *Planeamiento para la libertad*. Trad. de Delia A. García D. y Atanasio Sánchez. Buenos Aires, Editorial Jurídica Omeba, 1962.
- RUBIANES, Carlos J. *Derecho penal económico argentino*. Buenos Aires, Ed. Jurídica Omeba, 1962.
- SABAS ARIAS, Santiago. "Principios informantes de derecho económico en relación con los del derecho mercantil". *Estudios de Derecho*. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia Año XXIX. Segunda época, vol. 27. n. 73 marzo de 1968.

- SALMOND, Guthrie William, *Salmond on Jurisprudence*. London, Sweet and Maxwell, 1957.
- SAMSON, Benvenuto. *Grundzüge des mitteldeutschen Wirtschaftsrechts*. Frankfurt-Berlin, 1960.
- SAMUELSON, Paul. *Curso de economía moderna*, 13a. ed. Trad. José Luis Sampedro. Madrid, Ediciones Aguilar S.A. , 1965.
- SAVATIER, René. "L'enseignement du Droit Economique dans les Pays non Socialistes". *II Diritto dell' Economia*, n. 1, 1967.
- SCHMIDT, Eberhard. "Das neue westdeutsche Wirtschaftsrecht". *Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen, 1950
- SCHMITTHOFF, C. "The concept of economic law in England". *The Journal of Business Law*. 1966.
- SCHNEIDER, Eberthard. *Das wirtschaftsrecht im kommunistischen Rechtsdenkern*. Köln, 1964.
- SELDON, Arthur. *Diccionario de economía*. Trad. de Antonio Casagua Vinardell. Barcelona, Editorial Dikos-Tau S.A., 1968.
- SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho económico*. México D.F., Porrúa, 1981.
- SIERGERT, K. "Westeuropäisches Wirtschaftsrecht". *Neue Juristische Wochenschrift*. 11-9-53.
- SIERRALTA RIOS, Aníbal. *El Derecho económico en el Perú*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1975. (Tesis).
- SIMOES, Patricio. "Introdução ao Direito Económico", CCTF, n. 125, Lisboa, 1982.
- SMITH, Adam. *La ricchezza delle nazioni*. Torino. Boringhieri, 1959.

- SOROKIN, Pitirin A. *Achaques y manías de la sociología, moderna y ciencias afines*. Trad. de Luis Rodríguez Aranda. Madrid, Aguilar, 1957.
- SOTO Hernando de. *Economía subterránea*. Rio de Janeiro, Globo, 1987.
- SOUZA Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito económico*. São Paulo, Fundacao Brasileira do Direito Económico, 1977.
- *Primeras Linhas de Direito Económico*. 3a. ed., São Paulo. Editora LTR, 1994.
- "Concepto e objeto do direito económico". *Revista da Faculdade de Direito de Belo Horizonte*, 24 (16): 2335, maio 1976.
- "O direito económico no pensamento estrangeiro". *Cuadernos de Direito económico*, Belo Horizonte (Brasil), Faculdade de Direito de Universidad Federal de Minas Gerais, año 1, noviembre 1969.
- SPISIAK, Jan, *Hospodárske právo u systéme socialistického práva* (Derecho económico en el sistema del derecho socialista). Bratislava, 1963.
- *Hospodárske právo a vedecké planovanie y C.S. Federacii* (El derecho económico y la planificación científica en la Federación Checo-Eslovaca), Bratislava, 1968.
- STEPHEN, Frank H. *The economics of the law*. London, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- STRAUSS, Walter. *Entwicklung und probleme des heutigen wirtschafrechts*. Karlsruhe, 1957.
- STUNA, St. "A csehszlovák gazdasági törvénykönyv és gazdasági jog". (El código económico checoslovaco y el derecho económico). *Külföldi Jogi Cikkgyűjtemény*, n. 3, 1965.

- SVERDLOV, G. "Grazhdanskoiei i khozaistvennoie pravo -eto no odno i to zhe". (Derecho civil y derecho económico - no son la misma cosa). *Ekonomicheskaja Gazeta*, 8-2-1961.
- SVOBODA, K. *La notion de droit économique*. Nancy, 1966.
- SZENTIVANYI, József. "A gazdasági jog es a gazdasági élet". (El derecho económico y la vida económica). *Magyar Jog*. Budapest, n. 8, 1967.
- TADEVOSIAN, V.S. "Das wesen des sovjetischen Wirtschaftsrechts un die bevorstehende Kodifikation zur Zivilgesetzgebund der USSR". *Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst*, 1959.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *El Derecho y la ciencia del Derecho*. México D.F., UNAM, 1986.
- TORRES Y TORRES LARA Carlos. "Derecho de la Empresa". *Revista del Foro*, Lima, Ed. Colegio de Abogados de Lima, n.1, ene/jun. 1985.
- TRAZEGNIES, Fernando de. *Filosofía del Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho, 1974. (Materiales de enseñanza).
- . *La responsabilidad extracontractual*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
- . *La idea del Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- TROCSANYI, László - SPISLAK, J. "A gazdasági jog a szocialista jog rendszerében" (El derecho económico en el sistema jurídico socialista). *Magyar Jog*. Budapest, 1965.
- TULLOCK, Gordon. *The logic of the law*. New York, Basic Books, 1971.
- TURPIN VARGAS, José. *El procedimiento económico administrativo*. Madrid, Ed. D. Financiero, 1956.

- URIBE GARROS, Carlos. "El Derecho de la economía". *Revista de la Facultad de Derecho*, Bogotá, vol. 8, n. 2, 1967.
- VASSEUR, M. *Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales*, Paris, 1959.
- VAZ, Manuel Alfonso. *Direito económico*, Coimbra, Biblioteca Jurídica Coimbra, 1985.
- VEGA M., Julio. *Introducción a la juseconomía*, Santiago de Chile, Universidad Católica, Ed. Andrés Bello, 1972.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. "Bases Constitucionales del Derecho Económico". *Revista de Derecho Económico*. Bogotá, n. 7, jul/set., 1985.
- VILAGHY, Miklós. *A gazdasági jog problémája* (El problema del derecho económico) Budapest, 1951.
- VITERBO, Camilo. *Ensayos de derecho comercial y económico*. Buenos Aires, Ed. TEA, 1948.
- VOUIN, Robert. "Le droit penal économique de la France". *Revue Internationale de Droit Pénal*, París, núms 1-2, 1953.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969.
- WEIL, Prosper. "Le droit international économique: mythe o réalite? *Aspects du droit international économique*. Paris, Sociedad Francesa para el Derecho Internacional, 1972.
- WITKER, V. Jorge. *Derecho económico*. México D.F., Harla S.A. de C.V., 1985.
- YEW KWANG, Ng. "Income distribution as a peculiar public good: the paradox of redistribution and the paradox of universal externality". *Public Finances*, vol. 28;1-10, enero 1973.

- ZAMENGOFF, S.M. "Khozaistvennoie pravo i arbitrazhnaia praktika". (El derecho económico y la práctica del arbitraje). *Sovietskoie Gosudarstvo i Pravo*, 1960.
- ZEUTHEN, F. *Problems of Monopoly and Economic Warfare*. Ed. Routledge, 1930.
- ZOLEZZI IBARCENA, Lorenzo. *Derecho y desarrollo*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978.
- ZOLTAN Odön. "Gondolatok a "gazdasági jog" -ról és a gazdasági mechanizmus reformjával kapcsolatos jogi feladatokról". (Ideas sobre el "derecho económico" y acerca del papel del derecho en la reforma del mecanismo económico). *Magyar Jog*. Budapest, octubre 1967.
- ZULLITA FELLINI,, Gandulfo & PEREZ MIRANDA, Rafael. "El Derecho frente a los monopolios". *Estudios de derecho económico*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1983.



***Introducción a la juseconomía*** (2da. ed.ampliada)  
de Aníbal Sierralta Ríos, se terminó de imprimir  
el mes de enero de 1996, en los talleres de  
Servicio Copias Gráficas S.A. (RI 21587)  
Jorge Chávez 1059, Lima 5. Perú.  
Se hicieron mil ejemplares.

## PUBLICACIONES RECIENTES

Carmen Julia Cabello

*Divorcio y jurisprudencia en el Perú.* 1995. 498 p.

Francisco Carranza - Won -Hoon Choo - Oscar Mavila (traductores)

*El tiempo transparente.* 1996. 144 p.

Javier Carranza - Hyesun Ko de Carranza (traductores)

*El pescador no tala.* 1996. 224 p.

Rodolfo Cerrón Palomino

*La lengua de Naimlap.* 1995. 220 p.

Jaime Lara Marquez

*Índice analítico del Código Tributario.* 1995. 277 p.

Guillermo Lohmann Luca de Tena

*Derecho de sucesiones.* (Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVII Tomo II) 1996. 564 p.

Jorge Morelli Pando

*Las hipotecas territoriales.* 1995. 268 p.

Felipe Osterling P. - Mario Castillo F.

*Tratado de las obligaciones* (Biblioteca para leer el Código Civil Vol. XVI)

Tomo I. 1995. 508 p.

Tomo II. 1995. 528 p.

Tomo III. 1995. 568 p.

Tomo IV. 1995. 544 p.

Tomo V. 1996. 520 p.

Tomo VI. 1996. 620 p.

Tomo VII. 1996. 524 p.

Juan José Ruda Santolaria

*Los sujetos de Derecho Internacional.* 1995. 608 p.

Fe Revilla de Moncloa

*La paria peregrina.* 1995. 180 p.

## DE PROXIMA APARICION

Richard Burger

*La ocupación prehistórica  
de Chavín de Huantar*

Margarita Guerra Martinière

*La ocupación de Lima. Vol.  
II. Aspectos económicos*

Jorge Marcone

*La oralidad escrita*

Carlos Ramos Núñez

*El código napoleónico en  
América*

Miguel Angel Rodríguez Rea

*Tras las huellas de un  
crítico: Mario Vargas Llosa  
1954-1959*

Virginia Rosasco Dulanto

*Evolución del derecho  
marcarío peruano  
(1985-1994)*

Ileana Vegas de Cáceres

*Economía rural y estructura  
social en las haciendas de  
Lima en el siglo XVIII*

Ana Velazco L. y Ricardo León

*Índice analítico del Código  
Civil y ley de arbitraje*

Eduardo Villanueva

*Internet: breve guía de  
navegación en el  
ciberspacio*

## FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel, Apartado 1761,  
Lima, Perú  
Telés. 462 6390 y 462 2540.  
Anexo 220

# **Introducción**

a la

## **Juseconomía**

*Mejor Libro 1991*  
*Premio Inter-American Bar Association*

**Aníbal Sierralta Ríos**

"... un libro poco usual. No se trata de un estudio jurídico ni de un tratado de economía; este libro se sitúa en ese espacio dinámico ubicado entre ambas disciplinas."

*Fernando de Trazegnies Granda*  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*

"... ha escogido un camino poco explorado para su reflexión sobre la eficacia de la ley y su vigencia social: el aspecto económico."

*Roberto Mac Lean U.*  
*Washington, D.C.*

"... reconocemos los méritos indiscutibles de la obra, ejecutada con apreciable competencia por su autor, sin duda uno de los pioneros de esta disciplina en el derecho latinoamericano."

*Washington P.A. de Souza*  
*Universidad Federal de Minas Gerais*