

DERECHO ECONÓMICO

Esteban Cottely

(Argentina)

I. FUNDAMENTOS DE LA CREACIÓN DE LA NOCIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

Los nuevos fenómenos se manifiestan en la ciencia jurídica como conjuntos de hechos importantes desde el punto de vista jurídico y disciplinados por las normas jurídicas, suponiendo que su evolución se realiza más rápidamente que el sistema de la ciencia en conjunto. Tales hechos se presentaron después de la primera Guerra Mundial en las socializaciones, en las reformas agrarias, en el control de alquileres, en el control de precios, en varios aspectos de las moratorias declaradas a favor de ciertas categorías de deudores, en el sistema de contratos colectivos de trabajo, en el control de cambios, etc. Se establecía así un conjunto de normas cuya sistematización presentaba un sinnúmero de complicaciones. Se observó que todas estas disposiciones tuvieron características semejantes, referidas a la disciplina de situaciones económicas. Su lugar en el sistema jurídico actual, sin embargo, no era bien definido. Así surgió espontáneamente la denominación de “derecho económico” para agrupar dichas normas bajo una única disciplina.

Era, por supuesto, más fácil crear el nuevo concepto que delimitar su contenido. En toda Europa Central —especialmente en Alemania— prevaleció una verdadera moda de hablar y escribir sobre el derecho económico, pero no nació todavía una escuela definida. Aun cuando la nueva disciplina estaba todavía en su estado de formación y de ensayo, tenía ya adictos fervorosos, pero también opositores decididos. Los unos estuvieron convencidos de que la nueva disciplina significaría el rejuvenecimiento de la ciencia jurídica, en tanto que para los otros sólo mereció una compasiva sonrisa.

En general, la situación no se modificó hasta la actualidad; vastos sectores jurídicos ni siquiera prestan atención al problema, mientras existen —aun cuando en número bien reducido— juristas que están convencidos de que para lograr sacar a la ciencia jurídica de su estancamiento secular, será necesario recorrer un camino a través del derecho económico. Tampoco se modificó la situación respecto de la incertidumbre del contenido y, por ende, de los límites de la nueva disciplina.

Para citar un jemplo reciente: Walter Strauss,¹ en una conferencia pronunciada en el año 1957 en Alemania —vale decir en el país donde

¹ Strauss, Walter: “Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts.” Juristische Studiengesellschaft. Heft 30. Karlsruhe. 1957, p. 1.

nació la noción misma— subrayó las dificultades que surgen al hablar del derecho económico. Puso en evidencia la incertidumbre existente acerca de la noción sin siquiera mencionar la problemática de su contenido.

II. MÉTODO DE ANÁLISIS

Al analizar el contenido del derecho económico, los investigadores parten de dos aspectos dispares: el formal (utilitario) y el analítico (filosófico). Los unos sostienen que la introducción de los nuevos conceptos y el surgimiento de una disciplina limitada por el marco de los mismos no se fundan en la lógica, sino que representan únicamente una decisión requerida por la utilidad práctica. El nuevo concepto y la investigación ligada al mismo se justifican sólo en la medida en que ellos contribuyen a una dilucidación teórica del fenómeno observado, por una parte, y a una clasificación y delimitación del mismo en el cuadro conjunto de las manifestaciones estudiadas, por la otra. La introducción de una noción, especialmente cuando la misma se realiza con la exigencia de limitar los marcos de una disciplina, puede ser admitida únicamente si existe un conjunto de fenómenos para los cuales no se pudo lograr una dilucidación satisfactoria y una clasificación adecuada en el sistema de la ciencia que hasta ahora ha sido aceptado como apropiado.²

El segundo método es el analítico (filosófico). Y en este terreno se puede proceder de tres maneras: con conceptos realistas (empírico), metafísicos (trascendental) y racionalistas. Los realistas aceptarán la introducción de una nueva noción, si la experiencia les prueba la existencia de la misma.³ Los metafísicos (adictos a la filosofía trascendental) la aceptarán únicamente si sus axiomas fundamentales exigen su reconocimiento.⁴ Y los racionalistas sólo aceptarán un nuevo concepto, si el análisis de los conceptos empíricos o el procedimiento generalmente seguido en las indagaciones filosóficas, que consiste en descomponer los conceptos que se presentan, admite que el nuevo concepto puede juzgarse como sustancia real en su interdependencia causal. Con otras palabras: la filosofía analítica no está buscando solamente el “qué es” o el “cómo es”, sino que quiere saber “¿por qué es?” Acepta nuevos conceptos únicamente, si los mismos significan no sólo nuevos eslabones en el sistema lógico de su pensamiento, sino que son también factores para comprender mejor las interferencias causales del conjunto de los conceptos sobre el cual está edificada la estructura analítica.

² Erler, Georg: *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*. Gotinga. 1956, p. 1.

³ Lo que, conforme con las condiciones materiales de la experiencia (de la sensación), es real. Kant: *Crítica de la razón pura*. (Trad. Francisco Romero.) Buenos Aires. 1938, p. 338.

⁴ Vale decir si pueden reunir en una conciencia única una diversidad de representaciones dadas y así logran representar a sí mismos la identidad de estas representaciones, es decir, que la unidad analítica de la apercepción no es posible si no se supone alguna unidad sintética. Kant: *op. cit.*, p. 253.

Ahora bien; hay que puntualizar de antemano que, como toda sistematización, también está nuestra distinción hecha entre los varios métodos, podría dar pauta a la objeción de que no es posible delinearlos entre sí con toda pureza. Vale decir que, aun cuando se parta de un concepto completamente formal (utilitario), el científico no puede apartarse de ciertos conceptos filosóficos por una parte y en cada método filosófico lo real, lo metafísico y lo racional se mezclan o se superponen.

Sin duda una objeción tal no carece de fundamentos, pero es necesario tener presente que en cada sistematización es menester partir de ciertos factores comunes que son bases de la clasificación.

Nuestra clasificación en métodos formal y analítico quiere establecer una neta separación entre dos grupos de especialistas: los que consideran los problemas del derecho económico sólo como un eslabón nuevo en la sistematización actual de nuestro régimen jurídico y los que intentan penetrar en un terreno nuevo, que exige la revisión conceptual no sólo de la sistematización, sino del derecho mismo.

Debemos tener presente, que los especialistas de la ciencia jurídica difieren, básicamente, en lo que se refiere a la sistematización de la materia jurídica en sí. Existen autores que parten de un concepto negativo; para ellos la sistematización de derecho no crea problemas. Afirman (por ejemplo: Martínez Paz) que la distinción es indispensable para un buen ordenamiento jurídico y la sistematización debe explicarse técnicamente. Los autores que tienen una posición positiva ante la división sistemática, se hallan ante dificultades para buscar y encontrar bases de subdivisión. Su tarea no es nada fácil: el jurista está colocado ante normas y hechos. Para sistematizar el conglomerado de los mismos puede partir de varios conceptos fundamentales, tomando como base de su sistematización diferentes fenómenos de su observación. Estos fenómenos pueden tener diferente carácter: pueden referirse a fenómenos que están fuera de la norma misma y a la característica de las normas.

Para los primeros la norma queda invariable; ellos no establecen diferencia en la esencia de la norma en sí, sino que consideran sólo los diversos modos de su creación, de su actuación y del sector de su influencia. Para ellos la filosofía jurídica no tiene importancia desde el punto de vista de la aplicación práctica. La misma sistematización es imaginable con diferentes conceptos filosófico-jurídicos. Los otros investigan la existencia de las diferencias sustanciales de la naturaleza de las normas mismas. Consideran que la filosofía jurídica no se puede desligar de su proceder analítico.

No cabe duda de que el primer método es el de los adictos a la sistematización utilitaria, y el segundo el de los de la sistematización analítica (filosófica). Por supuesto, no hay que pensar que el concepto analítico (filosófico) sea más elevado que el formal (utilitario). No se trata de esto. Se trata única y exclusivamente de dividir ambos conceptos completa-

mente antagónicos. La diferencia estriba, pues, en que el concepto formal busca soluciones dentro del sistema jurídico actual, mientras que el sistema analítico (filosófico) sale fuera de la sistematización acostumbrada, para abandonar los conceptos milenarios de la sistematización. Siente que existe algo todavía no investigado, todavía no sistematizado. Ensaya una nueva concepción del derecho. El sistema formal se esfuerza en diversificar sólo nuestros conocimientos dentro de los límites de la ciencia jurídica: el sistema analítico entra en el terreno de la sociología y de la economía, inclinándose a encontrar soluciones ajenas a situaciones presentes. Por este motivo los tratadistas que pueden clasificarse en el grupo del método formal encontrarán menor resistencia, como aquellos que se arriesgan a entrar en terrenos todavía no bien cultivados y analizados. Es evidente también que en las sendas ya conocidas hay mucho menores posibilidades de error, mientras que los caminos vírgenes presentan mayor peligro de perderse en equivocaciones.

1. *Método formal (utilitario)*

En los sistemas formales (utilitarios), desde luego, existe una variedad de fenómenos observados que pueden servir como base de estudio. Esta multiformidad y, a veces, la característica contradictoria de las bases utilizadas, dan la pauta de las grandes dificultades de su cometido. Las bases de división se pueden dividir en extrínsecas (como, por ejemplo, la utilidad perseguida, la naturaleza de ser sólo una medida rectora o una orden, la finalidad *mens legis* de Savigny, y las materias de la normalización), e intrínsecas, eso es, la diversa posición del sujeto en la relación jurídica. Es evidente que estas divisiones no se refieren a la norma misma, sino esencialmente al objeto y al sujeto de la normalización.

La clasificación que se esfuerza por limitar el terreno del derecho económico utiliza los métodos de proceder que no difieren del análisis jurídico en general. Y es evidente que tendrá diferentes matices de acuerdo con la diversificación de las bases adoptadas.

a) *Análisis basado en el objeto*

En lo que se refiere a los tratadistas que parten de las bases extrínsecas, podemos mencionar, en primer término, al ya citado Walter Strauss, que sostiene conceptos extremadamente amplios. Él no entra en detalles, ni circunscribe los límites de la noción, sino que se contenta con ofrecer sólo una definición más bien generalizada. Entiende por "derecho económico" el derecho que disciplina el sector vital que nosotros comúnmente consideramos como economía.

El procedimiento del profesor Justus Wilhelm Hedemann, el virtual creador y uno de los más fervorosos propugnadores de la nueva disciplina,

no difiere sustancialmente del concepto anterior. Él dio en su obra ⁵ una sistematización más bien enumerativa de los sectores jurídicos que se consideran partes del derecho económico. Su sistema aparece como una especie del derecho comercial ensanchado. Lo concibió como una penetración por el espíritu de economía en un sector más amplio, como se rige por el derecho comercial.

Este procedimiento, por supuesto, no era completamente satisfactorio, pues pronto se notó la diferencia —frente a la situación anterior— en la creciente intensidad de la intervención gubernamental. Desde la primera Guerra Mundial se estaba ante una limitación de la actividad económica particular por disposiciones de orden público. Al principio se inclinaba a considerar tal situación como una transitoria y temporal; luego, sin embargo, se fortaleció el convencimiento de que se trata de una nueva posición básica. Para los tratadistas tradicionalistas se trata nada más que de una síntesis del “derecho privado [comercial y civil] y del administrativo”. Para ellos no existe el derecho económico, sino en el peor de los casos, sólo la “administratización” del derecho privado. La organización estatal limitada anteriormente a la vida política se extendió a la esfera económica.

Hans Goldschmidt ⁶ fue el primero que mencionó la organización económica como factor decisivo en la noción del derecho económico. Los nuevos hechos observados durante la guerra y después de ella, en que se manifiesta una mezcla del derecho comercial y del derecho administrativo, se agrupan bajo una nueva denominación, que constituye una delimitación ante disciplinas jurídicas más cercanas, salvadas así de una “situación embarazosa” ante los nuevos hechos.

Estas dos disciplinas (derecho privado y administrativo) en su evolución histórica, no consideraron los hechos y relaciones jurídicas en sus aspectos macroeconómicos, sino exclusivamente desde el punto de vista de la microeconomía. Para ellas existe únicamente el empresario, productor e industrial y sus actividades, como también las formas de las mismas desde el aspecto de sus intereses microeconómicos. La evolución jurídica con Hans Goldschmidt da así sus primeros pasos para amoldarse a la evolución de la ciencia económica que había abandonado las sendas tradicionales de la microeconomía abriendo los horizontes para los conceptos macroeconómicos.

El principio de organización como característica de diferenciación se manifiesta también en el estudio de Erler ⁷ sobre los problemas básicos

⁵ Hedemann, Justus Wilhelm: *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*. Berlín, 1922.

⁶ Goldschmidt, Hans: *Reichswirtschaftsrecht*. Berlín, 1923. *Das neue Zeitalter der Organisationswirtschaft*. Berlín, 1931. Roberto Goldschmidt, sobrino del antes mencionado y antes catedrático de la Universidad de Córdoba parte del mismo concepto: véanse los estudios de derecho comparado y el derecho de la economía. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de Córdoba, julio-agosto de 1943, pp. 346 ss. El derecho económico. La ley. 15 de noviembre de 1952.

⁷ Erler, Georg: *Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts*. Gotinga, 1956, p. 16.

del derecho económico internacional. Por este concepto se entiende, pues, la conexión conjunta de las normas estatales e interestatales que disciplinan la organización económica internacional. Erler mismo considera el derecho económico internacional —conforme al concepto generalmente aceptado por los tratadistas del derecho internacional— como el derecho económico nacional compenetrado por los valores jurídicos que salen fuera de la órbita nacional. Esta interpretación se nos aparece como la aplicación del concepto organizatorio para el sector internacional de la normalización jurídica.

Eberhard Schmidt⁸ distingue dos esferas de intereses: la del Estado y la del individuo por una parte, ambos tendientes hacia el mantenimiento de su existencia económica y por la otra, la esfera de los intereses administrativos que surgen de las relaciones entre las autoridades administrativas y los individuos, como sus órganos de cooperación respecto de las tareas económicas del Estado. El derecho económico crea, por sus normas y disposiciones, el reconocimiento jurídico de ambas esferas de interés.

El concepto de Schmidt se puede considerar como eslabón hacia un nuevo concepto de derecho económico: en vez de colocar como base de diferenciación de “la organización”, se basa en la “dirección económica”. El derecho económico aparece como la expresión jurídica diferenciada de la ordenación económica dirigida.⁹

Representante destacado del sistema que liga el derecho económico al sector económico dirigista es Lautner.¹⁰ Sin dar una definición exacta del derecho económico, surge de sus explicaciones la evidencia de que considera como derecho económico las normas que contienen varios elementos de dirección. Analiza detalladamente dichos elementos, hace distinción entre los objetos, medios y medidas de la dirección entre la dirección simple y múltiple, inmediata y mediata, directa y distanciada.

b) *Análisis basado en el sujeto*

Menor es el número de los tratadistas que parten de las bases intrínsecas y fundan su división en factor subjetivo. Király¹¹ estima que la empresa, centro de la vida económica, debe construir el punto de partida. Hug¹² considera como derecho económico todas las normas de derecho público y privado que disciplina la existencia y la actividad de las empresas económi-

⁸ Schmidt, Eberhard: *Das neue westdeutsche Wirtschaftsrecht*. Tubinga, 1950, p. 20.

⁹ Olivera, Julio H. G.: *Derecho económico*. Buenos Aires, 1954, p. 23.

¹⁰ Lautner, Julius G.: *System des Schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts*. Zürich, 1942-50.

¹¹ Király, F.: *Le droit économique, branche indépendante de la science juridique; sa nature, son contenu, son système*. En “Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny”, 1934, pp. 111 ss.

¹² Hug: *Die Problematik des Wirtschaftsrechts; Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen*. Reihe A. Heft 15, 1939, pp 20 ss.

cas. Divide el derecho económico en cinco sectores básicos: creación, gobierno, relaciones reales, relaciones obligatorias y laborales de la empresa.

2. Método analítico (filosófico)

Los investigadores antes mencionados adictos al sistema formal (utilitario) de la división del material jurídico permanecen en el marco acostumbrado de la investigación jurídica. No salen fuera de los métodos habituales de la lógica jurídica.

Frente a esta posición, el sistema analítico exige un procedimiento hasta ahora inusitado en la investigación de derecho. La diferencia fundamental con el sistema anterior consiste en sintetizar la disciplina jurídica con la técnica respectiva del objeto de su normalización. Este método sostiene que el legislador, al dictar normas jurídicas, debe conocer la esencia del objeto de la disciplina legal.

La materialización de este principio se encuentra en el procedimiento judicial basado en el asesoramiento por los expertos. Es muy frecuente que la “justicia” pueda lograrse sólo a través de la sabiduría técnica, y que la *litis* se decida virtualmente con el dictamen de los expertos. De la misma manera una “buena y justa” ley puede dictarse sólo sobre la base del conocimiento técnico del objeto reglamentado. Esta tecnicidad tiene, por supuesto, una extensión amplia y virtualmente se refiere a todos los sectores de la vida humana, pues el objeto de la normalización jurídica —en su sentido lato— es la vida humana individual y colectiva.

Contra nuestra anterior aserción puede objetarse que la legislación debe basarse siempre en el conocimiento técnico del objeto de la normalización. Si ése no es el caso, la norma será errónea y para remediar tal estado de cosas —por suerte sólo excepcional y frecuentemente corregida por leyes pertinentes— no es necesario inventar un “derecho económico”.

Contestamos con una pregunta tomada de otro sector (no económico) del derecho.¹³ ¿Han pensado los legisladores en casi todos los países del mundo que todavía ahora dictan normas sobre los testamentos hechos por dementes en “lúcidos intervalos”, si este llamado “lúcido intervalo” realmente existe o no?

Desde el punto de vista de la medicina, un demente está enfermo y si no es más demente, está sano. Estar enfermo y sano en el mismo momento es una imposibilidad. En consecuencia, un “lúcido intervalo” no puede existir y aun cuando no exista, es objeto, desde hace siglos, de una legislación de alcances mundiales. Preguntemos además —para otros diferentes casos semejantes— a nuestros médicos legistas, qué piensan de otras varias normas que legislan los objetos de su especialidad.

En muchos casos estamos en la misma situación, si consideramos las

¹³ Art. 3649 del Código Civil.

leyes cuyos objetos son fenómenos económicos: ¡cuántos falsos conceptos económicos en las normas jurídicas! ¡Y cuántas veces los eruditos de la ciencia jurídica lo vieron, lo sintieron, pero en vez de entrar en la esencia, buscaron la solución en sofismas jurídicos!

Es cierto que tampoco se vieron claramente las interferencias económicas mismas, por lo que muchas experiencias resultan necesarias para llegar a conceptos claros. Sin embargo, la vida exigió las soluciones, ya que en gran parte está supeditada a los aspectos económicos, por lo que es natural que este anhelo de conocer la realidad cobrara fuerzas irresistibles. Y cuando el derecho se mantuvo en sus sendas milenarias, la economía se apartó del mismo, y de la filosofía que es su cuna. Buscó sus propias sendas para llegar a la dilucidación de sus problemas y un fenómeno curioso se manifestó: el derecho y la economía a veces se encontraron en campos antagónicos.

Pero tal antagonismo no puede subsistir, pues la ciencia misma del derecho deberá llegar, tarde o temprano, a situaciones insostenibles si insiste en él.

Las primeras dificultades se presentaron en el sector monetario. Ya Savigny percibió que el análisis jurídico en el terreno monetario exige conocimientos de la esencia de sus problemas. En su Derecho de Obligaciones¹⁴ entra en el análisis del valor y crea la doctrina del poder patrimonial abstracto. Sin embargo, él mismo se dio cuenta de la falta de claridad de este concepto y en el prólogo declaró no sentirse muy seguro en la doctrina monetaria. Luego, en el curso de sus explicaciones habló, con expresión incierta, de la "característica casi misteriosa" que distingue el dinero de las otras cosas. El procedimiento de Savigny tiene rasgos netamente analíticos, procedimiento que es propio de todos los tratadistas que basan su análisis en la investigación filosófica. Con el avance de la ciencia económica, el derecho no progresa paralelamente. Y se aferra a sus conceptos históricos.

La búsqueda de una adecuación con la realidad es la esencia del método analítico y la clara consecuencia de este procedimiento es que la determinación de la noción del derecho económico no puede efectuarse sobre la base del objeto o sujeto de las normas. El objeto y el sujeto pueden servir como base de una sistematización dentro del derecho económico mismo, pero no pueden utilizarse como base de la diversificación del derecho económico de las otras ramas del derecho.

a) *Concepto realista (empírico)*

Como hemos dicho anteriormente, los adictos al método empírico aceptarán la introducción de una nueva noción, si la experiencia les prueba la

¹⁴ Savigny: *Obligationsrecht*.

existencia de la misma. Para los que adoptan este método, el derecho económico es un fenómeno de la experiencia y un análisis sirve únicamente para conocer sus características. Reconocen que las normas jurídicas tienen contenido económico y su investigación se limita sólo al reconocimiento del mismo.

No debemos imaginar que esta inquietud es de fecha reciente. Ya la encontramos en el ambiente jurídico norteamericano del siglo pasado. Nos referimos al discurso de Oliver Wendel Holmes pronunciado el 8 de enero de 1897,¹⁵ en que dijo lo siguiente:

Anhelo el día en que el papel de la historia en la explicación dogmática del Derecho sea muy pequeño y en que en lugar de ingeniosas rebuscas de archivo dediquemos nuestros esfuerzos y energías a estudiar los fines que nos proponemos alcanzar con el Derecho y las razones para desearlo. Como primer paso hacia el logro de ese ideal creo que todo abogado debiera adquirir un adecuado conocimiento de Economía. El actual divorcio entre las escuelas de Economía Política y Derecho se me ocurre que es un signo evidente de cuánto queda aún por hacer a los estudios filosóficos.

Desde que se pronunciaron estas palabras, pasó ya más de un medio siglo; y a pesar de esto, todavía hay, muy a menudo, quienes se inclinan más a buscar la solución jurídica en los antecedentes históricos, que en la realidad en que se basa la norma jurídica.

Uno de los más interesantes investigadores de esta "realidad jurídica" es Athur Nussbaum. Su actividad se remonta hasta antes de la primera Guerra Mundial y constituye una verdadera revolución en la literatura y pedagogía jurídicas. Su procedimiento era eminentemente empírico. En su seminario creado para esta nueva escuela, examinó a fondo los diversos capítulos de los Códigos Civil y Comercial y analizó el contenido real de varias de sus instituciones, demostrándose que muchas de ellas habrán perdido por completo realidad, aun cuando siguen todavía siendo objeto de análisis en las obras doctrinarias y de la enseñanza universitaria. Él definió su sistema de análisis como la indagación sistemática de las condiciones sociales, políticas y económicas que dan lugar a normas jurídicas individuales. Su obra: *Die Rechtstatsachenforschung* (Investigación de la realidad jurídica),¹⁶ publicada en 1914, constituye el paso inicial de esta nueva disciplina.

El concepto empírico y la incertidumbre reinante acerca del real contenido del objeto disciplinado por la norma jurídica respectiva fue esbozado por Viterbo.¹⁷ Cita un ejemplo de nuestro Código Comercial (Art. 458). Éste dispone que no estando determinado el precio de una compra-venta,

¹⁵ Publicado en la *Harvard Law Review* el 25 de marzo de 1897. Oliver Walden Holmes: "La senda del derecho" (trad. Carlos A. Garber). Buenos Aires, 1959.

¹⁶ Nussbaum, Arthur: "Fact research in law". *Columbia Law Review*, febrero, 1940, p. 189.

¹⁷ Viterbo, Camilo: *Ensayos de derecho comercial y económico*. Buenos Aires, 1948, p. 129.

hay que aplicar el que rige en el día y lugar en que la cosa debe ser entregada. Esta disposición se inspira en una tradición antigua y coincide con otras similares que se encuentran en casi todos los derechos vigentes.

Frente a este concepto es necesario recalcar que en un régimen de competencia imperfecta (que puede considerarse como regla), el precio de una cosa en el mercado es indeterminado. No existe un precio único de equilibrio, porque en realidad no hay equilibrio natural entre oferta y demanda. La norma antes citada tiene como supuesto implícito el de que los precios se forman en el mercado de manera automática y objetiva, independientemente de la voluntad de las partes, situación que en la realidad no se da.

De lo dicho es fácil concluir —sigue diciendo Viterbo— que las normas legales no pueden aplicarse rígidamente todas las veces que el régimen del mercado se ha alejado sensiblemente de la libre competencia. Los formalistas del derecho podrán observar fácilmente que esto es contrario a los cánones clásicos de la interpretación estricta y particularmente al principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Aun dejando de lado el valor de esta regla, muy relativo, basta con destacar que una de las características del derecho económico es precisamente la tendencia de desvincularse de la interpretación formalista, e interpretar las normas jurídicas con método teleológico o finalista, lo que no significa el retorno al antiguo y desprestigiado método de referirse a la intención que tuvo el legislador, sino a la función que llena la norma. Se trata, pues, de una interpretación teleológica objetiva.

A las palabras de Viterbo podemos añadir todavía que esta interpretación teleológica objetiva es posible únicamente si se conoce la realidad del objeto legislado, vale decir, la realidad verdadera y no adaptada a los conceptos jurídicos. Basta en este lugar mencionar un ejemplo. Es generalmente aceptado que el “dinero” se considera como cosa mueble, aun cuando es evidente que tal concepto no corresponde al real contenido y la naturaleza del mismo. Surge de este planteamiento que las normas basadas en la suposición de que el dinero sea una cosa mueble deben estar necesariamente al margen de la realidad de los hechos económicos.

b) *Concepto metafísico (trascendental)*

Para que la filosofía trascendental pueda servir como base en el análisis del derecho económico debemos hacer concesiones y salvedades, vale decir que debemos aceptar una estructura concebida *a priori*. Existen teorías cuya naturaleza es muy semejante a la trascendental aun cuando no puede considerársela así. Tal, por ejemplo, el método del materialismo histórico, sumamente importante para el derecho económico.

A primera vista nuestra aserción parece netamente contradictoria.

De acuerdo con el materialismo histórico no existe conformación de una ley absoluta como algo místico del que hubiera de seguirse en el tiempo la realidad de la vida social en una confusa relación de dependencia respecto de aquel algo absurdo sustraído al mundo real; de la experiencia dentro de lo concreto es de lo que también en materias sociales debe partir en el tiempo nuestro conocer.

La concepción materialista de la historia tomó por quicio de la vida de la sociedad humana la economía social. El materialista histórico no acepta la opinión que toma por fuerza central de la vida social factores ideales como causas sustantivas y de acción independiente sobre las formas de esta existencia social e invierte el orden de la relación, admitiendo sólo como causa última determinante de la que dependen las nociones sociales todas y con ellas el orden social, un único factor: la "economía" existente dentro de la sociedad de que se trate —dice Stammer.¹⁸

Sin querer entrar, por supuesto, en una crítica del materialismo histórico, y por una parte manteniendo todo respeto ante toda teoría que nace de un convencimiento científico, pero por otra parte no aceptándola, es necesario puntualizar que la misma tiene mucha importancia para las teorías del derecho económico. Se trata especialmente de las teorías políticas y sociales que se basan en los conceptos de este materialismo y crean una estructura fija en el servicio de su análisis, que no permite apartarse de la ideología aceptada en que se basa dicha estructura. Podemos y hemos podido ser testigos de tales conceptos en el fascismo, nacionalsocialismo y comunismo. El corporativismo, que colocó como finalidad suprema de toda actividad ciudadana al Estado, su gloria, grandeza y bienestar en una colaboración ideal de todas las clases; el nacionalismo, que pone como ídolo de todas las actividades la idea de la Nación, y el comunismo cuya finalidad es el Estado Social Perfecto sin leyes y sin coerción en una armónica convivencia de los "hombres colectivos", adoptan en última instancia un procedimiento muy parecido.

Actualmente es en el comunismo donde se cristaliza este procedimiento con gran nitidez. Comunismo y Socialismo constituyen la corriente filosófica más vital y fuerte opuesta a los conceptos tradicionales medievales. He aquí una sorprendente semejanza entre el dogmatismo católico y la teoría marxista. "Ni los teólogos católicos, ni los teóricos marxistas preguntan si la proposición es falsa o verdadera en sí, sino si la misma se halla en el cuerpo de verdades reveladas por una autoridad aceptablemente infalible."¹⁹

Este concepto traducido al derecho económico se manifiesta en las obras de dos tratadistas: Moenkmeier²⁰ y Mossa.²¹ Moenkmeier opera

¹⁸ Stammer, Rudolf: *Economía y derecho*. Madrid, 1929 (trad.: W. Rocés), pp. 15 y 17.

¹⁹ Wetter Gustav A.: "Dialectical materialism." Routledge. 1959. *The Economist*, Londres 19.9.59, p. 291.

²⁰ Moenkmeier, O.: *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsgestaltung. Jahrbuch der nationalsozialistischen Wirtschaft*. Munich, 1937.

²¹ Mossa, Lorenzo: *Principios del derecho económico*. Madrid, 1935.

con el concepto "credo económico" (*Wirtschaftsgesinnung*). Acepta, sin embargo, este credo económico como algo existente, como una norma superior, sin analizar y determinar el alcance de la misma. "En conjunción con el derecho, que garantiza la seguridad y el orden en la vida económica, trabajan el credo económico y la política económica para la obtención de los grandes fines."

Mossa parte también de una estructura fija. Sus pensamientos se pueden resumir brevemente en los siguientes: la idea de explicar materialmente la historia y el derecho ha precedido al desenvolvimiento del derecho económico. Con el mismo se quisieron resolver los más arduos problemas de la Justicia Social. Los distintos movimientos nacionales y sociales que luchaban y todavía están luchando, tienen, sin diferencia, el objetivo de alcanzar dicha Justicia y equilibrio entre el individuo y la economía.

El ideal social arrastra toda relación económica hacia el sentido de lo colectivo, y al sacrificio de lo individual en aras del interés general de la sociedad y del Estado. En nombre del derecho público, o al menos en nombre del interés social, se piden limitaciones a los derechos clásicos de la propiedad, del contrato y de la empresa, que están, en realidad, justificados por las necesidades de la vida presente. Pero limitaciones y sacrificios deben tener un justo confín frente al interés individual, que es la razón inextinguible de la misma vida social. Si se cancela este interés y este átomo individual, hecho de economía y de moral, se anula la vida de la sociedad y del Estado.

En ninguna sociedad, ni aun en aquellas más colectivistas, renuncian los hombres a sus caracteres y a su yo, que constituyen el secreto del progreso humano. Ahora bien; fin inmanente del derecho económico frente al peligro manifiesto de las actitudes sociales y políticas, en el sentido de una absoluta colectivización de la vida económica, es encontrar la incidencia y la multitud de formas jurídicas que respeten al individuo. Hasta el presente el movimiento del derecho económico ha sido del individuo a lo colectivo. El punto culminante del derecho económico en el porvenir está en el retorno del elemento colectivo al individuo. "Solamente en estas condiciones el derecho económico alcanza la culminación del sentimiento social y al mismo tiempo de la sagrada libertad individual."

De acuerdo con Mossa, el derecho económico consistiría de las normas cuya finalidad es alcanzar una síntesis entre el sentimiento social y la libertad individual. No analiza y no determina qué es dicho sentimiento social y cuáles son los alcances de la libertad individual. Estamos, pues, ante un método filosófico muy semejante al trascendental, pues se parte de conceptos aceptados *a priori*.

c) *Concepto racionalista*

La filosofía racionalista va un poco más allá del empirismo; busca las interferencias causales y admite nuevas nociones únicamente si las mismas explican mejor las interferencias en el conjunto de los conceptos observados. Para hacer más explicativa la diferencia entre los conceptos empírico y racional aplicados sobre el derecho económico, veamos cuáles son los argumentos del uno y del otro. La pregunta del empírico es la siguiente: ¿qué cosa se comprende por el derecho en su significación económica? Y, frente a esta posición, la pregunta del racionalista se formula en los términos siguientes: ¿qué cosa se entiende por económico en su significación jurídica? Para buscar una respuesta es necesario, antes que nada, establecer relaciones.

El empírico considera un orden jurídico dado y analiza si el mismo corresponde a determinados fenómenos económicos. El racionalista investiga cuál es la situación económica y, asimismo, cómo puede y debe adoptar el derecho a la situación económica existente.

Quienes están convencidos de que el derecho tiene un contenido fijo deben desechar, en primera entrada, tal concepto del derecho económico, admitiéndolo únicamente en un sentido formal o —en caso extremo— desde el punto de vista empírico.

Por esta razón el jurista racionalista parte del orden económico (*Wirtschaftsverfassung*) y elabora sus principios e instituciones jurídicas con adecuación al mencionado orden económico. Es, pues, misión del derecho trasladar los factores determinantes en función de un determinado orden económico a principios jurídicos y a instituciones de derecho.²²

En este grupo podemos clasificar la obra fundamental del Dr. Julio H. G. Olivera: *Derecho económico*,²³ aun cuando sus conceptos no trazan una línea nítida entre el método formal y lógico. Su procedimiento es, sin embargo, muy semejante al del concepto analítico antes mencionado. Parte del fenómeno de la distribución de los “bienes”, la coloca en el foco de su análisis e indica su contrapartida jurídica en la “asignación”. Con esta actitud el Dr. Olivera salva la “tradición jurídica”, rechazando las tentativas de abandonar el terreno jurídico y entrar en el económico. Permanece en los “conceptos jurídicos”, ya que como base de su división toma un “acto jurídico”, la asignación, que no es, sin embargo, nada más que la materialización jurídica de un procedimiento económico decisivo para la economía dirigida.

Parece natural —dice— que el riesgo de la asignación sea soportado por el mismo que la decida. Sin embargo, tanto en la línea de posibilidades formales como de manifestaciones históricas, no son por fuerza idénti-

²² Leontin, Jean Constantinescu: *Revue Économique*. París, marzo de 1960, p. 266.

²³ Olivera, Julio H. G.: *Derecho económico*. Buenos Aires, 1959, p. 23.

cos el sujeto decidente y el sujeto percutido. La titularidad del ingreso de percusión puede dejarse, por ejemplo, a los empresarios particulares, y transferirse al Estado una parte sustancial de la determinación de las prioridades económicas. La asignación de los recursos productivos por los receptores del ingreso de percusión queda limitada, en tal hipótesis, a un papel supletorio o integrador de la realizada por el Estado. Esta combinación distingue por modo peculiar la de la denominada habitualmente economía dirigida.

La economía dirigida distribuye el poder de asignar los recursos productivos: reserva una parte de ese poder al sujeto de la incidencia (comunidad) y confía el resto al sujeto de la percusión (empresario). Este modo especial de ordenación económica que es la economía dirigida tiene su expresión jurídica diferenciada en el derecho económico.

Dice, además, que 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 y parte del concepto —aún no bien delineado y exclusivo— de fijar la empresa como el sujeto principal de derecho económico. Sus muy detalladas e interesantes explicaciones sobre el objeto y sujeto del derecho económico que sin duda sirven como determinación ante los otros sectores de derecho, podrían inclinar a ver en el pensamiento del Dr. Olivera una tendencia a la búsqueda de una solución más formal que filosófica.

III. DERECHO Y ECONOMÍA

Apartémonos del análisis acostumbrado en la literatura jurídica que consiste en sintetizar brevemente las opiniones sobre la materia, criticarlas, refutarlas, y luego exponer la propia. Estamos convencidos de que cada uno de los tratadistas, desde cierto punto de vista, tiene razón. No podemos aceptar solamente una cosa: descuidar el problema, no ver que éste existe y que vale la pena estudiarlo y analizarlo. En los siguientes planteos trataremos de exponer nuestro parecer en cuanto a nuestro enfoque de la esencia y la solución del derecho económico. Tenemos conciencia de que, en diversos aspectos, nos hemos apartado voluntariamente del enfoque habitual en estas cuestiones. Los economistas advertirán que hemos incurrido en problemas económicos cuya aplicación no puede ser panorámica ni yuxtaponerse al análisis jurídico; los juristas *stricto sensu* nos acusarán de haber confundido en un haz la economía y el derecho y nos imputarán que socapa del derecho económico, nos ha animado el propósito de “reorganizar” todo el sistema jurídico imperante. Evidentemente, no podemos pretender evitar objeciones contra estas ideas, dada la novedad que encierran. Sólo cabe requerir meditación sobre la posibilidad de revisar conceptos y sistemas, aun cuando sean consagrados por tradiciones milenarias. La ciencia económica sufrió una evolución revolucionaria en nuestro

siglo, y también en el derecho se vislumbra una completa transformación del pensamiento jurídico.

El concepto del “derecho económico” está evidentemente compuesto por dos nociones: derecho y económico. De acuerdo con la filosofía analítica debemos analizar cada concepto separadamente.

En lo que se refiere al primer concepto, aceptamos el concepto de Kelsen.²⁴ Aceptamos la diferencia entre la teoría y la política jurídica. Explícitamente declara Kelsen que la “Teoría pura del derecho” contesta sólo a la pregunta: “¿Qué es el derecho?”, sin embargo nunca a “¿Cómo debe ser este derecho?”. Sin duda, para poder decidir cómo debe ser el derecho, necesitamos conocer su esencia, y con respecto a ello no se puede negar la importancia de las explicaciones del mismo Kelsen. Para la vida práctica es, sin duda, más interesante contestar a la pregunta “cómo debe ser el derecho”, aunque la respuesta sólo es posible pasando al campo de las “ideologías”. La teoría pura del derecho nos indica el grandioso monumento de la ciencia del derecho; únicamente pueden llenarlo con vida con sentido práctico las ideologías, tanto más en cuanto éstas significan una categoría indisoluble de cada norma jurídica. Al crear cada “deber ser” es necesario preguntarse cómo y por qué este “deber ser” debe ser de ésta y no de otra manera. Al nacimiento de cada “deber ser” necesariamente había una ideología determinante, o mejor dicho “una valoración”.

Analizando la esencia de esta valoración, pronto llegaremos a la conclusión de que no existe una valoración unitaria, susceptible de ser colocada en el foco de cada norma jurídica. Hay gran variedad de valoraciones; unas sirven para un grupo de normas y las restantes para las otras. Aun cuando pusiéramos a la “justicia” como única y suprema ideología o valoración de cada norma jurídica, es difícilmente concebible, por ejemplo, que la “justicia” haya motivado ideológicamente el nacimiento de la norma por lo cual deben acuñarse monedas de tal o cual tamaño y de tal o cual contenido de oro y que la unidad monetaria debe llamarse Peso y no Condor, o que el Banco Central puede emitir billetes de un peso hasta 10 mil y no 100 mil, que el país debe adoptar el sistema métrico y no otro; que el Banco Hipotecario Nacional puede otorgar créditos limitadamente, mientras que hasta ahora no hubo limitaciones en absoluto, que el tipo de descuento del banco emisor debe ser 4 % y no 8 % y así sucesivamente. Y, ¿qué problemas surgen, si analizamos el mismo concepto de la justicia? *Neminem ledere el suum cuique tribuere* no nos dice mucho, ya que el *sum* es un fenómeno sin estricta determinación.

Analizando más detalladamente el problema veremos que las valoraciones no pueden dividirse estrictamente. Cada norma jurídica se puede imputar a varios conceptos ideológicos. La “equidad”, la “moral”, la “li-

²⁴ Kelsen, Hans: *La teoría pura del derecho* (trad.: Jorge C. Tejerina). Buenos Aires, 1946.

bertad”, la “igualdad” y las otras similares sirven más o menos con la misma intensidad a la creación de las normas jurídicas. No se puede negar que entre estas valoraciones la “economicidad” ocupa el lugar preponderante. Esta valoración tiene además otra característica: se puede separar netamente de las otras. Existen, pues, normas que se basan exclusivamente o por lo menos prevalentemente en las valoraciones económicas.

Así llegamos a la segunda noción de nuestro análisis; a la definición que es el económico. Evidentemente, en nuestra vida cotidiana, cada uno de nosotros tiene la noción clara de qué cosa puede considerarse económico o no económico. Objeto y finalidad de cada actividad económica es el consumo.²⁵ Económico, pues, se llama todo lo que tiene la finalidad de satisfacer nuestras necesidades de consumo y que se desarrolla en varios campos de nuestra actividad, como en la agricultura, minería, industria, comercio, transporte, comunicación y el sistema crediticio. Todo lo que está en estrecha relación con estas actividades tiene carácter económico. Por el contrario, no consideramos por económicas las relaciones religiosas, místicas, mágicas, políticas, raciales, familiares, profesionales, técnicas, etc.

La diferencia en los campos de la actividad humana ya nos dice algo sobre el concepto; no nos indica, sin embargo, todavía cuáles características debe manifestar la misma actividad para que se pueda llamar “económica”. Es necesario, pues, diferenciar entre el campo de la actividad y la actividad misma. Sin duda el principio hedónico es el elemento principal de la actividad económica, pero no es exclusivo, sino es intrínseco en la naturaleza humana misma; esto es: el anhelo de alcanzar máximos efectos con el menor sacrificio se manifiesta no sólo en las actividades en los terrenos considerados económicos, sino también en todas las actividades no económicas. Y, por otra parte: es bien imaginable una actividad que se puede considerar “económica” aun cuando en ella no se manifieste el principio hedónico.

¿Qué es, pues, lo que distingue las actividades económicas de las otras no económicas? La sustancial diferencia entre las mismas es que en las actividades económicas los resultados a alcanzar dependen en mucho menor escala de la actividad humana misma, que en las otras. La actividad económica es “materialista”. Es obvio, naturalmente, que también en las actividades no económicas hay factores de los cuales dependen los resultados, pero los mismos en primer término son de mucho menos intensidad y en el segundo —y esto es lo determinante— su influencia no se manifiesta *con el carácter de causalidades*, mientras que los factores extrínsecos de la actividad económica, ya que son de carácter material, están supeditados a causalidades comprendidas en las interferencias materiales.

Los factores extrínsecos en los cuales se desarrolla la actividad humana,

²⁵ Keynes, J. M.: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, p. 106.

deben ser considerados desde dos puntos de vista: el personal del actuante y el de la sociedad en la cual la actividad se desarrolla.

Los factores extrínsecos individuales, por supuesto, residen en los medios materiales de los cuales dispone libremente y con los cuales puede alcanzar más fácilmente las finalidades de su actividad. Los factores extrínsecos radicados en la sociedad son invariables y variables. Los invariables son las condiciones que permanecen por lo menos durante un lapso adecuado inmutables. Entre estos factores podrían mencionarse: la cantidad de población, el grado de su cultura, sus costumbres, las posibilidades de explotación, la existencia de materias primas, las posibilidades de alcanzarlas, etc. Los factores variables son los dependientes de la estructura económica social, sobre los cuales el actuante, a veces, podría tener influencia y los cuales se cambian con rapidez. Pertenecen a ellos los factores inherentes a la circulación monetaria, las posibilidades de división de trabajo tanto dentro de la comunidad cerrada como en las interferencias fuera de la misma (posibilidades del comercio interno e internacional), ambiente favorable o contraprudente para cierta actividad económica, etcétera.

La experiencia nos enseña que el resultado de la actividad económica del hombre se desarrolla generalmente dentro de los mismos márgenes, dados los mismos factores extrínsecos. Esta regularidad la conocemos por inducción, de la misma manera como los fenómenos naturales. Una vez establecida la regularidad de un fenómeno, hablamos de *leyes económicas*.

Respecto a las mismas, hay dos opiniones dispares en la ciencia económica. Unos las consideran como leyes absolutas, de carácter de ley natural (física) y por ende pretenden darles carácter matemático y certeza matemática. Los otros niegan este carácter y aun cuando reconocen su regularidad, comprenden la dificultad de conocerlas. Es mucho más difícil descubrir las leyes que gobiernan la conducta humana que las leyes científicas por las cuales se rige la conducta de átomos.²⁶

Cualquiera que sea, sin embargo, el punto de vista, todos estarán de acuerdo en que hay ciertas causalidades que se repiten con regularidad, si las premisas son iguales. La conducta humana si quiere ser considerada económica debe, pues, estar de acuerdo con tales causalidades o por lo menos debe calcular con las mismas como un factor que incide sobre los resultados anhelados por la misma actividad.

Como las valoraciones de la equidad —moral, libertad, igualdad, etcétera— son fenómenos relativos, el derecho creado sobre estas bases tiene también aspectos muy variados, o mejor dicho para realizarlas, muchos caminos convergen al mismo fin. Por ejemplo, quién nos puede decir, ¿cuál es la mejor forma constitucional: republicana, monárquica, etc.? Cada una de ellas podría alcanzar el máximo de los ideales para cuyo logro se establecen las constituciones. O cuál es el mejor modo de la administra-

²⁶ Craincross, Alec: *Introduction to Economics*, Londres, 1951, p. 20.

ción pública. ¿Cómo organizar las autoridades y sus procedimientos? Hay una gran variedad de sistemas y cada uno puede servir para realizar una buena administración. Similar es la situación en el campo del derecho del procedimiento.

Diametralmente distinta es la situación cuando se trata de factores económicos, cuando en el foco de la valoración está el anhelo de alcanzar ciertas ventajas económicas. En tal caso los alcances imaginativos del legislador están mucho más restringidos, limitados por la causalidad de la naturaleza de los fenómenos económicos. La valoración del derecho económico es "realidad" que se corporiza en resultados concretos, materiales, producción de bienes, su racional distribución y consumo, etcétera.

En la teoría del derecho nos encontramos ante dos categorías de juicios de valor. Una se refiere a la misma conducta humana y la califica como jurídica (lícita, correcta) o como antijurídica (ilícita, incorrecta). La otra categoría de juicios se refiere a la norma misma, al "deber ser" que sirvió como base del juicio, para determinar la juricidad. La valoración "jurídica" corresponde a una realidad social determinada, es un juicio que puede ser comprobado objetivamente como ayuda de los hechos. Los juicios de valor, sin embargo, que se refieren a la norma misma, están fuera de la realidad social, tienen relación con las valoraciones de carácter moral, político, equitativo, etc., cuyo contenido varía según tiempos, lugares y sociedades que las apliquen.

Sin embargo, cada actividad humana puede ser valorada también según el criterio si es económica o no económica por una parte o es económica (proeconómica) o antieconómica por la otra,²⁷ y asimismo puede ser cada norma el objeto de una valoración tal. Si una conducta se valora como económica o no económica, necesariamente debe ser valorada como tal la norma que sirvió como base de la valoración jurídica de la conducta.

La valoración económica de la norma misma, de igual manera como la valoración de la conducta, puede hacerse respecto a la finalidad económica (consumo), a los factores intrínsecos y extrínsecos y a las leyes (causalidades) económicas. Como derecho económico entendemos, pues, el conjunto de las normas que "necesariamente" son objeto de valoración económica (antieconómica). Evidentemente se puede objetar que la mayoría de las normas jurídicas admiten tal valoración. Concedemos que muchas, pero no todas, y concedemos que admiten, pero no "exigen". Existen muy vastos sectores del sistema jurídico en los cuales no puede admitirse una valoración económica, vale decir las cuales no admiten los juicios de valor respecto al consumo, factores intrínsecos, extrínsecos y causalidades económicas.

²⁷ Hacemos neta diferencia entre "económico", "no económico" y "antieconómico". La conducta puede ser económica y no económica. La primera se valora según criterios económicos, la segunda de conformidad a las demás valoraciones. Dentro de la órbita de la valoración económica pueden hacerse dos juicios: positivos (económico) y negativo (antieconómico).

IV. SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

Aceptando el concepto anteriormente esbozado en sus grandes rasgos, hay que preguntar cómo se aplica el mismo sobre la sistematización del derecho. A primera vista es evidente, que el concepto es difícilmente aplicable a la actual sistematización de nuestras normas jurídicas. Nuestra sistematización, está basada en el objeto o en el sujeto de la normalización. Surge de este hecho que toda división basada en conceptos analíticos (filosóficos) no puede conformarse con el sistema actual. Por tal razón coincidimos completamente con el punto de vista de Aftalión²⁸ de que conceder ciudadanía independiente al derecho económico será posible, siempre que se tenga presente que nunca podría ser insertada esta rama, en una clasificación, *al lado* de los fundamentales derechos civil, penal y administrativo, por la sencilla razón de que responde a otro *pincipium divisionis*: el derecho económico no puede ser contrapuesto a esas mentadas ramas, sino en todo caso, a un derecho no-económico. En esta forma resulta patente la razón de nuestra tesis —sigue Aftalión—: el derecho económico no puede ser parangonado con las ramas tradicionales de la enciclopedia jurídica, porque sólo puede tener autonomía de un plano transversal a ellas, o como una especialización de las mismas. No coincidimos, sin embargo, con su conclusión cuando dice que “en suma podemos decir, teniendo en cuenta todas las reservas efectuadas, que el agrupamiento de una serie de instituciones jurídicas bajo el marbete de derecho económico no es nada más que un recurso técnico —perfectamente legítimo— de que echa mano la ciencia jurídica contemporánea para sus tareas sistemáticas, expositivas y didácticas”. No coincidimos, pues no aceptamos, el planteo de que nuestra división tradicional del material jurídico sea intocable, sea algo como “tabú”, cuya renovación y modernización sería absolutamente imposible.

Sin entrar en mayores detalles —ya que se ha escrito mucho sobre este argumento— es evidente que en el sistema tradicional hay muchos contrasentidos, aun más anacronismos. El concepto del derecho privado está ligado estrechamente con el concepto de la autonomía personal. Es obvio, pues, que el derecho civil, comercial, etc., ha sido creado *ab singulorum utilitatem* y por eso se puede hablar de una autonomía privada autorizada por la ley en el sentido de que el sujeto puede estructurar a su voluntad la situación, es decir, sus derechos subjetivos dentro del límite legal.²⁹ Ante la autonomía privada, el derecho civil es un principio supletorio (dispositivo), se remite a las disposiciones de las partes, interviene sólo cuando falta una reglamentación contractual o para completar las disposiciones contractuales insuficientes. Frente a estas normas existen otras

²⁸ Aftalión, Enrique R.: *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires, 1959, p. 22.

²⁹ Von Tuhr, Andreas: *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Buenos Aires, 1946, vol. 1, p. 40.

en las que están interesadas el orden público y las buenas costumbres, consagrados por el artículo 21 de nuestro Código Civil que no pueden dejarse sin efecto por convenciones particulares.

Ahora bien, el anacronismo en la sistematización tradicional reside en el hecho de que se mezclan las normas supletorias y de orden público. Es superfluo mencionar ejemplos. El mismo Código Civil, ya en sus primeros artículos, contiene disposiciones que no pertenecen al derecho privado, sino al derecho público (político o constitucional).

No es menester subrayar que esta división no es satisfactoria y deja mucha incertidumbre tanto para los teóricos como para los juristas prácticos. Los campos jurídicos no se separan uno del otro; si consideramos los objetos de la disciplina jurídica, pronto comprenderemos que se mezclan entre sí o bien se manifiestan juntamente las normas del derecho civil, comercial, administrativo y penal. Es costumbre moderna hablar de la comercialización del derecho civil, o bien de la "administratización" del derecho privado en general. Ante tal incertidumbre no puede extrañarnos que se sienten proposiciones de que el derecho no debería clasificarse verticalmente, sino horizontalmente, es decir, no según la característica de la norma que más o menos se respeta en la clasificación misma, sino según el objeto de las relaciones jurídicas, reagrupando todas las normas relativas acerca de un objeto. Muchas veces el legislador acepta este concepto, disciplinando algunos sectores por leyes especiales, las cuales contienen disposiciones pertenecientes al derecho civil, comercial, administrativo y penal.

Opinamos que la base de la división del material jurídico deberían ser las valoraciones. En el primer grupo colocaremos los derechos con base ideológica de carácter no económico, a los que podríamos llamar "derechos políticos" y en el segundo los "derechos económicos", en los cuales el interés económico tiene papel imprescindible. Una subdivisión está dada por la posición del individuo en la sociedad y por el modo de funcionamiento del poder estatal, como fuente básica de cada derecho. Una sería la de las normas colectivas que comprenden las que se refieren a la colectividad misma y las que disciplinan la conducta del individuo desde el punto de vista de la colectividad. A la otra sección corresponderían las normas que se refieren al individuo mismo y a las que reglan su situación frente a la colectividad, pero desde el punto de vista individual. De esta manera se puede hacer distinción entre normas colectivas (públicas) e individuales (privadas).

Pero debemos tener presente que tampoco esta distinción se puede tomar al pie de la letra. Vale decir, no debemos presuponer que las valoraciones individuales o colectivas deben estar siempre en controversia; al contrario, pueden desarrollarse paralelamente y muy de acuerdo. El orden jurídico deja completa libertad a los individuos cuando la valoración sólo atañe a los intereses de ciertos grupos o de los de la colectividad nacional,

la formación de las normas jurídicas no queda en manos de cada uno de los individuos interesados, sino que exige participación del grupo o la del poder legislativo mismo. Y, a este respecto, se manifiesta un fenómeno no sólo muy interesante sino importantísimo desde el punto de vista jurídico, por el cual las valoraciones individual y colectiva pueden hallarse también en controversia, la que a su vez pueden manifestarse horizontal y verticalmente. Horizontalmente, algunos individuos, o grupos de ellos, pueden contraponer sus intereses a los de otros, y verticalmente pueden chocar los intereses presentes con los de porvenir. Recordamos que la solución de estas controversias no es tarea de la ciencia jurídica, sino exclusivamente de los otros ramos de la sociología y en lo que atañe a los intereses económicos evidentemente de la economía.

Además es dable tener presente que al decidir qué tipo de derecho (colectivo o individual) debe adoptarse para disciplinar los diferentes problemas, no se presenta como factor decisivo únicamente el hecho de que se trate de interés individual o colectivo. Esto es: no se puede establecer como principio que en presencia de intereses individuales hay que arreglar los problemas por normas de ese carácter y que en caso de interés colectivo hay que adoptar la legislación de índole colectiva (pública). Aun cuando se presentan intereses de carácter colectivo, si éstos corren paralelamente con los particulares, en el legislador estará convencerse o no que el anhelo de alcanzar los fines individuales es un factor suficiente para asegurar el cumplimiento de los fines colectivos. Y, al contrario, el legislador a veces llega a la convicción de que la eficaz protección de los intereses individuales exige la intervención del derecho público y que por normas de índole colectiva (*juris cogentis*) tiene que asegurar los intereses particulares.

En base a lo dicho anteriormente ofrecemos un esquema para la sistematización del material jurídico. Confiamos en que el esquema habla por sí mismo y no requiere muchas explicaciones. Su elaboración detallada, por supuesto, no es posible en el marco de un breve estudio. De manera que en este lugar sólo queremos ofrecer un panorama en sus grandes rasgos.

a) *Derecho político*

I. Colectivo (público)

1. Constitución (estructura del Estado)
2. Legislación (el concepto de la fuente del derecho)
3. Administración

II. Individual (privado)

1. Estado personal y familiar del individuo
2. Estado político del individuo (participación en la legislación)
3. Estado administrativo del individuo (participación en la administración, empleados públicos, militares, etc.)

4. Jurisdicción.

4. Tutela de los derechos:

- a) Procedimiento penal
- b) Procedimiento civil
- c) Procedimiento administrativo.

b) *Derecho económico*

I. Colectivo (público)

II. Individual (privado)

1. Intervención en la disposición de los bienes:

- a) Límites de la propiedad (nacionalización, redistribución, etc.)
- b) Control de producción
- c) Tasas, impuestos

2. Intervención en la circulación de los bienes

- a) Distribución
- b) Poder adquisitivo (crédito)
 - 1) Derecho monetario
 - 2) Derecho bancario
 - 3) Derecho de títulosvalores
- c) Mercados

3. Intervención en el trabajo.

1. Propiedad

2. Obligaciones

3. Obligaciones del trabajo.

Debe sorprender el hecho de que en nuestro esquema no figura el derecho penal, sino tan sólo el procedimiento penal. Estamos convencidos que también en nuestro sistema actual sólo la parte general del Código Penal se puede considerar como autónoma; el mismo Código abarca sólo algunos hechos punibles más importantes, mientras que un sinnúmero de sanciones está dispersado en las otras normas jurídicas. Según nuestro sistema al procedimiento Penal pertenece la parte general de su Código, junto con el procedimiento formal, como asimismo corresponden al procedimiento civil todas las normas de carácter material jurídico (testigos, documentos, etc.), que generalmente se tratan en el derecho civil. Esta sistematización correspondería más al concepto generalmente aceptado por la filosofía jurídica de que la existencia de la legislación separada por el procedimiento y para la materia de fondo sólo traduce una división del trabajo legal y una descentralización técnica, pero ni supraordinación ni subordinación entre ambas legislaciones.³⁰

Debemos hacer notar además que en nuestro esquema la "Constitución" tiene otra significación que en el sistema tradicional. Nosotros entendemos por "Constitución" únicamente la estructura estatal, su forma, sus órganos superiores, etc. En nuestro sistema correspondería, más bien, a

³⁰ Cossío: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires, 1944, p. 66.

la “Constitución” tradicional la denominación de la “ley básica del Estado” en la cual se juntarían todas las normas que indican los “apriorismos” de los cuales parte el orden jurídico estatal. Evidentemente en esta ley se unificarían (codifican) las normas que pertenecen a todos los sectores del derecho positivo (político y económico).

V. LA NATURALEZA DEL DERECHO ECONÓMICO

Sería, por supuesto, erróneo si se considerara que el concepto del derecho económico debe servir únicamente para reestructurar el material jurídico. La reestructuración constituye sólo la parte formal. Mucho más importante es el análisis desde el punto de vista material jurídico-económico.

La más fundada objeción contra nuestro sistema, consiste en que al querer incluir en el derecho económico la mayor parte del derecho civil, la nueva denominación se generalizaría y, en consecuencia, perdería su sentido práctico y además se imputaría una valoración económica a varias normas civiles, aun cuando evidentemente hay muchas disposiciones de carácter privado que parten de otras valoraciones. Como ejemplo se podría mencionar la institución del patrimonio familiar,³¹ para cuya base evidentemente no sirven los valores económicos sino valores morales ligados a la unidad familiar. Finalidades de carácter moral poseen asimismo las normas que se refieren a la sociedad conyugal (por ejemplo, que el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, con algunas limitaciones expresadas en la ley). Se podría argüir, pues, que es contrario a los intereses económicos de la mujer el derecho del marido concedido a él para salvaguardar la unidad matrimonial.³² A estas objeciones podemos aducir que en tales casos, por supuesto, no estamos ante el derecho económico, ya que tales normas deben ser agrupadas entre los derechos políticos.

La mayoría de las normas del derecho civil tiene carácter económico y se rigen por principios económicos. Si el derecho mercantil se puede considerar como derecho económico, no hay motivos para objetar contra el carácter económico del derecho de las obligaciones. Ésta, nuestra aserción, es aún más válida ya que el concepto moderno no admite, siquiera, una justificación para la separación del derecho “civil y comercial”.

La causa por la cual no se reconoce el carácter económico de las normas civiles se halla en otros motivos. Ya que las normas de derecho civil son supletorias, evidentemente los contrayentes mismos pueden crear para sí mismos su “justicia económica”. Si una ley supletoria no corresponde a los requisitos de proceder económico, nunca entraría en función, ya que por contratos individuales se eliminarían sus efectos. El problema de la

³¹ Código Civil italiano del año 1942, art. 167.

³² Arts. 1217-1316, de nuestro Código Civil.

“economicidad” o la “antieconomicidad” de las leyes supletorias, pues no se manifiesta con intensidad, ya que es fácil encontrar medios para solucionarlo con el acuerdo de las partes.

Diferente es, sin embargo, la situación si la ley es de orden público. En tal caso las controversias entre lo “jurídico” y lo “económico” llegan a una clara manifestación. Este fenómeno explica asimismo, por qué el derecho económico nació en los años posteriores a la primera Guerra Mundial. En la época del liberalismo económico no se concibió la necesidad, aun más la posibilidad, de influir sobre la “justicia económica” de los individuos. Las leyes de carácter económico, con pocas excepciones mantuvieron su carácter supletorio. Las primeras normas que limitaron el poder de actuar libremente no se basaron sobre conceptos económicos sino sobre valores de otro carácter: como la protección de la personalidad humana, la salud, la maternidad, moral infantil, etc. El sistema de derecho no se concebía como la limitación, sino al contrario como la protección de la “libertad absoluta” y sólo se toleraron las restricciones en casos excepcionales. Rigió el concepto: *volenti non fit iniuria*.

El nacimiento de las preocupaciones acerca del derecho económico tuvo lugar paralelamente con la evolución de los conocimientos económicos. Al crear cualquier norma jurídica con fuerte interferencia económica, el legislador tuvo que partir de una determinada valoración, vale decir, tuvo que motivar por qué adopta esta decisión y no la otra. La característica de la valoración jurídica es que se trata necesariamente de valores de validez general y de alcances universales. Surge de tal actitud, sin embargo, una antinomia que dio pauta al análisis por parte de varios investigadores. Esta antinomia consiste en la circunstancia de que no se reconoce una validez universal a las llamadas “leyes” económicas.

La característica de la investigación económica comprendida en el hecho de que trata desprender las leyes teóricas de los acontecimientos empíricos. La historia económica nos ofrece un conglomerado caótico de datos individuales, aparentemente contradictorios y que así no nos ofrecen la posibilidad de desprender de los mismos una “regularidad legal”. A pesar de tal naturaleza de la investigación económica, el legislador tuvo que encontrar normas que pretendían tener validez ilimitada en el tiempo.³³ No puede extrañarnos que el legislador buscara la solución en los conceptos trascendentales y encontrar apoyo en la ideología (valoración) metafísica o religiosa.

La controversia que comenzó a manifestarse claramente en las primeras etapas del dirigismo económico, estaba, por supuesto, ya latente anteriormente. Las controversias ya existían, sólo que no se comprendieron bien

³³ Veit, Otto: “Ordo und Ordnung. Versuch einer Synthese.” En *Ordo Jahrbuch für die Ordnung und Wirtschaft und Gesellschaft*. Volumen 5, 1953, p. 3. Eucken, Walter: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bonn y Tübinga, 1952.

y la ciencia jurídica no pudo iluminar el trasfondo de los fenómenos surgidos de dicha controversia. No pudo entenderlo, pues no comprendió la esencia económica; para ello, el jurídico y económico era un concepto sintetizado.

Volvamos al argumento de Viterbo, a la normalización jurídica del “interés”. Investigando la esencia económica del interés, es necesario resolver dos cuestiones. El primer problema se constituye por el interrogante: ¿cuál es el fundamento, la causa del nacimiento del interés y si el mismo es un factor imprescindible en el sistema económico basado en el trueque de los bienes? Y la segunda cuestión se presenta en la pregunta: ¿cuál es y cómo se determina su cantidad? ³⁴ Ambas cuestiones son decisivas para crear la correspondiente norma jurídica.

Al crear normas sobre el interés, es menester reconocer su carácter como derecho económico. Si se reconoce la naturaleza imprescindible del interés en una economía basada en trueque, evidentemente deben fracasar todas las normas jurídicas, las cuales no cuentan con dicha naturaleza.

En lo que se refiere a la cantidad de los intereses, se puede aceptar que la misma es un fenómeno de la teoría del valor, y como tal se determina por la oferta y la demanda. Sin embargo, esta oferta y demanda no se puede concebir de manera simple como la relación de los volúmenes de bienes ofrecidos y demandados, sino como la función de volúmenes de bienes y de las sumas de moneda (precios) ofrecidas por los mismos. Surge de este planteamiento económico, que una normalización del interés, limitada únicamente sobre la cantidad del mismo, no tendrá éxito y cada disciplina jurídica —si quiere ser eficaz— deberá extenderse sobre los factores de dicha función, vale decir, sobre el volumen de los bienes y las sumas de dinero ofrecidas.

Desde las leyes de Hammurabi ³⁵ a través de las XII Tablas, la legislación romana (*lex semiunciaria*, *lex Genucia*, *lex Marcia*) y la legislación medieval basada sobre la Biblia hasta nuestros días desde tres mil años antes de la Era Cristiana, los legisladores se esforzaron en prohibir o limitar los intereses y durante los cinco mil años transcurridos, dichas leyes —tarde o temprano— pasaron de meras palabras escritas, ya que la vida descuidó estas disposiciones legales. Si se quiso seriamente influir por vía legislativa sobre la formación de los intereses, el legislador se vio obligado a intervenir directamente del lado del suministro de los bienes o desde los factores monetarios.

Con este ejemplo se nos ofrece claramente la importancia del concepto económico del derecho. Dentro de la sistematización más apta para

³⁴ Amon, Alfred: “Die Allgemeine Problematik der Zinstheorie”. *Economica Internazionale*, noviembre de 1953, p. 311.

³⁵ Preiser: “Babylonische Verträge des Berliner Museums” (Köhler: *Juristischer Exkurs* part. 7. Berlin, 1890).

el análisis científico, es necesario estudiar la normalización jurídica de los hechos económicos en la luz de su verdadera naturaleza económica. El problema fundamental del derecho económico consiste en encontrar la valoración económica que crea la base de la norma legal.

Para llegar a resultados detallados, por supuesto no alcanza el espacio limitado de un breve ensayo. Sólo queremos todavía mencionar tres principios básicos que se deben tener presente en caso de las normas del derecho económico:

a) La vida económica no es estática sino que se caracteriza por su dinamismo y la rapidez de sus modificaciones. La característica de las disposiciones económicas, además, estriba en el hecho de que ciertas necesarias innovaciones se pueden neutralizar o hacer estériles y aun convertirse en antieconómicas, si su implantación se conoce ya de antemano.

Por eso, el cuerpo legislativo debe actuar con la necesaria rapidez cuando dicta normas de carácter económico. Debe ajustar su actitud a las exigencias económicas cuya base es dada por la norma jurídica respectiva. Para la creación de las normas económicas de orden público, el procedimiento de un cuerpo legislativo no es el adecuado. Por su naturaleza, pues las normas económicas se dictarán preferentemente por decretos gubernamentales. La actividad del cuerpo legislativo se limita a la legislación que ofrece sólo los contornos, límites (*Rahmengesetzgebung*) y al control constitucional de los decretos gubernamentales.

b) Lo que vale para la creación de las normas económicas, es válido también para su aplicación. La base de toda actividad económica equitativa y distributiva es la eficiencia de solución de las *litis* existentes. La actividad económica exige, pues, la rapidez del procedimiento judicial. Para llegar a sentencias justas y rápidas, es conveniente que los jueces procedentes tengan los conocimientos económicos necesarios, conviene, pues, la centralización de la *litis* del mismo carácter en los juzgados especiales.

c) Puede haber diferencia en la interpretación de qué es "lo económico". Además, existen controversias sustanciales sobre el contenido de lo económico a aplicarse en los casos concretos. No es la tarea del jurista decidir sobre criterios económicos: ello es función de los economistas o de las fuerzas vivas económicas. El jurista, sin embargo, debe aceptar ciertos axiomas económicos que existen por encima de la política económica práctica. Uno de los postulados fundamentales *a priori* es que en una economía cerrada no pueden adoptarse medidas contradictorias. El jurista, por ejemplo, no está llamado para decidir, cuál procedimiento es económicamente adecuado: el liberal o el dirigista. Pero debe reconocer, que no se pueden mezclar ambos conceptos. No pueden coexistir normas o prácticas contrarias dentro de una misma estructura; por ejemplo, el sistema de precios libres rechaza el control de precios, los precios máximos, etc. Se hace necesario, pues, un criterio global. De allí que el derecho económico tienda

hacia la centralización y, en muchos de sus aspectos, hacia la internacionalización.

Por consecuencia, las fuentes del derecho económico pueden ser —por sus características— preferentemente normas jurídicas nacionales (federales). La legislación y administración, descentralizada (provincial, comunal) deben ofrecer rápida colaboración, para la aplicación de las normas nacionales y sus normas autónomas deben ser dictadas sobre la base de los criterios económicos iguales a los de las nacionales.