

Elaboración del derecho. Derecho económico y derecho de la economía

Gonzalo Carrasco González*

Resumen:

El artículo está orientado al análisis de la problemática que se presenta al buscar incluir los derechos emergentes en las divisiones tradicionales de derecho público y derecho privado, así como en el derecho social. Para ello, se revisan los elementos jurídicos, sociales, políticos y económicos que intervienen en la elaboración del derecho. Con base en la tesis de que el derecho no es totalmente autónomo ni neutral, se elabora un estudio de la relación entre derecho, Estado y poder. Estas reflexiones se enfocan en distinguir las características entre el derecho económico y el derecho de la economía con la finalidad de establecer sus diferencias y su influencia en la regulación de la economía.

Abstract:

This article is aimed at analyzing the problems that arise when seeking to include emerging rights in the traditional divisions of public law and private law, as well as in social law. To do this, the legal, social, political and economic elements that intervene in the development of law are reviewed. Based on the thesis that law is not totally autonomous or neutral, a study of the relationship between law, State and power is prepared. These reflections focus on distinguishing the characteristics of economic law and the law of the economy in order to establish the differences between these two conceptions of law and their impact on the regulation of the economy.

Sumario: Introducción / I. Elaboración del derecho / II. Estado, derecho y poder / III. El derecho económico como nuevo orden jurídico / IV. Derecho económico y derecho de la economía / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Maestro en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

El objetivo del presente estudio se enfoca en analizar los obstáculos que se presentan en la incorporación de los derechos emergentes (derecho económico, derecho de la economía, derecho del trabajo, derecho agrario, derecho de la seguridad social, derecho ecológico o derecho ambiental) al sistema jurídico. No obstante, nuestro estudio se enfoca de manera específica en las vicisitudes¹ del derecho económico y el derecho de la economía.

Los derechos emergentes surgen como respuesta a los cambios económicos, políticos y sociales ante los cuales el derecho tradicional se ve rebasado. La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales, así como del ordenamiento jurídico positivo. Desde el enfoque dinámico del derecho, este debe adecuarse a los cambios sociales, políticos y económicos.

De ahí que el estudio del origen, clasificación, evolución e incorporación institucional del derecho económico y del derecho de la economía se elabora con base a los métodos histórico, retrospectivo, prospectivo y de derecho comparado. Como el derecho no puede pensarse con independencia de su contenido, el método adecuado para su conocimiento debe ser el método histórico que trate de captar la sustancia de las nociones jurídicas.

El análisis de su incorporación al sistema jurídico implica una reflexión en torno a su fundamento o justificación desde las fuentes formales y las reales del derecho. El estudio de estas fuentes está vinculado con el tema de la elaboración o creación del derecho.

Desde la perspectiva de la interrelación entre el Estado y el derecho, Estado y poder son nociones que se interrelacionan necesariamente, pues derecho y Estado, norma jurídica y poder político son, a fin de cuentas, como decía Bobbio, “dos caras de la misma moneda”. Asimismo, considerando que, en la realidad social, la relación entre derecho y política es estrecha, el derecho se considera como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio. Por tanto, en la búsqueda de explicar

¹ Esta expresión la retomamos de uno de los estudios emblemáticos sobre el derecho económico “Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917”, elaborado por el jurista Héctor Cuadra Moreno.

el origen y desarrollo de las concepciones del derecho económico y el derecho de la economía, el análisis de la interrelación entre derecho, Estado y poder es fundamental.

La presencia, en la actualidad, en el ámbito académico y profesional, así como en la doctrina jurídica de dos disciplinas de estudio del derecho, el derecho económico y el derecho de la economía, las que, de acuerdo con su objeto y fines, podemos considerar opuestas y contradictorias, plantea el análisis de su proceso de elaboración-creación, origen y evolución, así como el de su incorporación en el ordenamiento jurídico y del lugar que ocupan en la doctrina jurídica.

Es innegable que la incorporación de los principios esenciales del derecho económico (intervención del Estado en la economía, regulación de la economía, democracia económica, etcétera) en el ordenamiento jurídico mexicano está vinculada directamente a la transición del Estado liberal (Estado restringido) al Estado social (Estado ampliado). La Constitución mexicana de 1917 expresa los cambios jurídicos que postulan los principios del Estado social de derecho, que buscan eliminar los privilegios del capital privado, esto es, limitar las ambiciones de la inversión privada.

Un ejemplo emblemático de estos cambios es lo realizado en el artículo 3º, que instituye la democracia económica, pues en uno de los criterios establecidos para el sistema educativo, se señala en los incisos de la fracción II que: a) Será democrático, considerando la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; b) será nacional, en cuanto —sin hostilidades ni exclusivismos— atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura.

En los artículos 3º, 27, 28 y 123 de la Constitución de 1917, se vislumbran los antecedentes del derecho económico mexicano, que paulatinamente se fueron incorporando a nuestro sistema jurídico, y que encuentran su máxima expresión en la década de los años ochenta del siglo pasado con las reformas de los artículos 25 y 26 que, conjuntamente con los artículos 27 y 28, constituyen lo que ha sido calificado como el capítulo económico de la Constitución, con el cual los principios esenciales del derecho económico adquirirían rango constitucional.

Ahora bien, los conceptos de derecho económico y de derecho de la economía en el origen y evolución de este derecho emergente en las primeras décadas del siglo XX son expresiones que fueron utilizadas como intercambiables para hacer referencia a la relación entre el derecho y la economía, mientras se ubicaba a este derecho dentro de la división tradicional del derecho como derecho público (derecho administrativo) o derecho privado (derecho mercantil). Desde esta perspectiva, los tratadistas que lo incluían en el derecho público, por su orientación a tutelar el interés colectivo, lo designaban como derecho económico; mientras que, en su orientación de regulación de aspectos privados, los tratadistas hacen referencia a él como derecho de la economía.

En la búsqueda de distinguir en la actualidad las diferencias entre el derecho económico y el derecho de la economía, y la escuela del derecho y economía Análisis Económico del Derecho (AED), como suele ser denominado en las últimas décadas), consideramos como elemento fundamental para establecer la esencia de cada uno de ellos la distinción entre la tutela jurídica de intereses colectivos e intereses privados.

Históricamente, el reconocimiento de las nuevas disciplinas de estudio del derecho para ser consideradas como nuevas ramas del derecho y su incorporación al ordenamiento jurídico no ha estado ni está exento de dificultades. Los obstáculos para su reconocimiento e incorporación al sistema jurídico, principalmente, provienen de la concepción predominante del positivismo formalista y de sus dogmas, específicamente de los de la completud del derecho, la autonomía del derecho y su neutralidad así como el de la creación estatal del derecho por parte de un legislador racional.

La búsqueda de aceptación del derecho económico como nueva rama del derecho, históricamente implicó una reflexión en torno del proceso de elaboración, modificación y reforma del derecho; pero, asimismo, el análisis del sistema económico, de la relación entre el poder político y el tipo de Estado en el que se desarrollan las ramas emergentes del derecho. El predominio de las fuentes formales por encima de las fuentes reales del derecho implica una serie de límites para la incorporación de nuevos contenidos que reflejen la realidad social.

De vital importancia, consideramos la influencia de las concepciones que privilegian la creación estatal del derecho y la preeminencia de la ley elaborada por el legislador (la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia

analítica inglesa), al igual que la influencia de la escuela histórica alemana (Savigny) que se distancia de la concepción estatal de la creación del derecho y da énfasis al papel que desempeña el pueblo (la sociedad civil) en esta creación. De manera paralela, las nuevas teorías sociológico-jurídicas de finales del siglo XIX, Otto von Gierke, León Duguit y Eugen Ehrlich, identificadas por Manuel Atienza como “revuelta contra el formalismo”, generarán perspectivas jurídicas, desde la sociología jurídica, enfocadas a cuestionar la creación estatal del derecho e impulsar el papel que desempeña la sociedad en este proceso, abriéndose, así, el camino para el pluralismo jurídico y político.

En este debate con respecto a si el derecho es primordialmente creación estatal o es creación social, la escuela histórica, la sociología jurídica, el realismo jurídico, etcétera, desde una perspectiva integral del derecho, ocupan un lugar relevante.

Las formas del derecho tienen su origen en contextos históricos diferentes y están orientadas a resolver problemas sociales, económicos y políticos generados en los diferentes sistemas económicos: el liberalismo, el socialismo, la economía mixta y el neoliberalismo. Cada uno de ellos tiene diferentes estructuras de organización social, política, y jurídica. Todo fenómeno económico materializado en un sistema económico tiene sus expresiones estatales y jurídicas. Así, en el liberalismo, la organización estatal corresponde a un Estado mínimo (Estado restringido o Estado gendarme) subordinado al derecho privado. En el sistema económico socialista, se instaura un tipo de Estado social que pretende el control de los medios de producción mediante la propiedad pública y la planeación económica y social; la transferencia del poder social de la esfera privada a la pública implica el desarrollo del derecho económico más orientado a lo colectivo que a lo individual.

Por su parte, en la economía mixta, el Estado adopta la forma de un Estado amplio-social (estado de bienestar) que promueve la intervención del Estado en la economía; en este sistema, se desarrolla el concepto de derecho social. La inclusión del derecho social como una tercera división entre las tradicionales (derecho público y derecho privado) será impugnada por los juristas ortodoxos durante varias décadas.

En lo que respecta al neoliberalismo, este sistema ideológico se presenta como una combinación de Estado liberal y Estado social, es decir, como liberalismo social; pero promueve la reducción del Estado en la intervención de

la economía, principalmente como empresario; en el ámbito jurídico, impulsa reformas contrarias al derecho económico y promueve una tendencia más orientada a beneficiar el interés privado de los inversionistas tanto nacionales como internacionales.

Ahora bien, es una idea difundida entre los juristas que el derecho avanza constantemente; sin embargo, este avance desde la perspectiva del bien común no siempre es lineal y progresivo, sino que cuando protege el interés empresarial-individualista presenta retrocesos.

El resurgimiento de formas jurídicas orientadas en beneficio del capital privado expresa la relación de los grupos económicamente dominantes en la sociedad tanto a nivel nacional como internacional. Si históricamente, el contenido del derecho no hace sino reflejar los intereses de los actores que dominan la actividad económica, en este caso, las empresas transnacionales y los organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otros), entonces podemos observar que a partir de la década de los ochenta del siglo pasado se desplegó una legislación orientada a resquebrajar los derechos colectivos (derecho económico) e impulsar los intereses privados (derecho de la economía).

La expansión del modelo neoliberal tiene como efecto la transformación paulatina del Estado de bienestar (social) en Estado neoliberal; esto es, se desarrolla de manera progresiva el desmantelamiento de los estados de bienestar, y con la implementación de reformas jurídicas que impulsan los intereses del capital privado, paulatinamente, se desplaza el derecho económico orientado a los intereses colectivos por el derecho de la economía, enfocado a promover y proteger los intereses privados (la inversión privada).

De ahí, la necesidad de estudiar las características fundamentales del derecho económico y el derecho de la economía con el fin de distinguir sus diferencias.

I. Elaboración del derecho

La incorporación de nuevos derechos (derechos emergentes) a los sistemas jurídicos nacionales e internacionales implica el análisis de los procesos institucionales y sociales de la creación o elaboración del derecho en la búsqueda de

distinguir los obstáculos que se presentan para su reconocimiento doctrinal e institucional. En el proceso de incorporación del derecho económico y el derecho de la economía, se ha presentado una serie de cuestionamientos para su reconocimiento e institucionalización. Por ello, consideramos necesario una reflexión sucinta sobre los elementos básicos con respecto a la elaboración del derecho.

Históricamente, el derecho se ha manifestado por la costumbre y la ley (una real y la otra formal), dos fuentes que han servido de base para la elaboración del derecho, puesto que es un lugar común entre los especialistas la tesis de que la elaboración o creación del derecho puede llevarse a cabo por tres vías: 1. la legislativa, 2. la consuetudinaria (la costumbre) y 3. la jurisprudencial.

La creación del derecho consiste en el conjunto de procesos o actos determinados expresamente en cada sistema jurídico, reconocidos como tales por la sociedad:

(...) la creación del derecho se manifiesta como un fenómeno complejo constituido por varios procesos o acciones que hacen posible su formulación y validación (identificación y declaración de sus normas), como la incorporación de los contenidos que se constituyen efectivamente en normas jurídicas. Gracias a este proceso de formalización-validación-incorporación, el derecho adopta o adapta sus predicados o contenidos de otros sistemas normativos, así como de su propia experiencia, decantación y estudio.²

Cuando se hace referencia a otros sistemas normativos, se consideran la moral, la costumbre, los convencionalismos, las normas religiosas y la propia experiencia jurídica creadora e integradora (legislativa y jurisprudencial). El derecho, de acuerdo con el positivismo formalista, se ha considerado como *autopoiético* (autorregulativo); es decir, se crea a sí mismo bien por la repetición de hechos o por procesos creados mediante leyes. En síntesis, el derecho es creado por el mismo derecho; sin embargo, una tesis amplia postula que no sólo es producto de una actividad racional, sino que su sustancia, contenido o materia provienen de diferentes fuentes sociales.

De ahí que el estudio de la elaboración o creación del derecho plantea la necesidad del estudio de las fuentes del derecho: formales, reales, históricas y

² Mario Álvarez Ledezma, *Conceptos jurídicos fundamentales*, pp. 33-34.

vinculadas a ellas, las de la fuerza creadora del derecho originadas por fenómenos sociológicos de todo tipo que determinan el contenido de este (fuentes reales principalmente): “Entre los juristas, el concepto de ‘fuentes’ es el generalmente aceptado para referirse a los elementos constitutivos que son necesarios para la creación del derecho; es decir, tanto a la formalización-validación, como a los contenidos que son materia de incorporación”.³

La distinción de las fuentes formales, reales e históricas del derecho ha sido preocupación constante entre los juristas. Por su parte, Álvarez Ledezma define las fuentes del derecho en el siguiente sentido:

Son fuentes formales todos aquellos procesos o actos a través de los cuales se identifica a las normas jurídicas dotándolas de juricidad (validez), es decir, de la protección especial que asegura su cumplimiento (la coacción). Se entiende por fuentes reales o materiales todos aquellos contenidos que constituyen la materia que se incorpora a las normas jurídicas, como valores o principios morales, aspiraciones o principios sociales, necesidades a satisfacer, criterios, costumbres, etcétera. Las fuentes históricas son los documentos o textos de Derecho positivo no vigente que fungen como inspiración o antecedentes para la creación del Derecho.⁴

En las fuentes formales, se distinguen: a) fuentes directas que producen normas jurídicas (legislación, costumbre, tratados internacionales y normas jurídicas individualizadas) y b) fuentes indirectas que coadyuvan en la elaboración, interpretación, orientación y estudio de la norma (jurisprudencia, principios generales del derecho y la doctrina).

De tal modo, para comprender cómo se **crea** y **recrea** el derecho, es menester analizar los ya mencionados **procesos** y **actos** por los cuales se **identifican** determinadas normas de conducta, dotándolas de juricidad (validez) así como la manera en que **se incorporan** al derecho, **desincorporan**, **confirman** o **renuevan** valores, principios, creencias, aspiraciones, necesidades u otros criterios y normas jurídicas, ya sea provenientes de otros sistemas normativos no jurídicos o de la experiencia legislativa, judicial y doctrinal del propio derecho.⁵

³ *Ibid.*, p. 35.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵ *Ibid.*, p. 34. Las negritas son del autor.

Ahora bien, la jerarquía de las fuentes formales del derecho está determinada con base en la teoría del derecho predominante en los teóricos y operadores jurídicos: el positivismo formalista-legalista, la escuela histórica y el realismo jurídico.

El positivismo formalista-legalista tiene su base en la escuela francesa de la exégesis; el positivismo jurídico no se interesa en tratar de explicar el contenido normativo y su relación con el acontecer histórico social, sino sólo en la descripción de la forma legal teniendo como características principales, de acuerdo con lo señalado por Manuel Atienza:

(...) Los expositores de la exégesis siguiendo a Bonnetcase, suelen atribuir a la escuela (de la exégesis) las siguientes características: 1) Culto del texto legal e identificación entre Derecho y ley; como consecuencia del principio de división de poderes, la creación del Derecho se entiende que corresponde en exclusiva al poder legislativo, mientras que el juez no pasa de ser un mero aplicador de la ley, que en ningún caso puede cumplir una función creativa (...) 3) Todo el Derecho es un producto del Estado; por eso, la primera y, en cierto modo, la única fuente de Derecho es la ley.

(...) Por lo demás, es evidente que el modelo de ciencia jurídica de la escuela de la exégesis es acusadamente formalista: la investigación del Derecho empieza y se acaba en la norma estatal; la ciencia del Derecho es una ciencia autónoma e independiente de las otras ciencias sociales.⁶

Por formalismo jurídico hay que considerar, ante todo, el desentendimiento del jurista de lo social y lo valorativo. La actividad científica agota su cometido en la norma, bien en el sentido de elaborarla, bien en el de conocerla. El formalismo es siempre un positivismo normativo o normativista asociado a un conceptualismo.

En oposición a esta tesis formalista, que reduce la creación del derecho principalmente al poder legislativo y al Estado, para la escuela histórica alemana, en opinión de Savigny, es preciso rechazar la idea de que el hombre puede crear racionalmente el derecho. El derecho es, por el contrario, un fenó-

⁶ Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, p. 178.

meno histórico producto del espíritu de un pueblo; el derecho surge en virtud de una fuerza interior y tácitamente activa. Para Savigny, el derecho es un fenómeno de la cultura popular, como la lengua y las costumbres, que surge espontáneamente con base en las vivencias del pueblo. A diferencia de Austin, en lugar de la voluntad del soberano, para la escuela histórica, es la voluntad del espíritu del pueblo. Savigny aprecia mucho la costumbre jurídica que manifiesta el espíritu del pueblo escondido en la vida social. El autor afirma: “Es un verdadero error creer que para representar el espíritu de la nación debe la ley emanar de una asamblea electiva”.⁷

A este respecto, Manuel Atienza señala que:

En un sentido similar Otto von Gierke desde el concepto del pluralismo jurídico y político propuso la tesis que se encuentra en la afirmación de que el Derecho es un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos. El Estado es sólo una asociación más entre las diversas asociaciones de que se compone la sociedad, el Derecho no puede reducirse a Derecho Estatal. Como el Derecho no puede pensarse con independencia de su contenido, el método adecuado para su conocimiento debe ser un método histórico que trate de captar la sustancia de las nociones jurídicas.⁸

Ahora bien, en el análisis de la creación del derecho, consideramos necesario distinguir los dos modos de formación del derecho:

Stammler distingue entre dos modos de formación del Derecho: la derivativa y la originaria.

En el derecho originario una nueva norma jurídica sólo puede ser válida cuando descansa sobre los preceptos de Derecho a la sazón vigente. El derecho nace por vía derivativa cuando es el propio sistema de Derecho “el que dispone de qué modo ha de seguir formándose y desenvolviéndose en lo sucesivo”, es decir, cuando las normas jurídicas son manifestadas conforme a un proceso predeterminado en el sistema jurídico vigente. En efecto, es propio de todo sistema de Derecho el predeterminar los procesos de elaboración de futuras normas.⁹

⁷ Víctor M. Pérez Valera, *Teoría del derecho*, p. 97.

⁸ Atienza, *op. cit.*, p. 186.

⁹ Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 162.

Aunado a lo señalado, la elaboración del derecho no sólo es creadora, sino también reconstructiva. Desde una perspectiva dinámica del derecho, este no puede ser inmutable; sino que debe adecuarse a la realidad social, política y económica cambiante; la Constitución, como norma suprema, no está exenta de ser reformada: “Por ello, se hace necesario precisar los procesos de creación normativa. En relación con la Constitución es preciso distinguir dos momentos: el de su otorgamiento y el de su modificación, ya sea mediante reformas o adiciones”.

Con la labor reconstructiva del derecho, se posibilita la modificación o reforma del derecho vigente, pero además la incorporación de nuevos derechos con la finalidad de ofrecer respuesta a las necesidades sociales cambiantes, puesto que no es posible entender el fenómeno jurídico sin tener presente la sociedad en que nace y rige desde la perspectiva de que el derecho es un hecho social que surge a raíz de unas concretas necesidades sociales. La reforma jurídica es producto de la adecuación del derecho a la evolución de la vida social con la finalidad de superar la ineficiencia e insuficiencia del derecho vigente ante los cambios en las relaciones sociales y económicas.

Ahora bien, en el caso de los derechos económicos, es preciso señalar que su origen y evolución se relaciona directamente con las transformaciones del sistema económico y los tipos de Estado así como de un nutrido y complejo sistema institucional (jurídico, político, económico y social) dirigido al control del poder que influye en la orientación de la actividad económica y, por tanto, en el desarrollo del derecho.

II. Estado, derecho y poder

De manera general, observamos que derecho, Estado y poder son nociones que se interrelacionan necesariamente, pues derecho y Estado, norma jurídica y poder político son, a fin de cuentas, como decía Bobbio, “dos caras de la misma moneda”. Es decir, que desde el aspecto coactivo (uso de la fuerza) del derecho, este requiere del Estado, mientras que la integración del Estado requiere como elemento imprescindible al derecho. De ahí que derecho y Estado se implican, pues las normas jurídicas consideradas como modelos o guías de comportamiento social son declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

Tesis contemporáneas afirman que el derecho es una emanación del Estado. Todo el orden jurídico descansa en la voluntad estatal para elaborar las leyes, reglamentos y demás disposiciones de aplicación general:

Los conceptos de ‘Derecho’ y de ‘Estado’ son, pues, “conceptos conjugados”, que no pueden comprenderse el uno separado del otro. Pero esta conexión se acentúa todavía más con la aparición del Estado moderno, en cuanto órgano que monopoliza el uso legítimo de la fuerza física. Como dice Bobbio, el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que procede de este; y el Estado desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido a Derecho.¹⁰

Pues, como señala Hermann Heller, las normas jurídicas positivas no se establecen por sí mismas, sino que son promovidas, establecidas y aseguradas mediante disposiciones reales (estatales). Sin una positividad, por medio de actos de voluntad, el derecho no puede tener ni la firmeza que requiere la actual sociedad de cambio, ni eficacia. Sin la unidad táctica de la voluntad del Estado no existe unidad del orden jurídico positivo, pero sin ésta no hay justicia ni seguridad jurídica.¹¹

Así, el poder político recurre asiduamente a las normas legales para funcionar y preservarse. La ley, en este sentido, guarda una relación privilegiada con el ejercicio político del poder. El poder político requiere de un sistema legal que defina sus metas y establezca los criterios de la convivencia de los hombres; el sistema legal, por su parte, requiere la presencia de un poder que lo respalde y concrete sus lineamientos y expectativas. En el terreno de los hechos, todo sistema jurídico requiere un poder coercitivo que lo haga valer.

La relación entre derecho y política se hace tan estrecha que el derecho se considera como el principal instrumento mediante el cual las fuerzas políticas que detentan el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su dominio:

¹⁰ Atienza, *op. cit.*, p. 37.

¹¹ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, p. 212.

A propósito de ello, y prescindiendo ahora de los modos de su implantación originaria en una sociedad, puede decirse que el derecho es, en verdad, esa voluntad del más fuerte, del que es más fuerte por la causa que sea (económica, militar, etcétera) y que puede ser mayoritaria o minoritaria, justa o injusta pero que de hecho se hace obedecer y respetar como tal. Definiendo el Derecho como voluntad del más fuerte —advíertase— no se prejuzga, sin embargo, su valor, justificación, mérito o demérito. La voluntad del más fuerte puede ser “también” una voluntad justa. El Derecho siempre coincide con la voluntad del más fuerte; la justicia en cambio, puede no coincidir con ella.¹²

Se considera también que el derecho refleja el poder originario, incontestable y supremo del pueblo para encauzar su destino y regular su existencia mediante normas jurídicas. Generalmente, se afirma que el derecho aspira a realizar, mediante el ordenamiento de la conducta social, los más elevados fines, como la coexistencia pacífica de los hombres y los pueblos, la justicia y el bienestar social (democracia). Sin embargo, este punto de vista no es unánime, pues una importante corriente doctrinal estima que, el derecho debe despojarse de todo tipo de juicios políticos, morales, sociológicos o históricos; para ser objetivo, el análisis jurídico debe despojarse de prejuicios ideológicos o éticos, por lo que no ha de estudiarse a la luz de los fines que pretende atribuirsele como son, por ejemplo, el bien, la verdad o la justicia. Por otra parte, y en atención a sus fines, otra corriente de opinión afirma que el orden jurídico muchas veces responde y es creado para legitimar los intereses y ambiciones de quienes acaparan la riqueza y el poder político:

El Estado como tipo de organización política implica una unidad viva de múltiples interrelaciones sociales interdependientes y vinculadas entre sí gracias al poder unitario que las conforman; asimismo, el Estado implica una concreta manifestación de poder, que funge como el centro alrededor del cual se organiza toda la sociedad en su conjunto. De acuerdo con Hermann Heller, cabe afirmar que en la cooperación que suponen las relaciones de poder estatal existen tres

¹² Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 48.

elementos dinámicos y coexistentes: “el núcleo del poder que realiza positivamente el poder del Estado, los que lo apoyan y los partícipes negativos que a él se oponen.”¹³

Ahora bien, si vislumbramos al Estado como la forma de organización política de una sociedad, entonces su elemento esencial reside precisamente en la distribución o concentración del poder. Por lo tanto, a partir de este fundamento, existen dos grandes tipos de Estado: el democrático y el autócrata. Por consiguiente, el tipo de Estado y la forma de gobierno no están determinados por la intención contenida en una Constitución, sino por la realidad que se manifiesta por el ejercicio real y cotidiano del poder.¹⁴

De esta manera, el derecho es consecuencia de las decisiones políticas fundamentales que toman e imponen los factores reales de poder de una sociedad.

Es importante destacar que estas decisiones políticas fundamentales tomadas por los factores reales de poder, a las que se refieren autores clásicos como Ferdinand Lasalle y Carl Schmitt, son más frecuentes en el ámbito económico, mismas que se convierten en norma jurídica para mantener el orden que resulte más conveniente. Podemos ir al extremo de afirmar que tanto el modelo económico de una nación como su orden normativo son producto y consecuencia de las decisiones políticas que adoptan los grupos que pueden imponer su voluntad sobre el resto de la sociedad.¹⁵

Se dirá, con buena parte de razón, que ese propósito confuso de no identificar y agotar el Derecho en la simple voluntad del más fuerte, ha constituido con frecuencia instrumento eficaz para el enmascaramiento ideológico, tratando precisamente de ocultar la verdad de ese hecho, es decir, la coincidencia real entre Derecho y ley del más fuerte, invocándose para ello las más elevadas y con frecuencia ficticias razones de justicia.¹⁶

Por su parte, Hermann Heller argumenta que el factor fundamental para determinar el tipo de Estado (que llama forma) es la manera en que se distribuye su poder. De acuerdo con él, la manera en cómo se distribuye el poder

¹³ Víctor M. Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*, p. 209.

¹⁴ Rafael Muñoz Fraga, *Derecho económico*, p. 38.

¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁶ Díaz, *op. cit.*, p. 49.

del Estado determina la forma de éste. Esto es aplicable, en primer término, a las dos formas fundamentales del Estado (democracia y autocracia). Como se advierte, la definición de los dos tipos de Estado en la perspectiva sociológica de Heller es la manera en que el poder se organiza y se distribuye; el poder que es la capacidad por la fuerza para imponer decisiones. Para Heller, esta capacidad superior reside en el pueblo. Para Kelsen, lo importante es la definición jurídica formal que encontramos en la Constitución de cada país y, en general, en el sistema nacional de normas; allí se configura el tipo de Estado como república o como monarquía, y eso se hace por el legislador.¹⁷

Así, podemos observar que la forma que adoptan los distintos tipos de Estado (liberal, social, regulador y neoliberal) tiene una correspondencia con los regímenes de los derechos económicos que prevalecerán en un contexto histórico determinado. La tesis de la interrelación entre la organización estatal y los derechos económicos, que a su vez es compleja, fundamenta la necesidad del estudio de los regímenes estatales de los derechos económicos con la finalidad de fundamentar la relación entre la forma de Estado y los derechos económicos: esto es, la forma en que los cambios en los regímenes estatales se relacionan con los orígenes y evolución del derecho económico.

III. *El derecho económico como nuevo orden jurídico*

Desde los orígenes del derecho económico, en la segunda década del siglo XX, se planteó el debate sobre su clasificación como un derecho nuevo; si debía incluirse en las dos grandes divisiones tradicionales del derecho, el derecho público y el derecho privado,¹⁸ o como una nueva rama jurídica. En el primero de los casos, se ubicaría como una nueva división o como una yuxtaposición entre estas dos divisiones del derecho, mientras que en el segundo se clasificaría como una rama del derecho público o del derecho privado, o como una disciplina especial. Asimismo, es preciso señalar que este debate

¹⁷ Francisco J. Paoli Bolio, *Teoría del Estado*, p. 172 y p. 62.

¹⁸ Para resolver el problema que implica la clasificación dicotómica del derecho, hay que tener en cuenta estos tres elementos o entidades: individuo, sociedad y Estado, de donde derivan tres especies de relaciones: individuales, sociales y estatales. Ulpiano, en su clasificación, sólo tuvo en cuenta dos de estas relaciones: las individuales y las estatales. Reguló las primeras por medio del derecho privado y las segundas por el derecho público. Rubén Delgado Moya. *Derecho social económico*, p. 14.

se realiza en la primera mitad del siglo XX cuando el derecho económico es un derecho emergente, es decir, una disciplina en vías de formación y consolidación.

Su carácter de disciplina de estudio nueva —la sobreposición de dos disciplinas de estudio (la economía y el derecho)— dificulta en los inicios del derecho económico establecer su definición, la especificidad de su objeto y contenido así como su clasificación dentro de las divisiones y ramas tradicionales del derecho:

Esta realidad, que ha sido la que ha puesto en evidencia lo anacrónico de los conceptos fundamentales clásicos para explicar al derecho, como lo son la distinción cada vez más difícil del derecho público y privado; dogmas tales como el de la separación de lo económico y lo jurídico, ideas como las de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes en un contrato, para no mencionar sino a unos cuantos de entre los conceptos básicos:

Aun cuando los especialistas se han preocupado por señalar los antecedentes del derecho económico en la antigüedad, es un hecho innegable que su estudio sistemático se inicia en las primeras décadas del siglo XX. “Siendo el derecho económico un orden normativo propio de nuestro siglo, es en los cambios ocurridos durante el periodo referido que es menester buscar la especificidad de esta ‘rama del derecho’. De esta manera el profesor Cuadra recuerda, junto con el profesor Savy, que el nacimiento del derecho económico para las sociedades industriales se sitúa hacia 1930”.¹⁹

El derecho económico surge como respuesta a la crisis del Estado liberal cuando la vida económica comienza a transformarse más intensamente, abandonando hasta cierto punto y en determinados Estados-nación la ideología liberal. El derecho económico se instaura en los sistemas socialistas y de economía mixta como instrumento que regula, disciplina y sanciona la política económica y la planificación del desarrollo. La importancia del derecho público económico se acentúa cuando se inicia el desarrollo del intervencionismo de Estado en la economía, la aparición del liberalismo social y, sobre todo, la acción de las tendencias socialistas en el mundo occidental.

¹⁹ Víctor H. Lares Romero, “Sobre el contenido de la definición de derecho económico”, p. 26.

Así, no es gratuito que en la Constitución de Weimar de 1919 se introduzca el concepto de derecho económico, *Wirtschaftsrecht*, que en español equivale a derecho económico:

El derecho económico en su formación teórica, se desarrolla principalmente en Alemania e Italia. La primera obra al respecto es la de Arthur Nussbaum, escrita en 1920, bajo el título “El Nuevo derecho económico alemán”, referida, en esencia a las transformaciones sociales y económicas que se producen a consecuencia de la Primera Guerra Mundial, con directa repercusión en el derecho privado.²⁰

Antes de avanzar en el análisis de la clasificación del derecho económico, consideramos pertinente señalar que:

La distinción entre derecho privado y derecho público es el eje en torno al cual gira la jurisprudencia técnica en su aspecto sistemático. Cada una de las grandes ramas divídase en varias disciplinas, a las cuales suele darse el nombre de especiales. De acuerdo con la clasificación generalmente aceptada, pertenecen al público los derechos constitucional, administrativo, penal y procesal: al privado, el civil y el mercantil.²¹

Sin embargo, la distinción de rama o disciplina jurídicas es de suyo problemática, como señala el profesor Víctor Hugo Lares: “Ciertamente, no son los únicos problemas, pues aun cuando se sustente un punto de vista objetivo es difícil distinguir los límites entre, por ejemplo, una rama jurídica y una disciplina jurídica, aun para juristas acostumbrados a los pensamientos jurídicos más sutiles y más finos”.²²

En lo que se refiere a considerarlo como una nueva rama del derecho, el debate se centró respecto a si se podía considerar como una rama autónoma

²⁰ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 85.

²¹ Eduardo García Máynez, *Introducción al derecho*, p. 136.

²² Lares Romero, *op. cit.*, pp. 17-18. Para fundamentar su afirmación, el profesor Lares cita al profesor Farjat: “(...) las ramas del derecho corresponden a una lógica y a una coherencia interna del sistema jurídico y, bien entendido también a una lógica ‘social’. Una disciplina reagrupa, al contrario, normalmente varias normas (juristas de los negocios, juristas de empresas penalistas, laboristas, etcétera) e implica también conocimientos extrajurídicos. Esta distorsión entre rama y disciplina se explica porque no hay coincidencia normalmente entre las estructuras jurídicas y las estructuras sociales”.

del derecho público o del derecho privado. Si el derecho económico no podía considerarse autónomo, entonces debía ser integrado a una rama del derecho público o bien del derecho privado.

La mayoría de expertos en la materia encuadra el derecho económico como una rama del derecho público, esto es, como derecho público económico; o como una ampliación (una disciplina especializada) del derecho administrativo, es decir, como derecho administrativo económico. Por ejemplo, Héctor Cuadra señala que:

Laubadere plantea que el derecho económico no forma un derecho autónomo, una verdadera rama del derecho, lo ubica como derecho público económico, siendo éste la aplicación económica del Estado de los principios generales del derecho público. Sin embargo, para Chenot, el derecho público económico no es una parte, más o menos original, de una rama del derecho existente, es una nueva rama del derecho público.²³

No obstante, consideramos que el problema de clasificación del derecho económico como un nuevo orden jurídico se deriva de la concepción que sobre este se realice. Así, de acuerdo con la división que Héctor Cuadra realizó sobre las concepciones del derecho económico en concepción amplia, restringida e intermedia del derecho económico, podemos distinguir argumentos que permiten clarificar la explicación sobre esta problemática.

III.1. Concepción amplia del derecho económico

Para los defensores de la concepción amplia, una regla es de derecho económico desde el momento que rige relaciones humanas propiamente económicas. Según la concepción amplia, todas las normas, tanto de derecho público como de derecho privado, en cuanto referidas a la vida económica, integrarían este derecho; o, al menos, en cuanto supongan la participación del Estado —de un modo u otro— en la vida económica o la renuncia a la actitud abstencionista del Estado. La concepción amplia del derecho económico, señala el jurista Héctor Cuadra citando a Claude Champaud: “(...) una regla es de derecho económico desde el momento que rige relaciones económicas. Concebido así, el derecho económico es entonces el derecho de la organización y el desarro-

²³ Cuadra Moreno, *op. cit.*, p. 17.

llo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada, o del concierto de una y de otra”.²⁴ Esta concepción, analiza Cuadra, extiende desmesuradamente el campo del derecho económico que incorporará —según esto— una parte del derecho social, del derecho mercantil, del derecho administrativo y aun del derecho fiscal.

III.2. Concepción restringida del derecho económico

Según la concepción restringida, la expresión derecho económico tiende a reservarse para el derecho administrativo de la economía. Más precisamente, sería el derecho de la economía dirigida. El derecho económico es el derecho de la dirección de la economía. La concepción restringida del derecho económico lo define como el conjunto de reglas jurídicas que tiene por objeto dar a los poderes públicos la posibilidad de obrar activamente sobre la economía; es decir, es el derecho de intervención del Estado en la economía: “Con relación a la concepción amplia, la oposición es manifiesta. La primera define el derecho económico como aquel que engloba a la vez la acción económica de las empresas y la del Estado. La segunda toma únicamente en consideración la acción económica del Estado, de ahí su calificación de ‘concepción parcial’”.²⁵

Por su parte Jorge Witker señala:

En este contexto de cambio sustancial en la sociedad moderna el derecho económico, como rama especializada, pertenece al lugar de centro formador de principios que antes correspondió a otros sectores jurídicos en momentos históricos diferentes, como se afirma en este análisis en el campo económico y social, el intervencionismo estatal es el fenómeno en torno al cual el derecho moderno ha crecido vertiginosamente, creando y proyectando nuevas disciplinas tales como el derecho social, agrario, urbano, ambiental, espacial de integración, y por supuesto el derecho económico o derecho de la economía, como lo denomina la doctrina italiana.²⁶

²⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁵ *Loc. cit.*

²⁶ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 86.

III.3. Concepción intermedia del derecho económico

Entre las dos concepciones extremas se sitúan concepciones que se pueden calificar de intermedias; entre ellas, destacan las de Farjat y las de Savy:

Para G. Farjat, el derecho económico es el ‘derecho de la concentración’ o de la colectivización de los bienes de producción y de la organización de la economía por los poderes privados o públicos (...). Para el profesor Savy, el derecho económico es el conjunto de normas que tienden a garantizar un equilibrio, en un momento determinado, entre los intereses particulares de los agentes públicos y privados y un interés público general. En resumen es el derecho del interés económico general.²⁷

Visto así el problema, continua Héctor Cuadra, el objeto del derecho económico es estudiar la organización y la acción económica del Estado tendiente a la realización de los objetivos de la democracia económica tal y como son fijados por los poderes públicos. La misma administración del Estado tiene que reestructurarse para hacer frente a sus nuevas atribuciones y a su nueva misión.

III.4. La concepción del derecho económico como derecho social

Finalmente, otro elemento de debate es la conceptualización del derecho económico como parte de una tercera división del derecho, además de la del derecho público y derecho privado. La aceptación de incluirlo como nueva rama del derecho ha encontrado resistencia entre los tratadistas del derecho, sobre todo, para los que se aferran a los viejos conceptos individualistas; sin embargo, su inclusión ha tenido gran acogida en los medios jurídicos de criterio más innovador. Siguiendo la propuesta de Legaz y Lacambra, Novoa Monreal expone:

Legaz y Lacambra toca acertadamente este último aspecto. Según él, debe aceptarse la triple división del derecho, basándose en la clase de relaciones sociales que regula. Hay relaciones de subordinación, que son las que tienen un sujeto con la autoridad: su acento está con la obediencia, pues aquél debe acatar a ésta para mantener la organi-

²⁷ Cuadra Moreno, *op. cit.*, pp. 18-19.

zación. Hay también relación entre sujetos iguales e independientes entre sí, cuyo acento se sitúa en los derechos de cada uno y en el respeto de su libertad. Hay finalmente relaciones de sujetos en cuanto miembros de una comunidad integrada que pone el acento en la solidaridad y en los deberes de todos, en los cuales se obra como compañero camarada y que tienden a asegurar la colaboración de cada uno para el bien social. Las primeras corresponden al derecho público, las segundas al derecho privado y las últimas al derecho social. El derecho social presupone una más profunda socialización de la persona y la realización de valores morales más hondos, mediante la inserción de todos los hombres en la comunidad organizada bajo el signo de la solidaridad humana.²⁸

En lo que se refiere al derecho económico, algunos tratadistas lo clasifican como derecho público (derecho constitucional y derecho administrativo), mientras otros lo han clasificado dentro del derecho privado (derecho mercantil, derecho de la empresa o derecho corporativo); sin embargo, algunos tratadistas lo clasifican como derecho social. Así, en la clasificación de las disciplinas jurídicas, Álvarez Ledezma²⁹ clasifica el derecho económico (conjuntamente con el derecho del trabajo, el derecho agrario, el derecho de la seguridad social, el derecho ecológico) en el derecho social.

Algunos tratadistas, al incluir el derecho económico en el derecho social, han elaborado el concepto de derecho social económico:

Por derecho social económico entendemos el conjunto de leyes que tiende a establecer una equilibrada, justa distribución de los bienes y de las cargas comunes de la sociedad que se encuentra bajo el control del Estado y a mantener adecuada provisión de satisfactores y de medios materiales de vida. Derecho social económico es el conjunto de principios e instituciones que tienen por objeto lograr la adecuada y racional distribución de los bienes materiales entre todos los integrantes de la comunidad humana.³⁰

²⁸ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, pp. 143-144.

²⁹ Álvarez Ledezma, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

³⁰ Delgado Moya, *op. cit.*, p. 28.

IV. Derecho económico y derecho de la economía

En el proceso de evolución del derecho económico, los tratadistas utilizaron, de manera tradicional, las expresiones derecho económico y derecho de la economía como sinónimas. Sin embargo, su distinción la podemos ubicar desde la perspectiva de la clasificación (derecho constitucional y administrativo o derecho mercantil) y con base en la concepción (ampliada, restringida o intermedia) que tienen como marco de referencia. Así, el concepto de derecho económico, desde una concepción restringida, se enfocó de manera preferencial al derecho público administrativo, esto es, a la regulación del Estado en la economía; mientras que el concepto de derecho de la economía los especialistas lo utilizaron con referencia al derecho mercantil (derecho de la empresa).

Para algunos tratadistas, el uso indistinto de estas expresiones no implicó problema alguno. No obstante, a raíz del desarrollo de un enfoque de análisis jurídico denominado Análisis Económico del Derecho (AED), cuya influencia en el estudio de la relación derecho y economía se ha ubicado como relevante a finales del siglo XX y principios del XXI en el medio académico y profesional, relacionándolo con el derecho de la economía. Consideramos necesario esclarecer las diferencias entre los conceptos de derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía (AED).

Jacquemin y Schrans, en su obra *Le droit économique* (1974), distinguen entre una locución y otra y entienden que tal distinción no carece de importancia. A juicio de estos autores, la noción de derecho de la economía es esencialmente descriptiva y puede designar el conjunto bastante heterogéneo de las reglas de derecho que se aplican a la actividad económica; mientras que la noción de derecho económico sería, según ellos, más cualificativa e insistiría sobre la perspectiva de un encuentro interdisciplinario que transforma la regla de derecho. Por encuentro interdisciplinario se entiende aquí el encuentro o conexión entre ciencia del derecho y ciencia de la economía. También Farjat, en *Droit économique* (1971), distingue entre derecho económico y derecho de la economía; ve tras esta última expresión una concepción vaga que podría aplicarse a todos los tiempos.³¹

³¹ Vicente Santos Martínez, *Derecho económico y derecho mercantil*.

En este mismo sentido, en la academia mexicana se ha planteado la necesidad de esclarecer la distinción entre derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía.

Al analizar el concepto de derecho de la economía, la reflexión es la siguiente: estamos frente a un término que ha causado confusión con el concepto de derecho económico, lo cual nos obliga a fijar un criterio respecto a este concepto. En términos muy generales, la economía es la actividad que realiza una sociedad en su conjunto para satisfacer sus necesidades materiales mediante la producción, distribución o consumo de bienes y servicios. También es evidente que esas relaciones sociales que se establecen como consecuencia de esas actividades tiene un marco normativo que regula dicho proceso. Con base en lo anterior, se afirma que todos los actos económicos (lícitos) se desarrollan en un marco normativo que regula los intercambios, transacciones, operaciones de cualquier tipo; es decir, que todo acto económico está regulado por una norma, sea esta de carácter formal o no:

Se ha dicho en reiteradas ocasiones, de manera equivocada, que todo acto económico forma parte del Derecho Económico. No es así, si en esa relación jurídica no está presente el Estado, en su carácter de imperio, no es materia del Derecho Económico. Dicha confusión se debe en gran parte al hecho de la indebida interpretación que se le otorga a la combinación de los vocablos derecho y economía.³²

No obstante, la distinción entre derecho económico, derecho de la economía y derecho y economía no es sólo terminológica, sino sustantiva. Las distinciones las podemos realizar con base en el origen, la definición, el objeto y principios de estas tres concepciones. Si bien cada uno de estos temas son relevantes, por cuestiones de espacio nos limitaremos tan sólo a exponer algunas de las definiciones más significativas.

IV.1. Derecho económico

De acuerdo con la definición de Jorge Witker, el elemento esencial del derecho económico es la intervención y la participación del Estado en la economía; es decir, el conjunto de normas jurídicas que determinan y regulan la

³² Muñoz Fraga, *op. cit.*, pp. 12-13.

presencia del Estado en la economía. Esta doble función estatal a que nos referimos, intervención y participación, influye en los sistemas jurídicos donde el derecho abarca nuevas funciones de organización de unas relaciones sociales más equitativas y del equilibrio entre las fuerzas económicas existentes en el contexto social. Este cambio de funciones por las cuales abandona su papel anterior de gendarme o de policía pasiva, observadora de “dejar hacer y dejar pasar”:

El derecho económico es una disciplina que nace en forma simultánea con la intervención del Estado en el campo de los asuntos económicos. Cuando la economía deja de ser orientada por los principios de la libre concurrencia y entra en crisis que culmina en 1929-1930, el Estado pasa a asumir funciones preponderantes en la regulación de la producción, distribución y consumo de mercancías, teniendo como finalidad proteger a los consumidores y sectores débiles de la sociedad.

Esta ampliación de funciones del Estado se refleja en la expansión de la legislación y normas jurídicas que en una primera instancia, dan forma y contenido al derecho administrativo, que encuentra en Francia el lugar de su mayor esplendor.³³

En un sentido similar, Muñoz Fraga define el derecho económico como la disciplina jurídica que estudia el orden normativo que se crea y aplica para regular la relación del Estado frente a otros agentes económicos. De conformidad con la definición arriba propuesta, podemos afirmar que cada Estado, en lo particular, tiene su propio derecho económico en el que cada forma de organización social tiene su propio orden normativo que justifica y regula la presencia del Estado en su relación económica con los distintos agentes que participan en ella.³⁴

Es relevante señalar que algunos de los principios básicos del derecho económico han sido institucionalizados en las Constituciones de varios Estados. En el caso de México, el conocido como capítulo económico de la CPEUM (artículos 25, 26, 27 y 28), es un ejemplo de ello.

³³ Jorge Witker, “Derecho económico”, p. 83.

³⁴ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 10.

Para Roberto Báez Martínez: el derecho económico es un conjunto de normas imperativo atributivas previstas en la Constitución y demás leyes, cuyo objetivo es regular la economía interna; las relaciones entre los factores económicos públicos, privados y sociales y lograr así un equilibrio entre ellos, en aras de alcanzar una estabilidad objetiva, equitativa y permanente.³⁵

IV.2. Derecho de la economía

Históricamente, al clasificar el derecho económico en el derecho mercantil y principalmente como derecho de la empresa, se orientó a algunos tratadistas (Schroeder y Lehmann) a utilizar el concepto derecho de la economía, enfocando el “nuevo derecho” desde una concepción económica individualista por encima de una concepción colectivista. Se trataba de impulsar el nuevo derecho emergente como derecho de la empresa (derecho mercantil) diferenciándolo de un derecho social —también emergente a principios del siglo XX—. De esta manera, se identifica al derecho de la economía como derecho de la empresa. El corolario de esta tesis es identificar al derecho mercantil y al derecho de la empresa. es decir, que son la misma cosa, esto es, “el derecho especial de la organización empresarial productiva de bienes y servicios”:

Para los autores italianos, más que de derecho económico de dirección habría que hablar de derecho de la economía. Por ejemplo, para Giovanni Quadri, y en general para la doctrina italiana, el derecho de la economía se ubica en el derecho público conceptualizado como una nueva disciplina que estudia y sistematiza las normas jurídicas por las cuales el poder público actúa en la economía. Para otro autor, el derecho de la economía es el derecho aplicable exclusivamente a la intervención de las personas públicas en la economía (empresas públicas).³⁶

La cuestión para distinguir el derecho económico y el derecho de la economía, está en función de la jerarquía que se atribuya a cada uno de ellos; es decir, su encuadramiento en el derecho público o el derecho privado. Los tratadistas subsumen a ambos en el derecho público; sin embargo, algunos especialistas consideran desde una concepción restringida al derecho de la

³⁵ Roberto Báez Martínez, *Principios básicos de derecho económico*, p. 11.

³⁶ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 18.

economía como una rama especial del derecho mercantil, esto es, del derecho privado:

También podemos precisar la diferencia que existe entre derecho privado de la economía y el derecho público de la economía. El primero se refiere a normas para reglamentar la empresa privada, el segundo se trata de todas aquellas normas de derecho público que reglamentan la conducta de las personas, correspondientes a un sector público en la vida económica del país.³⁷

Desde una concepción amplia, algunos especialistas confieren mayor primacía al derecho de la economía:

Por lo tanto, debemos insistir en que los actos económicos están normados; es decir, se llevan a cabo bajo reglas de carácter general, elaboradas e impuestas por una autoridad facultada para ello; pero ello no significa que se esté dentro del ámbito del Derecho Económico, ya que se requiere, como se ha señalado la participación del Estado, en su carácter de imperio, para estar dentro de él. Es así como distinguimos con toda precisión este concepto: los actos económicos están normados, sin importar su dimensión o sujetos participantes, a esto le llamaremos: derecho de la economía.³⁸

Sin embargo, a la distinción entre derecho económico y derecho de la economía se incorporará un nuevo enfoque, el denominado AED. Este nuevo enfoque, si bien algunos especialistas lo ubican como un tipo del resurgimiento del derecho de la economía orientado al derecho privado —de manera específica al derecho mercantil—, presenta características diferentes, las cuales están más dirigidas a la relación entre economía y derecho o derecho y economía (*Law and economics*):

El análisis económico del derecho recibe influencias teóricas diversas (realismo jurídico, eficiencia, microeconomía, escuela neoclásica, neoinstitucionalismo, elección pública, equilibrio paretiano, pragmatismo y sociologismo, teorías críticas del derecho, etcétera)

³⁷ Rafadi, “El derecho de la economía y el derecho económico”.

³⁸ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 14.

busca aplicar a las normas jurídicas los paradigmas macroeconómicos, basado en determinadas conductas humanas.³⁹

A este enfoque, Muñoz Fraga lo ubica como análisis económico del derecho o economía del derecho:

El análisis económico del derecho consiste en el análisis de las normas en relación con su eficiencia en el ámbito mercantil. (...) es así como algunos estudiosos del Derecho se han dedicado al análisis del costo que tiene la aplicación del Derecho. Esta vertiente del estudio del Derecho se ha tomado como novedad, ya que hay gran preocupación en Estados y gobiernos sobre la conveniencia económica de aplicar el Derecho o dejarlo de hacer cuando esto resulte inconveniente por costoso.

En consecuencia, cuando escuchemos el término de “análisis económico del Derecho”, nos limitaremos a pensar en el estudio que se realiza sobre el costo de aplicar la norma jurídica en cualquier ámbito de la vida social.⁴⁰

De acuerdo con Jorge Witker, en la década de los setenta, el movimiento de *Law and economics* se consolida definitivamente. Un grupo de académicos de diversas Facultades de Derecho de Estados Unidos comienza a hacer uso de la economía en sus estudios de la ley. Richard Posner es uno de los representantes más importantes de este periodo.⁴¹

El concepto derecho de la economía para Richard A. Posner, hasta cerca de 1960, era sinónimo del análisis económico del derecho monopolista, al cual él considera como “antiguo derecho”, y con ello quizá estaba haciendo referencia al derecho económico enfocado a la regulación de la producción y del mercado. Para Posner, el “nuevo derecho y economía”, que para él surge en 1960, es la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto: a campos del derecho común; como los cuasidelitos, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al proceso civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la aplicación

³⁹ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 18.

⁴⁰ Muñoz Fraga, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Jorge Witker, *Introducción al derecho*, p. 20.

de la ley y la administración judicial, e, incluso, al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho del almirantazgo, el derecho familiar y la jurisprudencia. El nuevo derecho y economía se inició con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los cuasidelitos y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social, aun cuando precisa que la lista de los fundadores del nuevo derecho y economía estaría gravemente incompleta sin el nombre de Gary Becker.⁴²

El AED es una forma de estudiar el derecho que difiere de las formas tradicionales. Mediante este tipo de análisis, se pretende el uso de las herramientas económicas; es decir, las herramientas de la economía como ciencia para analizar sistemas normativos.

El AED, desde la perspectiva del enfoque del derecho y la economía, es el estudio de la ley aplicando los principios económicos, de manera específica, la eficiencia mercantil, así como considerando al mercado como su premisa básica. El estudio de los marcos jurídicos, desde una perspectiva de derecho y la economía, es mucho más orientado a la práctica regular del derecho empresarial, pues el AED se enfoca a corregir las fallas del mercado removiendo los obstáculos del intercambio al estilo de las leyes de competencia y las regulaciones estatales. Con el AED se pretende entender sistemas jurídicos analizando las consecuencias que producen en un mundo en el que individuos racionales ajustan su actuar a las reglas que los rigen. Así, en este ensayo hemos estudiado las diferencias sustantivas entre el derecho económico, el derecho de la economía y el análisis económico del derecho, y que su creación y desarrollo han sido producto de contextos sociales, económicos y políticos diferentes. El derecho económico es la base sustantiva del Estado social, mientras que el derecho de la economía y el AED se enfocan a privilegiar los intereses de la inversión privada. Por consiguiente, son dos modelos de derecho diametralmente distintos.⁴³

⁴² Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, p. 55.

⁴³ *Vid.*, Adriana García García y Dirk Zavala Rubach. *Derecho de la economía*, p. XV.

V. Conclusiones

La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales así como del ordenamiento jurídico positivo. Ello plantea la necesidad de modificar o reformar el derecho a fin de que este dé respuesta a situaciones no contempladas en el derecho vigente.

De ahí que estimamos útil resaltar que el derecho es tanto estático como dinámico. En su aspecto estático, contiene elementos que deben prevalecer, pero, en su aspecto dinámico, debe adecuarse a los cambios y transformaciones sociales, políticas y económicas:

Visto desde un enfoque estrictamente jurídico, se puede decir que un orden jurídico se integra por un conjunto de situaciones jurídicas que existen en un momento dado en determinada sociedad. A su vez la situación jurídica consta de un conjunto de derechos y obligaciones. Las situaciones jurídicas y los derechos subjetivos constituyen la estructura del derecho en su aspecto estático. Los actos jurídicos y los actos materiales constituyen los fenómenos de formación y de realización del derecho: integran el aspecto dinámico de éste.⁴⁴

Así pues, desde el enfoque dinámico del derecho, éste debe adecuarse a los cambios económicos, sociales y políticos. Si el derecho es un producto de la vida social, si es la vida humana objetivada, tiene que poseer las características de esa vida social, que tiene tanta flexibilidad, así como tantas riquezas de matices y que se encuentra en continua y constante transformación. La transformación de las estructuras económicas, políticas, sociales, culturales y educativas dan lugar a reformas jurídicas, las cuales demandan la revisión y actualización histórica del derecho y de las instituciones jurídicas y sociales así como del ordenamiento jurídico y positivo. Sin embargo, es preciso mencionar que, en la doctrina jurídica, se pueden distinguir teorías o escuelas del derecho que obstaculizan o facilitan la adecuación del derecho a las transformaciones sociales, políticas y económicas.

Para ello, es necesaria la superación de una concepción estatista en la elaboración del derecho, puesto que los intereses de la sociedad no siempre coin-

⁴⁴ Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, p. 35, *apud* Víctor A. Rojas Amandi, *Filosofía del derecho*.

ciden con los del Estado; por otra parte, las garantías que requiere la sociedad entrañan derechos para ésta y obligaciones para el Estado.

Asimismo, también se plantea como necesario superar la concepción dogmática del derecho, que sólo acepta una división dicotómica del derecho; esto es, derecho público y derecho privado, debido a que esta división tradicional de él deja al margen a un grupo importante de normas que por su esencia y naturaleza no corresponden ni a las actividades públicas del gobierno ni a la utilidad de los particulares.

La superación de los dogmas de la completud, la autonomía y la neutralidad del derecho implica una revisión de las concepciones estatistas del derecho y su relación con el poder; para ello, es necesario un análisis de las corrientes teóricas predominantes en la concepción del derecho y la relación de éste con el Estado y el poder.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Álvarez Ledezma, Mario I. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Mc Graw Hill, 2008.
- Atienza, Manuel. *Introducción al derecho*. México, Fontamara, 1998.
- Báez Martínez, Roberto. *Principios básicos de derecho económico*. 2ª ed., México, Pac, 2005.
- Cuadra Moreno, Héctor. “Reflexiones sobre el derecho económico”. *Estudios de derecho económico*, Vol. 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- Delgado Moya, Rubén. *Derecho social económico*. México, Sista, 1989.
- Díaz, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. reimpr. de la 2ª ed., Madrid/España, Taurus ediciones, 1989.
- García García, Adriana y Dirk Zavala Rubach. *Derecho de la economía*. México, Oxford University Press, Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), 2009.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al derecho*. 46ª ed., México, Porrúa, 1994.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. trad. Luis Tobio, México, FCE, 1975.
- Lares Romero, Víctor Hugo. “Sobre el contenido de la definición de derecho económico”. *Temas de derecho económico mexicano*. José Juan González Márquez, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, 1993.
- Muñoz Fraga, Rafael. *Derecho económico*. México, Porrúa, 2011.

- Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. 9ª ed., México, Siglo XXI, 1988.
- Paoli Bolio, Francisco José. *Teoría del Estado*. México, Limusa, 2012.
- Pérez Valera, Víctor Manuel. *Teoría del derecho*. México, Oxford University Press, 2009.
- Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. en español, México, FCE, 2007.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel. *Filosofía del derecho*. 2ª ed., México, Oxford University Press, 2009.
- Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 2010.
- Witker, Jorge. “Derecho económico”. *Antología de estudios sobre la naturaleza del derecho*, Jorge Witker (comp.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- _____. *Introducción al Derecho Económico*. 9ª ed., México, Mc Graw Hill, 2012.

Electrónicas

- Santos Martínez, Vicente. “Derecho económico y derecho mercantil”. *Anales de Derecho*, Vol. 2, 1982, Universidad de Murcia, pp. 37-70. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/83521/80541>
- Rafadi. “El derecho de la economía y el derecho económico”. *Club ensayos*, 14 de diciembre de 2015. <https://www.clubensayos.com/Temas-Variados/EL-DERECHO-DE-LA-ECONOM%C3%8DA-Y-EL-DERECHO/3065936.html>

