

Del derecho económico al análisis económico del derecho

JORGE WITKER VELÁSQUEZ

La UASB-E ha sido pionera en el estudio del derecho económico. Publicamos un avance del libro El derecho económico en tiempos de crisis, que será editado por la UASB-E y Ediciones Legales, en el que constan las principales ponencias presentadas en la VI Conferencia Internacional de Derecho Económico, como la de Jorge Witker Velásquez, uno de los mayores especialistas latinoamericanos en el tema.

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

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

En la década de 1930, con el presidente Roosevelt en Estados Unidos y las teorías económicas de Maynard Keynes, el Estado legitima y sistematiza su presencia en los sistemas económicos, y ante las constituciones de Weimar y Querétaro, programa una intervención estatal decidida y permanente. El derecho económico adquiere objetividad operativa, sin establecer aún bases conceptuales intersubjetivamente aceptables.¹

La Segunda Guerra Mundial y la consolidación de los sistemas democráticos en Europa de Occidente plasman economías mixtas y construyen el estado de bienestar, que jurídicamente conocemos como estado social de derecho. Alemania, Francia, Italia y España contribuyen a teorizar y conceptualizar un derecho

“

El derecho económico nace como tal en Alemania en la década de 1920, al calor de las consecuencias de la Primera Guerra Mundial, cuando la llamada *cuestión social* y el naciente socialismo ruso agitaban los descontentos y las reclamaciones laborales.

”

¹ Gerard Farjat, *Droit économique* (París: Presses Universitaire de Francia, 1971).



económico vivo que entra a regular un orden público económico, el cual equilibra las garantías y derechos empresariales con garantías y derechos de consumidores y empresas medianas y pequeñas, productoras de bienes y prestadoras de servicios.²

Al otro lado de las economías mixtas de Europa y América, los sistemas socialistas impuestos por la dominación soviética (Checoslovaquia, Polonia y la propia Unión Soviética) plasman un derecho de la planificación económica, que se vuelve sinónimo del derecho económico y que Cuba sigue en una imitación lógica a su sistema socialista. En América Latina, el derecho económico se desarrolla en México, Argentina, Brasil, Colombia y Chile, países en donde alcanza estatura y presencia curricular en las facultades y escuelas de derecho, en diversas épocas.

El derecho económico en estos lares sigue la corriente europea, regulando y diseñando economías mixtas contextuadas en los modelos sustitutivos de importaciones. El Estado empresario en áreas estratégicas (recursos naturales) y servicios públicos completa el universo ontológico del derecho económico de las décadas de 1960 y 1970, en América y el mundo.³

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



mercado como el único asignador eficiente de bienes, servicios y empleos.

A estas transformaciones políticas y económicas mundiales, se suma una profunda revolución científica y tecnológica que ha cambiado el énfasis exterior en las disciplinas físicas por las biológicas y, a través del desarrollo de la microelectrónica y la revolución de la información, la robótica, la biotecnología y los nuevos materiales, se han producido cambios fundamentales en todo el sistema económico y social, incluyendo la naturaleza de las relaciones inter e intrafirmas y los procesos laborales, así como las ventajas comparativas y de localización internacional de carácter tradicional.

La degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales y las amenazas a los ecosistemas locales, regionales y globales han introducido toda una nueva dimensión en los asuntos humanos; hay la necesidad de un cambio hacia un desarrollo sostenible, según lo acordó la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (1992).

Este también ha sido el caso en el campo económico. Lo más destacado en este ámbito es el creciente predominio del mercado y el fortalecimiento de la empresa privada, mientras se

2 Héctor Cuadra, «Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917», en *Antología de estudios de derecho económico*, comp. Jorge Witker (Ciudad de México: UNAM, 1978), 111-47.

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

dan una reducción del gasto público en el PIB, un proceso masivo de privatización de empresas y servicios públicos, y una mayor inversión privada en relación con la inversión pública. Todo esto ha sido reforzado por la gran expansión de las corporaciones transnacionales que, como se ha señalado, han dado origen a un proceso de globalización sin precedentes y a nuevas formas de relaciones, entre ellas, el Estado, el capital nacional y el capital financiero internacional. Esto implica una profunda reorganización de las relaciones entre los sectores público y privado, tanto a nivel nacional como internacional.

EL DERECHO ECONÓMICO COMO DERECHO DE LA GLOBALIZACIÓN

El fenómeno de la globalización puede abordarse de diversas maneras y se nutre de factores internacionales tecnológicos, financieros y económicos. Entre los primeros se ubica la desintegración de la Unión Soviética, concretada con la caída del Muro de Berlín, y el tránsito de una sociedad internacional bipolar a otra unipolar o multipolar. El triunfo del capitalismo como sistema dominante a nivel planetario arrastra todo un cuestionamiento a la naturaleza y función del Estado nación, que abarca tanto su papel interventor o regulador en la actividad económica, como el de cumplir tareas de custodia fronteriza territorial, elementos que conspiran con la visión de un mercado global desregulado y autogenerado.

Respecto a la variante tecnológica, las innovaciones en el ámbito de la informática, telemática y demás agregados a las comunicaciones fronterizas y globales permiten el desplazamiento de flujos financieros y monetarios, que modifican los controles tradicionales que los bancos centrales venían desarrollando desde los acuerdos de Bretton Woods. El impacto del

libre flujo de capitales y recursos financieros permitió que el sistema capitalista pasara del capital productivo al capital financiero de dominio absoluto sobre la actividad económica nacional de los Estados, para convertirse en un poder fáctico, de amplia dominación a partir del presente siglo.

Pero la globalización también actuó sobre la actividad económica en sí: las inversiones de diversos tipos fueron relocalizando las cadenas de valor y suministro, instalándose, al margen de las políticas públicas nacionales, en los puntos en que, vía mano de obra barata y abundante y generosas políticas fiscales y ambientales, se radicaron en función de las ganancias y utilidades, al margen de toda consideración social, poblacional y ecológica. En este contexto, el derecho económico gradualmente se mueve de regulaciones territoriales a intentos de regulaciones horizontales,

en los cuales las normas de carácter coactivo se transforman en normas persuasivas o de *soft law* (derechos económicos, sociales y culturales).

Derivado de lo anterior, surgen las grandes empresas hegemónicas de la globalización que, amparadas en diversas modalidades de la propiedad intelectual y de la gravitación financiera

per se, son elementos que le van dando la línea horizontal a sus actividades, con una perspectiva planetaria de mercado global, sin considerar los elementos de políticas públicas propias del Estado nación.

Por ello, la producción de bienes y la prestación de servicios superan los acotamientos nacionales y actúan por sobre las fronteras, utilizando una gama de figuras contractuales de nuevo tipo, integrando cadenas productivas de valor y suministro, para las cuales los Estados coadyuvan tangencialmente a través de la liberación de mercados, expresada en los tratados de libre comercio de tanto crecimiento en los últimos años.

“ El derecho económico gradualmente se mueve de regulaciones territoriales a intentos de regulaciones horizontales, en los cuales las normas de carácter coactivo se transforman en normas persuasivas o de *soft law*. ”



En este escenario, el derecho económico clásico-tradicional ve disminuir sus facultades regulatorias y le queda como área de preocupación preponderante el control de los mercados, evitando, previniendo o sancionando las prácticas anticompetitivas, especialmente restrictivas, como oligopolios, monopolios y concentraciones; con ello pretende dar eficacia a un capitalismo que asume nombres contemporáneos como *neoliberalismo*. La otra área que le queda al derecho económico interno es la protección del consumidor, tomando en cuenta que la presencia abrumadora de los medios de comunicación actual cada día erosiona la autonomía de la voluntad de los consumidores, que son permanentemente inducidos a compras de productos y servicios no necesariamente útiles o inocuos.

En resumen, en este proceso, brevemente mencionado, tanto el Estado nación como la noción del orden público económico, se han diluido parcialmente para dar paso a un predominio de los mecanismos de mercado, a los cuales se les asignan atributos de eficiencia y equilibrio, al margen de los indispensables elementos redistributivos propios de las economías emergentes como las de América Latina.

A nivel teórico, el derecho económico pasa a ser contrastado con una metodología, orientada con exclusividad por el mercado; me refiero al análisis económico del derecho, cuyo basamento principal, según Santos Pastor, sostiene:

Las ideas sobre las que gravita este enfoque —que difiere del jurídico tradicional tanto en el énfasis como en los utensilios de trabajo— son bien simples. Se entiende que «las normas» (el sistema jurídico, en su totalidad) crean incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser «buenos» o «malos» socialmente, para evaluar (por lo que se necesita de un procedimiento objetivable).⁴

Sin coincidir con lo anterior, este método plantea una disciplina innovadora que busca hacer eficientes las normas jurídicas y que, trasladadas a ciertos modelos económicos, induce a crear condiciones de eficiencia, sin considerar para nada elementos de justicia y equidad, que en las normas que regulan actividades económicas no pueden separarse de ellas [...].

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

El derecho económico internacional es un conjunto normativo que forma parte del derecho internacional público. Tiene por objeto regular los intercambios económicos entre los sujetos del derecho internacional público.

La idea de regulación de intercambios económicos está referida a variadas normativas de niveles diversos, que abarcan servicios, bienes, inversiones y propiedad intelectual en general. Estas regulaciones se pueden inscribir en contextos bilaterales o multilaterales.⁵ En cuanto a los sujetos del derecho internacional económico, se menciona fundamentalmente a los Estados nación, organismos o instituciones internacionales, ONG, empresas transnacionales y personas de derecho internacional en general.

En el ámbito de los mercados ampliados, que apuntan a la globalización, se experimentan movimientos transfronterizos de bienes, factores de producción, servicios que van articulando una diversidad de sujetos del tráfico económico internacional, con lo cual se dificultan los instrumentos normativos de aceptación amplia. Las relaciones jurídicas se fraccionan y normas de derecho internacional público se mezclan con otras de derecho nacional, tanto de perfil privado como público.

Por todo lo anterior, el derecho económico internacional no ha podido estructurar una matriz unificadora para regular la variedad de relaciones y movimientos de bienes y factores de producción y servicios, en manos de particulares

4 Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía: Una introducción al análisis económico del derecho* (Madrid: Tecnos, 1989), 50.

5 UNCTAD, «Informe sobre el comercio y el desarrollo 2017. Un *new deal* mundial como alternativa a la austeridad» (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Nueva York-Ginebra, 2017).

o de grandes corporaciones transnacionales. En cuanto a las fuentes, se integran por los tratados internacionales, costumbre, jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho, así como por las normas *hard law* y *soft law*. Las tres grandes áreas del derecho económico internacional son:

1. Organismos estratégicos del derecho económico internacional, referidos al ámbito financiero internacional, llámese FMI o BM.
2. En el ámbito comercial, organismos importantes: OMC y la OCDE, OIT y AMUMA.
3. En el ámbito de las inversiones, capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio, el CIADI, APRIS y el ADPIC, entre otros.

DERECHO ECONÓMICO Y CRISIS

En este escenario, donde las actividades económicas básicamente se han transnacionalizado por la configuración de cadenas productivas de valor y de suministro, entre territorios y mercados fronterizos y globales, el derecho económico enfrenta importantes retos que lo colocan ante una verdadera crisis, tanto de identidad conceptual como de aspectos instrumentales de coyuntura, que en muchas ocasiones pasan a ser estructurales.

En el primer aspecto, estas cadenas productivas se presentan a través de complejas relaciones jurídicas que mezclan normas de derecho privado con regulaciones de derecho público, situación que incluso ha llevado a algunos autores a decir que estamos frente a una nueva *lex mercatoria*, como elemento de un naciente derecho transnacional. El eje central de esta nueva situación —no cabe duda— son las empresas transnacionales que, en diversos rubros, ocupan posiciones dominantes de mercado que, al aprovechar la ampliación de los mercados nacionales, vía tratados de libre comercio y de integración, cubren dichos espacios y atentan contra la tan difundida libre competencia.

Estos elementos hacen compleja la naturaleza y función del derecho económico que, a

pesar de los cambios, sigue teniendo como referente la noción del orden público económico, opuesto a las teorías neoclásicas que asignan a la eficiencia y al enfoque cuantitativo la tarea fundamental de la asignación de los recursos y factores productivos. Cuatro elementos concurren para hacer compleja la posición del derecho económico:

1. La mezcla de normas de derecho privado con otras normas (autonomía de la voluntad, etc.).⁶
2. Normas de derecho público (como las leyes de competencia y comercio exterior).
3. Normas de derecho interno o nacional (protección del consumidor).
4. Normas de derecho internacional y de perfil global (como las referentes a propiedad intelectual, comercio electrónico o digital, etc.).

Estos cuatro elementos configuran un panorama ambiguo y complicado para los actuales estudiosos del derecho económico, aspecto que, en parte, ha sido recogido por un derecho económico internacional que apunta a hablar de un derecho entre Estado y un derecho internacional económico privado, que coexiste con normas de derecho internacional público y el emanado de instituciones como el FMI, el BM, el derecho de las propias Naciones Unidas, así como las recomendaciones de OCDE y las calificadoras.

“

Hay un panorama ambiguo para los actuales estudiosos del derecho económico.

”



6 Matthias Herdegen, *Derecho económico internacional* (Ciudad de México: UNAM, 2012), 25.