

La “Economía Política” como nueva forma de racionalidad jurídica: el repensamiento del “Sistema de Derecho” como “Derecho de la empresa”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Profesor Titular de Facultad.

Departamento de Derecho Público y Privado especial.

UNIVERSIDAD DE JAÉN.

"Si quiero encontrar el derecho debo buscarlo en los conceptos de aquél que lo crea... Una definición legal no es, por lo tanto, una definición legal en el sentido usual de la palabra..., sino una definición económica".

Lorenz von Stein. *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*. 1876.

RESUMEN.

La introducción de la economía en los dominios político y jurídico ha determinado la hegemonía de una nueva racionalidad del Derecho: la gobernabilidad. El principio de gobernabilidad, que tiene como forma principal de saber la economía política, nos ha permitido observar la aparición de una nueva forma de elaborar y pensar el Derecho: El "Derecho natural económico". Los dos aspectos fundamentales de éste son la búsqueda del equilibrio entre intereses relativos a diferentes categorías económicas y la "policy" económica y social. Al sistema estrictamente individualista se superpone otro de tipo "solidarista" fundado cada vez menos sobre el concepto de individuo y cada vez más sobre el de "población". El principio de gobernabilidad, pues, pone de relieve que la tradicional hipótesis sobre la "crisis" del Derecho no es más que la expresión del nacimiento de un nuevo sistema jurídico. La señal más importante de esta nueva forma de la experiencia jurídica se encuentra en la actual racionalidad del Derecho de la empresa.

SUMMARY

(POLITICAL ECONOMY AND JURIDICAL SYSTEM: A NEW RATIONALITY OF THE LAW)

The introduction of the Economy in the public and political fields has determined the hegemony of a new rationality of Law: The "Governability". This principle, that has the Political Economy as the main form of knowledge, has allowed us to regard the appearance of a new way of elaboration and thinking about Law: "The Natural Economic Law". It's two fundamental aspects, on the one hand, the seek of the balance between interests related to economic categories and, on the other hand, the social and economic "policy". The solidary system, that is based less and less on the concept of the individual, and more and more on the concept of "population", superposes itself the only individualist system. Therefore, the principle of "governability" underlines that the tradicional hypothesis of "Crisis" of Law is only the expression of the origin of a "New" Juridical System. The most important evidence of this new kind of legal experience can be founded in the current rationality of the Law related to enterprise (*Corporate Governance*).

1. LA RESPUESTA A LOS DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA FLEXIBILIDAD ECONÓMICA: LAS NUEVAS REGLAS DEL DESARROLLO INDUSTRIAL.

Desde una antiquísima tradición cultural viene formando parte de los *tópicos formales* y "lugares comunes" genéricos más difundidos entre los cultores de las disciplinas jurídicas considerar que, el complejo proceso de creación y desarrollo del Derecho, responde primariamente a las más variadas exigencias y expectativas personales y sociales de "JUSTICIA", configurándose las normas como simples instrumentos al servicio de la permanente adecuación de los comportamientos, prácticas y decisiones individuales y colectivos a un conjunto sistemático de principios ético-jurídicos, ya cuenten éstos con una formulación legal ya sean de origen supralegal o *extra legem*, aunque siempre definidos objetivamente *intra ius*, es decir, dentro del sistema jurídico global y de los valores que le sirven de base en un momento histórico determinado.

Ahora bien, en la actual fase del "desarrollo" o de la "evolución" social, y como consecuencia tanto de los procesos económicos desfavorables y recesivos como de las lógicas de reestructuración innovativa, el imperativo dominante o principio de orden no es ya la "justicia" sino la "FLEXIBILIDAD", como respuesta privilegiada en el momento económico contemporáneo para asegurar a la *organización* empresarial y al *sistema* productivo una adecuada

capacidad de respuesta a los continuos desafíos del cambio y de la innovación que son propios de una "economía de la complejidad y de la "edad de la incertidumbre" (GALBRAITH, 1977). Así, el sistema global de la empresa, que está viviendo hoy una estación de incisivas reformas organizativas, aflora en el panorama económico-social como un valor en alza, llamando también al Derecho a hacer cuentas con un sistema que tiene suficientes títulos como para definirse "flexible".

Ciertamente, el concepto de flexibilidad no ha adquirido todavía plena carta de naturaleza en el bagaje cultural típico del jurista. Sin embargo, procedente de las disciplinas económicas y sociológicas, la flexibilidad, aparece como la razón subyacente a variadísimas y crecientes intervenciones legislativas, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público, que conoce crecientes fugas de las formas administrativas y procesos de flexibilización o adaptación de su normativa a las modernas técnicas de gestión y organización de la actividad económica, determinando una serie de exigencias que el mercado trata de satisfacer siguiendo una amplia gama de vías que, de una u otra forma, terminan proyectado relevantes incidencias sea sobre la técnica normativa sea sobre los métodos y criterios de interpretación y aplicación de las disposiciones legislativas que regulan los procesos sociales y económicos.

De este modo, el proceso de transición hacia una "economía de la especialización flexible", según uno de los más nítidos objetivos de las más recientes políticas industriales², parece proceder por vías paralelas respecto a la *asunción del valor de la flexibilidad, normativa y organizativa, como problema estratégico* o de fondo no sólo del Derecho del Trabajo, subsector donde ciertamente adquiere unos perfiles más nítidos y visibles, como acredita paradigmáticamente las nuevas leyes de reforma del "mercado laboral", sino *del entero "Sistema de Derecho"*, en cuanto orientado prevalentemente a definir una creciente pluralidad de complejos estatutos normativos a través de los cuales articular *racionalmente* el sistema global de la empresa. Un sistema que, de conformidad con la actual redefinición de las *work-rules* y lógicas de reestructuración e innovación, están configurando, en un marco general de reducción del clásico garantismo jurídico legalista, un *nuevo principio normativo de justicia distributivo más racional desde el punto de vista económico*, puesto que incorpora como uno de sus componentes básicos la "eficacia" en la solución de los problemas concretos, pero *sin olvidar la componente protectora de*

¹ Porque "privilegia la flexibilidad de las estructuras respecto al objetivo de su máxima racionalización". Cfrs. E.RULLANI. "Flessibilità del lavoro e flessibilità di impresa: le nuove regole dello sviluppo industriale". En REGINI. (a cargo de). *La sfida della flessibilità*. F. Angeli. Milano. 1988. pág. 94.

² Cfrs. PIORE, M.J.- SABEL, C.F. *The Second Industrial Divide, Possibilities for Prosperity*. Basic Books. New York. 1984; STREECK, W. "Status and Contract: Basic Categories of a Sociological Theory of Industrial Relations". En SUGARMAN, D.-TEUBNER, G. (eds.). *Regulating Corporate Groups in Europe*. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. 1990. págs. 105 y sgs.

una pluralidad de intereses colectivos emergentes en el sistema económico contemporáneo³.

En consecuencia, este creciente uso de las reglas jurídicas como instrumento racional de redistribución de recursos pone de relieve cómo, en la actual etapa de desarrollo del sistema económico, el clásico conflicto entre "Mercado" e intervención dirigista del Estado en economía, que ha venido constituyendo el eje cardinal sobre el que se ha articulado el entero sistema de relaciones sociales, económicas y políticas en el presente siglo, parece resolverse a favor del primero, pero sin que ello implique ni una reducción de la reglamentación jurídica, que antes al contrario viene aumentando de forma vertiginosa, ni el paso a intervenciones acríticamente conformes con una lógica meramente individualista y subjetiva del mercado. Por tanto, y pese a no constituir en modo alguno una absoluta novedad en la cultura jurídica⁴, la intensificación y aceleración del proceso de recepción de la economía en los campos político y jurídico está determinando la tendencial hegemonía, particularmente visible en las tres últimas décadas, de *una nueva racionalidad jurídica sistemática: el principio de gobernabilidad*⁵.

Y aunque no aparece todavía un panorama lo suficientemente claro e inequívoco, ni desde el punto de vista legislativo ni desde el punto de vista doctrinal, respecto de esta exigencia de redefinición sistemática, sí es posible encontrar una evidencia elocuente de este fenómeno de cambio en la figura identificada por la cultura moderna como uno de los ejes temáticos fundamentales del global sistema de desarrollo industrial: la *empresa*. La empresa aparece hoy como la clave de arco para comprender la estructura de este nuevo sistema jurídico, la clave de arco económica, como organismo que cataliza el complejo de factores destinados a la producción y al intercambio, y la clave de arco jurídica, como configuración técnicamente esencial para individualizar el complejo de intereses y exigencias implicados en la actual complejidad evolutiva del "ambiente" social, es decir, como "estructura de gobierno" y no simple función de producción.

Precisamente, a revelar, necesariamente de modo sucinto, las más importantes implicaciones e innovaciones determinadas por la introducción de la economía en la forma de la experiencia jurídica actual, no sólo como objeto a ordenar por la normativa sino como forma fundamental de saber sobre la que también se apoya la producción, y por tanto, la reconstrucción científica, del Derecho contemporáneo, así como, y consecuentemente, a poner de relieve la

³ Para este debate sobre la racionalidad económica de las normas jurídicas orientadas a redistribuir (desviar) riqueza a un grupo de operadores "menos *aventajado*", aunque desde la perspectiva, distinta de la aquí seguida, del análisis económico del Derecho, vid. C. PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional", *Anuario Derecho civil*, 1981, págs. 698 y sgs.

⁴ Cfrs. PAZ-ARES, C. "La economía política... op. cit. pág. 699.

⁵ Cfrs. FOUCAULT, M. "La gouvernementalité", *Revue Actes*, 1986, n.54, págs. 6 y sgs. También sobre la gobernabilidad, en la Ciencia política, LECA, J. "Sur la gouvernabilité", en LECA-PAPINI (eds.), *Les démocraties. Sont-elles gouvernables?*, Economica, París, 1985. También vid. PASQUINO, G. (1988), "Gobernabilidad". En BOBBIO, N. et alii, *Diccionario de Política*. Suplemento. Siglo XXI. Madrid.

trascendencia que hoy adquiere un nuevo Derecho de empresa, se dedican las páginas siguientes. Queremos, así, contribuir a abrir un diálogo más amplio, frecuente y profundo, entre las disciplinas económicas y jurídicas tratando de eludir la acusación de "macrocosmos" cerrado o impenetrable y de "provincialismo" científico en que se mueve la labor de los juristas –aunque en buena medida también de los economistas respecto de lo jurídico–, como único camino para obtener resultados óptimos respecto de una finalidad común, la mejor distribución social de los recursos, desterrando definitivamente la tradicional incomunicación y recíproca indiferencia entre ambos saberes, sin perjuicio de los ineludibles márgenes de autonomía⁶.

Una interdependencia que, sin duda, se refleja en la técnica normativa contemporánea: las normas recurren de modo creciente a nociones económicas –crecimiento, competitividad, empleo.– mientras que "las nociones jurídicas pierden buena parte del lastre de la dogmática conceptual" (ROJO, 1980, p. 278).

2. LA "ECONOMÍA POLÍTICA" COMO FORMA PRINCIPAL DE SABER DE LA SOCIEDAD MODERNA: LA PLENA AFIRMACIÓN DEL "PRINCIPIO DE GOBERNABILIDAD" EN LA ESTRUCTURA GENERAL DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO.

2.1. LA TRANSICIÓN DE LA "SOBERANÍA", COMO EJERCICIO DEL PODER JURÍDICO EN LA FORMA DE LA "ÉTICA", A LA "GOBERNABILIDAD", COMO EJERCICIO DEL PODER EN LA FORMA DE LA ECONOMÍA.

Que los diferentes "operadores" jurídicos recurren ampliamente a criterios y categorías de tipo económico, sea para la producción del Derecho sea para la sistematización de la materia jurídica, representa una constatación ahora ya suficientemente difundida como para exigir particulares justificaciones. Así, el generalizado lugar común relativo a la oposición "Derecho clásico"/"Derecho económico" ocupa una posición central en el debate jurídico moderno y nos conduce incluso hasta los fundamentos mismos de la formación del Derecho contemporáneo y del método actual de su Ciencia. En nombre de una adaptación del "Derecho" a los "Hechos", la realidad económica aparece creciente como el principio de coherencia de un "Derecho nuevo", reconstruido "científicamente" sobre la base pretendidamente indiscutible de la práctica económica (FARJAT, 1982).

Ahora bien, esta oposición entre Derecho clásico y Derecho económico no encuentra acomodo pleno en la evolución más reciente del Derecho positivo. El Derecho "formal" existe siempre y es continuamente aplicado e incluso vie-

⁶ Cfrs. PAZ-ARES, C., op. cit. pág. 602.

ne constantemente reafirmado por el legislador y por los jueces. Un análisis más atento de la evolución jurídica positiva revela, así, que esta creciente proliferación de nociones económicas no implica tanto (o no sólo) la aparición de conceptos generales válidos para definir "un nuevo Derecho común" sino más bien la emersión de nuevas técnicas instrumentales y de una nueva metodología de aplicación de "reglas especiales"⁷. Desde esta perspectiva, en nuestra opinión, resulta indiscutible la utilidad del "Derecho económico" propio de la forma del "Estado social" contemporáneo, en la medida en que cumple una doble función científico-cognoscitiva y crítica, confirmandose como un *valioso instrumento de resistemización crítica* del Derecho vigente (ROJO, 1980, pág. 283).

En efecto, por un lado, la creciente llamada de atención de los "análisis sustancialistas" sobre la fractura entre las formas jurídicas y las realidades económicas subyacentes, por un lado, por otro, el creciente pragmatismo consiguiendo tanto de las reglas jurídicas actuales como de las construcciones de sus intérpretes oficiales y estudiosos, y, finalmente, el progresivo reconocimiento, aunque sólo sea con una "valor didáctica" y una "dimensión reformista" de los conceptos ampliados de "Derecho económico" y, particularmente en la experiencia francesa, de "Derecho de los negocios" ("*Droit des affaires*"), la pujanza del "análisis económico del Derecho" ("*economic analysis of law*"), ciertamente no exenta de radicales y fundadas críticas, según la experiencia anglosajona, o del "método de la economía" y/o "economía del Derecho" ("*economia del diritto*")⁸, según la experiencia italiana, como nuevas corrientes de la cultura jurídica que pretenden ensayar una resistemización de la materia jurídica, no vendrían sino a configurarse como algunos de los signos más evidentes de la progresiva configuración de un nuevo marco para el pensamiento jurídico.

En realidad, el reclamado conflicto entre Derecho clásico y Derecho económico debe entenderse como una primera y significativa intuición sobre un proceso más general y más profundo, como es el constituido por la *transición entre dos maneras diversas de pensar y elaborar el Derecho*, concretada a través de la consolidación progresiva de una práctica del Derecho positivo que hace posible la síntesis del Derecho (clásico) y la Economía (Derecho económico). Más allá de aquella pretendida oposición, pues, aparece una coexistencia de ambos que sólo puede ser comprendida a partir de la adecuada toma de

⁷ Cfrs. para esta continuidad ROJO, A. "El Derecho económico.. op. cit. pág. 283; respecto del nuevo Derecho de los grupos vid. CH. HANNOUN. *Le Droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J. Paris. 1991. pág. 16.

⁸ Cfrs. respecto del primero la exposición crítica de ROJO, A. op. cit. pág. 266 nota 64; respecto del segundo PAZ-ARES, C. op. cit. passim; respecto del "método de la economía" vid. SANTORO-PASSARELLI. "L'impresa nel sistema del Diritto civile". *Riv. dir. comm.* 1942-I. pág. 378; y sobre la "economía del diritto" vid. SANTINI, G. *Il commercio. Saggio di economia del diritto*. Il Mulino. Bologna. 1979. Diferencia claramente esta orientación del "análisis económico del Derecho" el prof. PAZ-ARES, mientras que parece incluirlos en una misma línea de pensamiento ROJO, A. op. cit. pág. 269, nota 37.

conciencia de la victoria, aunque parcial y relativa, de un nuevo tipo de racionalidad: el gobierno de la economía. De este modo, el "modelo liberal" más que oponerse al "modelo social" permite captar la transición de un tipo de racionalidad basado en el "principio de soberanía" a aquél otro propio del "principio de gobernabilidad", expresivo de una asociación entre el Estado y la Economía (FOUCAULT, 1986, TOMASSINI, 1993)

Esta incisiva penetración de la economía en el seno de las formas tradicionales de ejercicio del poder aparece, pues, como un rasgo esencial del gobierno, de modo que, la gobernabilidad, viene a representar una nueva forma específica de ejercicio del poder que tiene como forma principal de "saber" la economía política (FOUCAULT, 1986.p. 10). La economía —como había ocurrido antes con la religión o con la ética— constituye la fuente de una nueva manera de concebir la relación del hombre con las cosas de la naturaleza y con los demás hombres, determinando un nuevo "nivel de realidad" y un nuevo ámbito para la intervención o para la regulación, es decir, para el gobierno y control de los distintos grupos que integran el "cuerpo" social⁹. De esta manera, se opone a la "soberanía", fundado sobre la obediencia a ultranza del orden establecido por la ley, la gobernabilidad, que consiste en encontrar, en cambio, la "recta" disposición de las cosas, "la manera justa de ordenarlas en vista a su reconducción hacia un fin conveniente para cada una de las cosas que deben ser gobernadas" (FOUCAULT, 1986, p. 6).

De ello resultan dos maneras diversas de pensar y realizar el "bien común": mientras que el objetivo de la soberanía reside en el ejercicio del poder en la forma de la ética —ya sea de tipo religioso ya sea de origen laico—, el objetivo del gobierno reside en cambio en el ejercicio del poder en la forma de la economía¹⁰. Así, la oposición soberanía/gobernabilidad, muéstrala intensa vocación práctica del Derecho contemporáneo. Revela el paso desde un modelo de sistema jurídico concebido como conjunto de reglas abstractas y generales cuyo orden viene dado por referencia a un concepto fundamental (*pensamiento esencialista inspirado por el juicio jurídico de tipo ético*), a un modelo concebido como conjunto de técnicas orientadas a proporcionar soluciones diferenciadas para los concretos problemas económicos y sociales, adecuándose a la creciente complejidad que éstos presentan en cada momento histórico (*pensamiento existencialista inspirado por el juicio jurídico de tipo económico*), viniendo a coincidir en esta idea tanto la Escuela del Derecho económico como la más moderna Escuela del Derecho natural inspiradora del pensamiento liberal,

⁹ La problemática del gobierno permite, así, prolongar el estudio de los temas de las nuevas formas de poder y de saber en las sociedades modernas de tipo disciplinario, según la conocida óptica de FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa. Barcelona. 1980, y sobre estos temas PASQUINO, P. La problematique du "gouvernement" e de la "véridiction". *Revue Actes*, n.54. 1986. págs. 16 y sggs.

¹⁰ Cfrs. para este proceso de desacralización de la técnica jurídica AMSELEK, P. "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales". R.D.P. 1982. pag. 375.

que asigna al jurista una función prevalentemente práctica y no tanto (o no sólo) especulativas¹¹.

Desde esta perspectiva, el modelo liberal, dada la particular importancia que en él reviste la finalidad económica, participa al mismo tiempo de la soberanía –sustitución de la soberanía del "príncipe" por la del individuo– y de la gobernabilidad –definición de la mejor forma de ordenar las cosas en el equilibrio espontáneo que debería realizar el *laissez faire*–. Lo que muestra que, en realidad, en el modelo liberal, la soberanía individual no es más que un instrumento al servicio del gobierno de la economía, por lo que la transición hacia el "modelo social" aparece sólo como consecuencia de la crisis de este método de gobierno. Frente al fracaso del equilibrio fundado en el paradigma de la "mano invisible" del mercado, el Estado social, a través de su intervención, deberá recrear este equilibrio necesario para asegurar las condiciones del progreso económico y social, como instrumento para la constitución y mantenimiento de un nuevo "orden económico".

2.2. LA ACTUAL TENDENCIA A DEFINIR EL DERECHO TAMBIÉN COMO "CIENCIA DE ORGANIZACIÓN".

Un atento examen de la evolución del sistema de derecho contemporáneo permite confirmar plenamente esta síntesis, desafiando las propias predicciones doctrinales, entre las reglas clásicas resultantes del tipo de intervención propio del siglo XIX, que privilegia las formas, y las nuevas reglas determinadas por el tipo de intervención económica del siglo XX, que privilegia la observación de los hechos, implicando una creciente proliferación de la reglamentación minuciosa, incluso en una etapa como la actual de atenuación del intervencionismo estatal¹². De este modo, con la idea de gobernabilidad, el arte del derecho, en el actual momento evolutivo, no reside ya en obtener la obediencia de los sujetos destinatarios, objetivo "esencial" de la soberanía, sino la búsqueda de la forma más adecuada de gestionar los problemas colectivos –principio de eficacia práctica–, de ahí la tendencia actual a definir el Derecho como una "ciencia de organización" (PAILLUSSEAU, 1989).

En esta dirección, se entiende bien que, los objetivos específicos de las

¹¹ Cfrs. sobre esta vocación práctica del sistema jurídico en la concepción de uno de los fundadores de la Escuela francesa del Derecho natural moderno, VILEY, M. La formation de la pensée juridique moderne, Ed. Montecrestine. 1975. págs. 619 y sgs. También, para una visión del descubrimiento del Derecho económico capitalista como un retorno a las fuentes, al marco del pensamiento formado por los prácticos en el siglo XVIII, vid. HILAIRE, J. Introduction... op. cit. págs. 132 y sgs.

¹² Según uno de los signos más evidentes de la expansión del Derecho contemporáneo, aunque encuentra significativos precedentes en el Derecho precedente. Para el actual redescubrimiento por parte de los economistas de un intervencionismo liberal en la base de diversas medidas, flexibles y selectivas vid. BELLON, M. L'interventionnisme liberal, Economica. 1986. Para la identificación de un "orden público económico liberal" cfrs. A. ROJO, op. cit. pág. 257. Recientemente para un lamento de esta enorme proliferación normativa vid. MINERVINI, G. "Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi". Giur. Comm. 1992–I. págs. 16 y sgs.

leyes, deben extraerse prioritariamente a partir de una observación particularmente atenta y actualizada de las concretas realidades que deben ser ordenadas, organizadas y controladas, es decir, gobernadas: favorecimiento e impulso del dinamismo evolutivo de las empresas; mejora de la transparencia de los diferentes mercados; óptima valorización de los recursos productivos, a través de políticas de protección del ahorro, del empleo, del consumo, del ambiente... etc. En consecuencia, en la edad de las políticas económicas y sociales, el sistema jurídico, no se orienta tanto (o no sólo) a traducir un conjunto de mandatos imperativos y de sanciones, que ya no tienen un valor intrínseco ni son fines en sí mismas consideradas, sino más bien a proporcionar una vasta gama de técnicas o instrumentos para la realización efectiva de una pluralidad creciente de objetivos y de estrategias definidas por los sujetos, públicos y privados, juzgados competentes para gobernar (LASCOUTES, 1989).

Abstracción hecha del uso técnico del término en el Derecho público, el término "gobierno", reenvía primariamente a las ideas de "orden", "organización" y "control" respecto de una pluralidad de fines y objetivos de política económica y social (*policy*), pudiendo sintetizarse sus contenidos en las nociones de "actividad" y "organización". Así, en cuanto que "actividad", el gobierno, se define por su ejercicio y por sus objetivos, más que por sus cualidades intrínsecas, englobando tanto la finalidad de "dirección" en sentido estricto como la de "protección"; mientras que, la organización, suministra el contenido concreto de la actividad de gobierno, evocando tanto el carácter racional de la actividad, como el consenso al que tiende y el control que supone, así como la finalidad esencial que persigue, que no es otra sino la de "asegurar el desarrollo económico y social" (HANNOUN, 1991, p. 11).

Tal es, precisamente, el sentido que domina la utilización de esta palabra por los autores prácticos de los siglos XVII y XVIII a propósito del "comercio"¹³, y tal va a ser el sentido que hoy resulta dominante en la propia configuración del concepto central del Derecho económico y del entero sistema jurídico, la empresa, cuya noción se coloca prevalentemente en el surco abierto por los conceptos de "actividad" y "organización", presentando ambos una creciente autonomía conceptual, normativa y funcional¹⁴. No por casualidad ocupa un lugar auténticamente central, en el gobierno de la economía, el *problema del gobierno de la empresa*, reenviando la reflexión general sobre las mutaciones del Derecho y de la Ciencia jurídica contemporáneos fundamentalmente a la necesidad de *recomponer unitariamente el sistema de acción colectiva de la empresa*.

¹³ Entendido como actividad profesional sujeta a unas determinadas reglas y a una organización particular. Cf. HILAIRE, J. op. cit. pág. 129.

¹⁴ Acerca de la necesaria presencia en la figura de la empresa del binomio actividad/organización vid. OPPO, G. "Realtà giuridica globale dell'impresa". *Rivista diritto civile*, 1976. Vol. I. pág. 596.

3. UN NUEVO PROCESO DE VALORIZACIÓN DEL DERECHO: LA ECONOMÍA POLÍTICA COMO BASE FUNDAMENTAL DEL NUEVO SISTEMA JURÍDICO.

3.1. LA "ECONOMÍA POLÍTICA" COMO FORMA PRINCIPAL DE SABER SOBRE EL QUE SE ARTICULA EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.

El "arte del gobierno" constituye la forma actual de la experiencia jurídica. Y si es cierto que en el análisis del problema de la gobernabilidad de cualquier tipo de sistema no debe ser afrontado únicamente desde una vertiente estrictamente economicista, en cuanto toda "acción de gobierno" está mediatizada necesariamente por otras variables, no menos cierto resulta que uno de los aspectos absolutamente centrales es la estrechísima asociación o interacción entre los mundos de la política y de la economía¹⁵. En consecuencia, la *economía política emerge como la forma principal del saber sobre el cual viene tomando apoyo y se articula el proceso de producción y reproducción de las reglas jurídicas que integran el Derecho contemporáneo, encontrando crecientemente en ella uno de sus más fundamentales principios de coherencia y racionalidad*.

Ahora bien, hecha esta afirmación, debe aclararse inmediatamente, para evitar malentendidos científicos y precipitadas críticas ideológicas, que, el señalamiento de esta evidencia, en modo alguno puede significar la verificación de una definitiva introducción del "análisis económico del Derecho" en el método y en el sistema jurídicos, puesto que lejos de afirmarse resulta radicalmente contestada la especificidad más característica de esta corriente de pensamiento: habilitación de la teoría microeconómica neoclásica como Teoría del Derecho, conectando con la más pura tradición liberal individualista, "de cuya herencia se considera el albacea contemporáneo" (PAZ-ARES, 1981, p. 606). Ciertamente, un cierto punto de encuentro puede identificarse en la mutación registrada en el "factor de legitimación", puesto que en ambas direcciones se indica la pérdida de protagonismo del tradicional juicio de reprobación moral, creciendo el relieve de un tipo de juicio distinto: el juicio de normalización social o de adecuación de la regla al problema económico y social concreto (HANNOUN, 1991, p. 46).

En efecto, como se ha señalado, la economía política, vendría a constituirse como el conjunto de criterios definitorios del "sentido común" y de las relaciones de intersubjetividad, llegando incluso a convertirse progresivamente, aunque no de manera unívoca y mucho menos exclusiva, en una de las fuen-

¹⁵ De ahí el entendimiento de la política, "en cuanto aportación procesal resolutoria de aspectos técnicos", como una respuesta a las constricciones estructurales implícitas en la organización socioeconómica. Cfrs. M. ALCANTARA. *Gobernabilidad, crisis y cambio*. C.E.C. Madrid. 1994. pág. 11.

tes más productivas de extracción o emersión de los principios fundamentales del sistema jurídico contemporáneo. En esta línea, y el actual proceso de construcción y renovación, incluso desde el punto de vista institucional, del Derecho de la Unión Europea sería un ejemplo paradigmático, son los conceptos y categorías fundamentales de análisis e interpretación de las disciplinas económico-organizativas, los elementos estructurales del intercambio en los mercados, así como las ideas inspiradas en el marco de pensamiento suministrado por la economía política las que impulsan los actuales movimientos legislativos renovadores del Derecho contemporáneo¹⁶. Por lo que, la economía política, constituiría también la forma de saber principal –y por tanto la forma de poder dominante– sobre el que se articula el Derecho contemporáneo.

3.2. EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN DEL DERECHO EN BASE A LA ESPECIFICIDAD DEL TIPO DE PROBLEMA ECONÓMICO

Entre las múltiples dificultades subsistentes para recortar la tradicional distancia que separa el "sistema económico" del "sistema jurídico", verdadera "asignatura pendiente" de para el adecuado "progreso" de la Ciencia jurídica, una de tipo netamente jurídico viene experimentado en los tiempos más recientes una decisiva quiebra: la incidencia de la economía política en los procesos legislativos está determinando una derrota final de la capacidad de resistencia de los juristas tradicionales respecto de cualquier cambio de los clásicos criterios de sistematización de las "ramas" del Derecho (ROJO, 1981, p. 260). A este respecto, es ampliamente sabido, incluso para los no estrictamente especialistas en la materia jurídica, que el Derecho aparece dividido en ramas autónomas en razón de especificidad característica de cada "relación social": Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del trabajo... Sin embargo, tanto en el sistema de Derecho positivo como en las más actuales construcciones doctrinales, tanto nacionales como extranjeras, ocupan un lugar privilegiado conceptos, que empiezan a configurarse en medida creciente como auténticas "categorías sistemáticas", tales como "Derecho del Mercado de Valores", "Derecho de los Mercados financieros", "Derecho del consumo", "Derecho del medio ambiente", "Derecho del empleo", "Derecho de la Competencia"...que incorporan en su estatuto normativo una pluralidad de reglas y técnicas que, de una u otra forma, inciden sobre su objeto, independientemente del origen de las mismas, normalmente procedente de diversas ramas jurídicas, ya sean de "estricto" Derecho privado ya sean de Derecho público¹⁷.

En esta línea, pues, debe enmarcarse el "descubrimiento", relativamente moderno, de un "*Derecho económico*" que, entendido como "Derecho de la

¹⁶ Competitividad, transparencia de mercados, crecimiento o desarrollo económico, pleno empleo, estabilidad de precios y autonomía de la oferta de recursos, eficacia, arbitraje, transacción, solidaridad, equilibrio, interdependencia o interacción..... son las palabras de orden del actual sistema jurídico. Paradigmática al respecto la E.M. de la ley 11/94 de Reforma del "Mercado de Trabajo".

ordenación económica", comprende una creciente serie de heterogéneos regímenes jurídicos o "Derechos" ordenadores de la más amplia gama de mercados comprendidos en un concreto espacio territorial y funcional, así como de un "*Derecho de empresa*", entendido como sistema global regulador de los más diferentes perfiles de la organización y funcionamiento de un amplio número de sujetos, individuales y colectivos, que operan en tales mercados y el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como de los bienes y servicios en relación con estas actividades económicas, e incluso un "*Derecho de los negocios*", entendido más que en sentido material en un sentido sistemático, como categoría expresiva de una concepción del Derecho, sin distinción de sus diferentes ramas, como técnica de gestión de la empresa al mismo nivel que la contabilidad, la gestión financiera, el marketing, etc., permitiéndole de éste modo la integración y la adaptación a estas últimas, acreditando en todos estos casos una profunda dependencia de la evolución del pensamiento jurídico de los conceptos elaborados en el marco del pensamiento económico¹⁸.

En realidad, y al margen de las enormes dificultades e incertidumbres en orden a identificar un contenido preciso, lo auténticamente cierto es que todos estos conceptos vienen a traducir una misma idea: *el sistema jurídico encuentra cada vez menos su principio de coherencia en la especificidad de las relaciones sociales que regula y cada vez más en los objetivos y finalidades concretos perseguidos a través de específicas políticas económicas*. En consecuencia, la economía política, como forma principal de saber sobre el que se organiza el Derecho contemporáneo, determina una significativa mutación del cuadro de principios clasificatorios y distintivos de las ramas e instituciones jurídicas: reorganización del entero sistema jurídico en base a la especificidad funcional del tipo de problema a resolver¹⁹.

Desde esta perspectiva, el principio de gobernabilidad suministra una perspectiva adecuada para resolver las dificultades de limitación de las fronteras del "Derecho económico" y, consecuentemente, como luego veremos, del "Derecho de la empresa": no se trata de identificar una nueva relación social, la relación "típicamente" empresarial, sino de recomponer coordinadamente una serie creciente de estatutos normativos específicos de cada uno de los elementos y sujetos intervinientes en el ciclo o proceso económico en general, y de la empresa en particular: producción, consumo, ahorro y la inversión, com-

¹⁸ Cf. CALAIS-AULOY, J. *Droit de la consommation*. Dalloz, París, 2^a edic. 1986, n. 15. Para el Derecho del empleo vid. HANNOUN, Ch. *Le Droit...* op. cit. págs. 46 y sgs.

¹⁹ Vid. respecto del concepto de competencia ROJO, A. op. cit. pág. 47.

²⁰ Esta observación nos suministra una importante revisión de la concepción hoy dominante sobre el "Derecho económico": no sería ni un instrumento al servicio exclusivo de la economía, ni una nueva rama del Derecho, sino una racionalidad nueva que atraviesa horizontalmente el sistema jurídico global, y a partir de la cual se realiza su redistribución. Vid. para las diferentes acepciones ROJO, A. op. cit. pág. 260 y sgs, y SAVATIER, R. "L'enseignement du droit économique dans les Pays non socialistes". En *Il diritto dell'economia*, n. 13. 1967, partic. pág. 5.

petencia, empleo, medio ambiente... Lo que sin duda alguna viene a renovar profundamente buena parte de los conceptos más clásicos del Derecho privado (COURET, 1984).

3.3. LA INTERIORIZACIÓN DEL CONCEPTO DE "EFICACIA" ENTRE LAS COMPONENTES DEL FACTOR DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO MODERNO.

De este modo, se pone ya de relieve el segundo efecto que produce la dominante influencia de la economía política sobre la configuración del Derecho contemporáneo, además de un principio de (re)organización del sistema jurídico por tipo de problema, implica *una significativa renovación del proceso de "valorización" del Derecho, de modo que el sistema jurídico tiende a ser aprehendido y gobernado como el sistema o mercado monetario.*

Ciertamente, uno de los aspectos más sobresalientes de los más recientes estudios sobre los rasgos de la nueva técnica normativa caracterizadora de los equilibrios de las democracias contemporáneas, se registra en la dimensión cuantitativa del proceso legislativo contemporáneo, dado el extraordinario impacto que una creciente producción de reglas jurídicas, incluso en un momento de consistente restricción de la "intervención" del estado en materia económica y social, sobre la coherencia, integridad y complitud de los ordenamientos jurídicos. Así, uno de los fenómenos más nítida y visiblemente registrables es el de la "inflación legislativa", de modo que, el extremado número de normas jurídicas tiende a configurarse de forma generalizada, como el exceso de moneda en los mercados financieros, como un factor de "desvalorización" de la regla misma²⁰. Pero el fenómeno inverso de "desregulación" (deregulation), también plenamente actual en múltiples sectores de la actividad disciplinar de los poderes públicos, se asemeja a una intervención devaluadora en interés del gobierno de la economía (principio de gobernabilidad)²¹.

Ahora bien, esta imagen de la "masa legislativa", que aparecería ordenada como la "masa monetaria", no se agota en un simple valor simbólico o en una simple metáfora, más o menos representativa, sino que, en realidad, permite traducir o transparentar un aspecto esencial del proceso de valoración del Derecho contemporáneo: *su legitimidad no se deduce ahora ya sólo de su conformidad a unos determinados standards de conducta predeterminados —juicio ético o moral de la norma— sino más bien de su capacidad para orientara*

²⁰ Cfrs. MORAND, I problemi dell'inflazione normativa: il punto di vista di un osservatore svizzero". En Foro italiano. 1987. V.c.497 y sgs; HUBER. "Gesetzesinflation?". SJZ. 1977. págs.1 y sgs; SAVATIER. "L'inflation législative et l'indigestion du corps social". En Recueil Dalloz Sirey. V. págs. 43 y sgs.

²¹ Para la discusión entre regulación y desregulación como opciones para facilitar la gobernabilidad de los sistemas económicos y sociales vid. HANCHER-MORAN. "Introduction: Regulation and Deregulation". En *European Journal of Political Research*. n. 17. 1989. págs. 129 y sgs.

propugnar soluciones jurídicas satisfactorias para cada problema económico y lo social específico –juicio de eficacia de la norma–, *así como de la capacidad de ponerlas realmente en práctica con el resultado armonizador, equilibrador o de ponderación de objetivos y fines pretendidos* –juicio de efectividad de la norma–.

En efecto, "legitimidad" y "eficacia", son dos condiciones indispensables para realizar adecuadamente las funciones de estabilidad e integración, así como de mantenimiento del orden y consenso, del "cuerpo social", en cuya capacidad de desarrollo dinámico se basa el principio de gobernabilidad (ARBOS-GINER, 1993, p. 5). De esta manera, la gobernabilidad, adquiere un alto grado de *dinamismo* y queda constatado su carácter básicamente *procedimental*, sacrificando el principio de coherencia formal del sistema jurídico por el de adaptación permanente a la realidad económica. Consecuentemente, si es cierto que las relaciones entre ambos polos de este binomio conceptual están lejos de ser unívocas, transitivas y lineales, tratándose en cualquier caso de conceptos evolutivos, no menos cierto resulta que sólo la permanente y profunda interacción entre la legitimidad y la eficacia, representada por la capacidad de los poderes públicos para canalizar e integrar jurídicamente los intereses de los diferentes sectores de la "población", permite obtener –o recomponer– el equilibrio que exige la gobernabilidad del sistema (TOMASSINI, p. 6). La eficacia de las reglas jurídicas, como una de las componentes fundamentales integrante de su indispensable condición de legitimidad, en definitiva, debe evaluarse en relación a la capacidad de las mismas de resolver los problemas relevantes de una sociedad²².

En consecuencia, el principio de gobernabilidad, cuyas raíces históricas y culturales son profundas, nos permite registrar la presencia de un Derecho natural moderno, el Derecho natural economicista, en torno al cual aglutinar los diversos elementos de base de un nuevo sistema jurídico cuya adecuada percepción, en el estadio actual necesariamente contradictoria, fragmentaria y controvertida, lejos de traducir un declinar o una crisis del Derecho, puede prefigurar "la llegada de una experiencia jurídica de hombres adultos" (AMSELEK, 1982). En efecto, si la "economía política" está sustituyendo a la ética como forma de saber dominante en las sociedades actuales, si el "Derecho natural moderno" aparece como la transición que se opera entre la racionalidad del Estado liberal y aquélla del Estado social, y si, en lógica consecuencia, el "Derecho social" aparece como la forma actual del Derecho, podría

²² Lo que requieren de un proceso continuado de reinterpretación y de renegociación, individual y colectiva, pública y privada, y por vías formales e informales. Para el valor absolutamente determinante de los conceptos de "legitimidad" y de "eficacia" respecto del principio de gobernabilidad en la bibliografía de la Ciencia política, vid. ALCANTARA, M. Gobernabilidad... op. cit. págs. 135 y sgs. Sobre tales conceptos vid. LINZ, J. *La quiebra de las democracias*. Alianza Editorial. Madrid. 1987. págs. 38 y sgs. que diferencia entre "eficacia" y "efectividad". ibidem. p. 48 y sgs. y nota 5 pa. 137 en ALCANTARA. op. ultim. cit.

convenirse en que esta nueva forma de la experiencia jurídica puede identificarse con la conceptualización del "Derecho Social" como una suerte de "Derecho natural económico", es decir, como un Derecho natural moderno, emancipado de aquella racionalidad normativa que conducía a una ética formal, a un individualismo intimista, a un conceptualismo abstracto y a una cultura universalista, por tanto, liberado de su tradicional vocación dogmática en lo científico –frente a la relatividad e instrumentalidad de los conceptos– y de su pretensión exclusivista en lo político –frente a la convivencia histórica de razones plurales.

Se impone, pues, precisar cuáles son los carácter básicos de la gobernabilidad.

4. EL "DERECHO NATURAL ECONÓMICO" COMO FORMA ACTUAL DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA: LOS RASGOS BÁSICOS DE LA GOBERNABILIDAD.

4.1. LA "POLICY" ECONÓMICA Y SOCIAL: DE LA PERCEPCIÓN INDIVIDUAL DEL SUJETO A LA PERCEPCIÓN GLOBAL A TRAVÉS DE SU ACTIVIDAD ECONÓMICA.

A este propósito, resultan particularmente interesantes recientes contribuciones centradas en poner de relieve la mutación de tipo de juicio dominante en la valoración de las relaciones intersubjetivas, sintetizada en la configuración del "Derecho social" como forma actual de la experiencia jurídica, frente al "Derecho civil", y la evolución experimentada por elementos básicos del Derecho contemporáneo, concretados en la emersión a través de los conceptos de "economía política", "población" y formas de control (*policies*). De este modo, los dos perfiles esenciales del nuevo sistema jurídico son, por un lado, *la policy económica y social como principio de realidad de las normas jurídicas actuales, orientadas a organizar un creciente complejo de técnicas de control y gestión de intereses colectivos como instrumentos necesarios para la realización efectiva del modelo actual de gobierno de las poblaciones*, y por otro, *la transacción como nueva manera de realizar el derecho, cuya lógica se centraría en la búsqueda de un equilibrio entre la función productiva y la función distributivo, como condiciones ambas requeridas para el progreso económico y social*²³.

Por lo que respecta al primero, ya hemos tenido oportunidad de señalar cómo, la introducción de la economía en el campo político, ha determinado

²³ Cfrs. FEWALD, *L'Etat Providence*, Grasset, 1986, aplicando las ideas de FOUCAULT al Derecho. Para una síntesis de la posición de aquél autor en el actual Derecho privado, en relación a la posible aplicación al Derecho de los grupos de empresas vid. HANNOUN, Ch. *Le Droit...* op. cit. págs. 32 y sgs.

una tendencias hegemonía de una forma específica de poder, la gobernabilidad, cuyo objeto principal es el concepto de "población", sustituyendo los tradicionales modelos de transmisión del saber principal del orden social, así como de satisfacción y gestión de una pluralidad crecientes de necesidades y demandas individuales y colectivas, por una amplia gama de organismos y organizaciones, públicos y privados utilizados como instrumentos para hacer efectivo el gobierno de las poblaciones²⁴. Objetivo de gobierno, que, precisamente, ha sido el elemento central a partir del cual, la economía política, ha podido constituirse como saber principal de las sociedades contemporáneas, revelando uno de los elementos más trascendentales del gobierno de la economía, es: *la tendencia a crear nuevas categorías de intereses en función de la especificidad de las actividades económicas*.

El protagonismo adquirido por este concepto de "población" puede cogerse en un doble plano. En primer lugar, en cuanto determina una percepción global de los sujetos destinatarios de las normas, que dejan de ser aprehendidos de forma individual y aislada, en sí mismos considerados, para ser percibidos a través de la referencia a finalidades, categorías e intereses económicos: ej. consumidor, trabajador, inversor...²⁵. En segundo lugar, determina que, los individuos, más que como "sujetos de derecho" sean tratados como "objetos" de una política económica y social: protección del empleo, de la competencia, del ahorro y la inversión... Pero esta tutela se asegura no tanto con vistas a realizar el objetivo del respeto a la ley –obediencia a la ley propia del modelo de soberanía– sino más bien y sobretodo con vistas a proteger y promover el correcto ejercicio de las actividades, respondiendo principalmente a políticas económicas tendentes a desarrollar en condiciones de transparencia y eficacia los diferentes mercados en que se articula aquellas actividades económicas: mercados de valores, financieros, de trabajo, libertad de competencia...²⁶.

En esta dirección, el ejercicio del poder en la forma de la economía tiene como instrumento técnico principal para hacer efectivo el arte del gobernar el sistema los "dispositivos de seguridad" (FOUCAULT, 1986) u "órganos de control" colectivo (HANNOUN, 1991), públicos y sociales, que vienen a designar lo que en el lenguaje tradicional relativo a la actividad administrativa y organizativa de los poderes públicos se denominaba "actividad de policía" y "actividad de fomento". En consecuencia, esta "policía" o "policy" (el término inglés expresa mejor la idea de objetivo a alcanzar que supone la acción de gobierno) económica y social tiene por finalidad fundamental la

²⁴ Cfrs. FOUCAULT. Rev. Actes. op. loc. ultim. cit. Para esta visión generalizada de la obsolescencia del modelo familiar tradicional como instrumento de gobierno de las poblaciones, en la Ciencia política vid. ALCANTARA, M. Gobernabilidad... op. cit. pág. 139 nota 5.

²⁵ Cfrs. BERTRAND, E. *L'esprit nouveau des lois civiles*. Economica. 1984. partic. pág. 12; SAYAG-HILAIRE. *Quel droit des affaires pour demain?*. Litec. 1984. p. 32. Para la creciente autonomía jurídica del concepto de "actividad" vid. BOCHICCHIO. "Fattispecie soggettiva e disciplina dell'attività nel diritto d'impresa". *Política del diritto*, n. 4. 1994. págs. 682 y sgs.

²⁶ Cfrs. HANNOUN. op. cit. p. 42 y bibliografía allí citada.

organización y gestión de una pluralidad creciente de intereses colectivos, lo que determina un protagonismo notorio de una diversidad de instancias normadoras, de carácter profesional y especializado, así como de instituciones representativas a través de las cuales se realiza el gobierno de las poblaciones contemporáneas, según un modelo policéntrico de la sociedad que no es sino el reflejo de las exigencias de gobernabilidad del "Estado social" (HANNOUN, 1991).

Desde esta óptica, bajo un telón de fondo caracterizado cada vez más por lógicas exclusiva o prevalentemente patrimoniales y productivistas, el "Derecho Social", como forma actual de la experiencia jurídica, se modela no sólo (*rectius*, no tanto) como mecanismo típico de tutela de un determinado "contratante débil", sino más bien como instrumento de política económica orientado a *integrar* las relaciones entre los distintos recursos productivos y entre los diferentes "agentes" socio-económicos intervinientes en los procesos de realización del valor económico en el contexto económico general. Ahora bien, dada la pluralidad de objetivos perseguidos, a veces altamente contradictorios, y dadas las ineludibles exigencias de integración de todos ellos para la "reproducción" del sistema, la búsqueda de una transacción equilibrada entre los mismos constituye, y no puede dudarse de ello, otro rasgo esencial.

4.2. EL CARÁCTER TRANSACCIONAL: LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE "FUNCIÓN DISTRIBUTIVA" Y "FUNCIÓN PRODUCTIVA" DEL DERECHO.

El Derecho social presenta caracteres particulares que permiten distinguirlo netamente – aunque no se oponga radicalmente – al Derecho privado clásico, básicamente representado por el Derecho civil. De estos caracteres dos destacan : su dinamicidad, por un lado, y el mantenimiento de la relación de interiorización con el conflicto, por otro. Respecto de éste, si en el modelo liberal precedente, el Derecho aparece como un *a priori* regulador del conflicto, por lo que no puede aparecer más que como exterior a los términos del conflicto, en el modelo social, el conflicto es interiorizado por el Derecho, en el sentido de que éste constituye un elemento de la técnica conflictual, por lo que no se diferencia del cuerpo social cuyo orden debería definir (ejercicio de un poder soberano sobre el sistema), al contrario, se integra plenamente en él (ejercicio de una acción de gobierno en el sistema) (EWALD, 1986).

De ahí, la emersión de dos categorías fundamentales: la *transacción* y el *equilibrio*²⁷. Precisamente, la noción de "transacción" permite aprehender de

²⁷ Aunque, lógicamente, se acoge una noción jurídica, no es ocioso recordar que ambas categorías son básicas de la economía política moderna. Así, sobre la teoría de las transacciones vid. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, New York. Free Press. 1975, y *The Economic Institutions of Capitalism*, New York. Macmillan. 1985; respecto del relieve del concepto de equilibrio en la teoría shumpeteriana de la innovación, aunque en sentido crítico, E. RULLANI, "La teoría dell'impresa nei processi di mondializzazione", *Democrazia e diritto*, n.1. 1988, pág. 43.

manera adecuada el intenso pragmatismo del Derecho contemporáneo, pues es intrínseco a este concepto la precariedad del acuerdo sobre el que se sustenta el "consenso", de ahí que sus términos deban constantemente ser revisados y retomados en función del cambio social y de las modificaciones de las relaciones de fuerza. Se explica, así, el carácter interdependiente y de "solidaridad" de las diferentes relaciones, dado el carácter "social" de la actividad económico-productiva, la dimensión conflictual de la sociedad y, consecuentemente, el reforzamiento del papel del legislador y de sus diferentes formas de intervención²⁸. Ahora bien, en la medida en que no toda transacción puede ser aceptada por el orden jurídico, la lógica de esta nueva manera de pensar el Derecho, se hace residir en el criterio del equilibrio, que corresponde a *un nuevo tipo de juicio específico al Derecho social*.

En primer lugar, con la noción de equilibrio se privilegia la idea de relación entre varios términos más bien que las cualidades intrínsecas, de ahí que, el juicio de equilibrio sea mucho más un juicio social que moral. En segundo lugar, se trata de un juicio móvil, reenviando a un principio de relatividad generalizada de todos los valores. En tercer lugar, centra la atención en la idea de distribución, de reparto, modificando el razonamiento clásico asentado casi exclusivamente en términos de apropiación (contrato y propiedad) individual. Finalmente, y consecuentemente, la noción de equilibrio reenvía a la idea de balance y contrapesos, de modo que, *el arte del juicio de equilibrio aparece básicamente como un arte de las compensaciones*. Por tanto, el Derecho, abandona en buena medida su tradicional vocación a determinar lo que está o no permitido, lo que es lícito o ilícito, según un clásico principio de sanción del acto por su valor intrínseco (valor de uso), propio del juicio moral o ético, para orientarse a la regulación de conflictos entre intereses considerados todos ellos legítimos, según un moderno principio de "sanción" jurídica del acto por su valor en relación a los restantes (valor de cambio), propio del juicio económico o de normalidad social, caracterizado por la relatividad y movilidad (EWALD, 1986, p.471).

Así, el problema del Derecho contemporáneo respecto del señalado distanciamiento de la realidad económica, y según queda particularmente expresado en la actual tendencia a configurar un auténtico y genuino Derecho de la empresa, se centra en la restauración del equilibrio normativo e institucional roto por las prácticas económicas. Ahora bien, la búsqueda de este equilibrio resulta particularmente complejo y delicado, en la medida en que buena parte del "éxito" de las nuevas realidades económicas un amplísimo número depende directamente del desequilibrio creado en relación a las formas jurídicas. El problema, pues, no reside tanto en denunciar la ficción e inadaptación de las formas jurídicas, ya sean contractuales (p. ej. los nuevos contratos de adhesión) y propietarias (p. ej. forma democrática de la sociedad anónima, auto-

²⁸ Cfrs. EWALD, F. *L'Etat...* op. cit. págs. 46 y sgs.

mía de las filiales de un grupo), a partir de su práctica real, sino más bien en poner de individualizar el mecanismo a través del cual el orden jurídico recibe, de forma condicionada y en cada caso concreto, el orden económico manteniendo este desequilibrio o "divorcio" como expresión de una función útil para el desarrollo de las fuerzas productivas, es decir, como respuesta eficaz a las necesidades creadas por "imperativos extrajurídicos" (económicos) (RULLANI, 1991).

Desde esta perspectiva, el "divorcio" comúnmente afirmado entre el "hecho" –realidad económica– y el "derecho" –realidad jurídica– no constituiría nada más que el modo en que la práctica utiliza las formas jurídicas, que en sus nuevas funciones aparecen siempre adaptadas a las realidades. El indispensable equilibrio a buscar permanentemente se centra en la ponderación en cada caso del interés vinculado al desequilibrio –respuesta útil a las exigencias impuesta por el mercado y la empresa– y aquél otro vinculado al respeto del equilibrio anterior –protección de las diferentes categorías de intereses subjetivos implicadas–. El "arte del gobierno", como nueva forma de elaborar el Derecho correspondiente a la forma específica de saber y de poder propia de la economía política, deja transparentar, por un lado, la "ambivalencia" (HANNOUN, 1991, p. 162) de la regla jurídica, que forma parte al mismo tiempo del orden económico en cuanto instrumento de recepción de las prácticas económicas y empresariales, y por otro, y consecuentemente, el juicio general que anima la búsqueda de aquel equilibrio entre dos funciones, a primera vista, contradictorias, la "función productiva" y la "función distributiva": el *progreso económico y social*, que coloca entre sus condiciones esenciales de efectividad tanto la "eficacia económica" como la protección de diferentes sectores de intereses externos.

He aquí, precisamente, una convincente explicación de la flexibilidad, del pragmatismo y del carácter corrector del Derecho actual, así como el fenómeno de diversificación del Derecho y la multiplicación de nociones funcionales. Aflora, así, un nuevo sistema jurídico, el derecho natural económico, en el que hay que distinguir: la extensión de la "masa legislativa" que corresponde a la expansión del volumen de actividades económicas y la "inflación legislativa" propiamente dicha, debida al cambio de la correlación de fuerzas que define la tensión dialéctica entre diferentes categorías de intereses, invirtiendo la orientación en favor exclusivamente de uno u otro grupo. Si, ciertamente, este último implica una "crisis" del sistema jurídico, la primera no vendría a significar sino la expresión del signo de su evolución.

5. LA VERIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE GOBERNABILIDAD: LA EMPRESA COMO CLAVE, ECONÓMICA Y JURÍDICA, DE COMPRENSIÓN DEL NUEVO SISTEMA NORMATIVO.

Una conclusión que se verifica plenamente con el estudio de un Derecho particular, objeto hoy en día de una creciente y peculiar expansión: El DERECHO DE LA EMPRESA como manifestación más representativa del concepto de "derecho natural económico". En apoyo de esta idea, no es ocioso recordar que, el dato más relevante del modelo de sistema que la evolución del Derecho contemporáneo ha puesto de manifiesto, se identifica con aquel creciente complejo de fenómenos jurídicos que conciernen a la empresa moderna, particularmente respecto de aquéllos relativos a la tutela de intereses extremadamente variados y no específicamente interconexos como la tutela del consumidor, la tutela de la calidad del producto, la tutela de los niveles productivos y la competitividad, la tutela del ahorro y la inversión, la tutela del ambiente, tutela de la organización unitaria del trabajo..... La empresa, como categoría autónoma, conceptual y normativamente, de la persona del empresario (o empresarios), constituye el centro de referencia privilegiado para cualquier configuración jurídica eficaz de la actividad económica. En consecuencia, cada vez más relevante para el debate económico y político, la teoría de la empresa, emerge hoy como la clave de arco para comprender la estructura y la función de aquel sistema, tanto la clave de arco para la comprensión económica como la clave de arco para la comprensión jurídica.

En efecto, una de las características básicas del principio de gobierno de la complejidad del sistema es, como se dijo, el sacrificio de la coherencia formal del sistema jurídico por la necesidad de adaptar permanentemente la norma a las realidades económicas, determinando una estricta interdependencia entre perfiles jurídicos y exigencias económicas, que vendrían a expresar un fondo común subyacente a ambas experiencias culturales. Pues bien, esta conexión expresa una de las líneas de fondo de la empresa (y de su teoría jurídica): su configuración como punto de intersección o encrucijada entre experiencia jurídica y experiencias culturales ajenas, es decir, punto de convergencia entre Derecho, Economía y Cultura. De ahí, el interés renovado de la cultura de la sociedad industrial contemporánea por este concepto, en cuanto expresivo no ya sólo de una clásica función de producción sino también de una "estructura de gobierno", que progresivamente aflora como estructura económica compleja y como "constelación de intereses" (FOIS, 1980), como un dato variable y abierto a una pluralidad de exigencias meta-jurídicas de una sociedad compleja.

En esta dirección, en una edad caracterizada por los "microsistemas", la empresa aparece como un microsistema en el que se coordinan el conjunto de factores destinados a la producción de valor económico y de la diferenciación competitiva en el mercado (adquisiciones, innovaciones, transmisión de informaciones, venta

de energías...), pero también centro de referencia teórico de microsistemas de la organización del trabajo, financiación, ambiente, administración, crédito, mercado... Si ninguno de estos microsistemas es unívocamente reconducible a la empresa, puesto que no se identifica plenamente con ninguno, "sólo en la perspectiva de la empresa cada uno de ellos puede ser asimilado y hecho coherente con el complejo de reflejos jurídicos de los fenómenos productivos", asumiendo la función de "filtro hermenéutica común" (AMATO, 1988, p.57). De ahí, pues, la creciente propensión legislativa, jurisprudencial y doctrinal a relativizar las categorías jurídicas que aluden a hechos económicos según una perspectiva "sistémica" y "evolutiva", levantando acta de la coexistencia en la empresa de una pluralidad de estatutos normativos que, si bien no resultan homologables según líneas cognoscitivas rigurosamente unidireccionales, sólo resultan sintetizables y comprensibles a través de un modelo de recomposición unitaria del sistema de acción colectiva en que se articula la empresa compleja, único capaz de garantizar un equilibrio entre la pluralidad de intereses subjetivos que vienen implicados.

De este modo, otra de las características correlativas al principio de gobernabilidad, la tendencia a crear un nuevo equilibrio de intereses a través de la proliferación de conceptos— función y de la lógica de la diferenciación sistémica, encuentran plena verificación en el paradigma moderno de juridicidad de la empresa, cuyo confín no puede ser fijado con referencia a ningún parámetro físico, sino sólo con relación a la función del sector de disciplina que reclama el uso de tal noción, y por tanto sobre la base de una definición funcional positivamente experimentada en una pluralidad de campos jurídicos, que han recibido normativamente el concepto de empresa como "unidad económica" pero le han atribuido un contenido variable en función de los objetivos de política económica y social perseguidos por las normas que se pretenden adaptar a la evolución del sistema.

Particularmente significativos de esta tendencia resultan los conceptos de empresa relevantes: a) en el Derecho de la Competencia, que lo identifica con el concepto de "*unidad económica*", utilizado como instrumento para justificar e instrumentalizar determinadas decisiones de política económica relativa a la autorización de procesos de concentración del mercado y, al mismo tiempo, de represión de determinados comportamientos prohibidos por las reglas de competencia; b) En el Derecho del Trabajo, que identifica el concepto de empresa con el concepto de "*unidad económica y social*" —de origen francés pero hoy recibido en nuestro Derecho—, entendido como instrumento para realizar la tutela de determinadas políticas de defensa de derechos colectivos e individuales de los trabajadores; c) En el Derecho Mercantil, en cuanto identifica cada vez más la empresa con el concepto de "*unidad económica y mercantil*" a los efectos de legitimar y promover determinadas políticas de grupo, de tipo productivo, financiero y fiscal²⁹.

²⁹ Cfrs. para el Derecho de los grupos HANNOUN, Ch. op. cit. págs. 79 y sgs.

En definitiva, esta amplísima recepción por el Derecho positivo del concepto de "unidad económica", no es sino la expresión del cambio de racionalidad del sistema jurídico, que opone a la soberanía clásica de los derechos la gobernabilidad de la economía, que determina una renovación de los tradicionales equilibrios normativos e institucionales en función de la pluralidad de objetivos de política económica y social perseguidos por el ordenamiento, entre los que se encuentra, precisamente, el mantenimiento del desequilibrio creado por las prácticas económicas cuando ello se considera una condición necesaria –junto a la protección de intereses categoriales externos– para el progreso económico y social. La construcción progresiva de este nuevo Derecho de la empresa, como manifestación más importante del moderno Derecho económico, se realiza, pues, sobre el mismo principio de edificación que impulsa la construcción del Derecho contemporáneo, la gobernabilidad, como nueva forma específica de poder que tiene como forma principal de saber la economía política y como instrumento técnico la ponderación de finalidades e intereses vinculados a categorías económicas: trabajadores, consumidores, inversores, competidores, ambiente....

BIBLIOGRAFIA

- Aa.Vv. La sfida della flessibilità. F. Angeli. Milano.
- ALCANTARA, M. (1994). Gobernabilidad, crisis y cambio. Centro Estudios Constitucionales.
- AMATO, S (1988). "L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi". En Mat. st. cult. giur. págs. 25 y sgs.
- AMSELEK, P (1982). "L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales". *R.D.P.* págs. 275.
- BELLON, M. (1984). L'interventionnisme libéral. Economica.
- BERTRAND, E. (1984). L'esprit nouveau des lois civiles. Economica. 1994.
- CALAIS-AULOY. (1980). Droit de la consommation. Dalloz. Paris.
- EWALD, F. (1986). L'Etat Providence. Grasset.
- FARJAT, G (1982). Droit économique. Paris.
- FOIS, C (1979). Clausola dei gradimento e organizzazione della società per azioni. Giuffrè. Milano.
- FOUCAULT, M. (1980). La verdad y las formas jurídicas. Gedisa. Barcelona.
- FOUCAULT, M. (1986). "La gouvernamentabilité". Revue Actes. n. 54. págs. 6 y sgs.

HANCHER-MORAN (1989). "Introduction: Regulation and Deregulation". En *European Journal of Political Research*. n. 17. págs. 129 y sgs.

HANNOUN, Ch (1991). Le Droit et les Groupes de sociétés. L.G.D.J. Paris.

HILAIRE, J. (1986). *Introduction historique au droit commercial*. PUF.

HUBER (1977). "Gesetzesinflation?". *SJZ*. págs. 1 y sgs.

LASCOUMES, P. (1989). "Pour la formation a la gouvernementalité: le fonctionnaire, légiste ou manager public?" Rev. Fr. Adm. Pub. n. 51.

LECA, J. (1985). "Sur la gouvernabilité". En LECA-PAPINI (eds.). Les démocraties. Sont-elles gouvernables?. Economica. Paris.

LEFF, A. "Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism". En Virginia Law Review. Vol. 60. págs. 435 y sgs.

LINZ, J (198(1992)7). *La quiebra de las democracias*. Alianza Editorial. Madrid.

MINERVINI, G (1992). "Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi". *Giur. comm.* págs. 16 y sgs.

MORAND (1987). "I problemi dell'inflazione normativa: il punto di vista di un osservatore svizzero". En Foro italiano. c. 497 y sgs.

PAILLUSSEAU, J (1989). "Le droit es aussi une science d'organisation". Rev. trimm. dr. comm. pág. 1.

PASQUINO, G (1988). "Gobernabilidad". En BOBBIO, N. et altri. Diccionario de Política. Suplemento. Siglo XXI. Madrid.

PASQUINO, P. (1986) "La problematique du "gouvernement" e la "veridiction" ". Revue Actes. n. 54. págs. 16 y sgs.

PAZ-ARES, C. (1981). "La economía política como jurisprudencia racional". Anuario Derecho Civil. págs. 603 y sgs.

PIORE-SABEL (1984). *The Second Industrial Divide, Possibilities for Prosperity*. Basic Books. New York.

PREDIERI, A. (1992). *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*. Giuffrè. Milano.

ROJO, A (1980). "El Derecho económico como categoría sistemática". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. n. 3. págs. 249 y 3 sgs.

RULLANI, E. (1988). "La Teoría dell'impresa nei processi di mondializzazione". Democrazia e Diritto. 1988. págs. 25 y sgs.

RULLANI, E (1991). "Dai gruppi alle reti: le istituzioni dell'anomalia". En Aa.Vv. Gruppi di imprese e nuove regole. F. Angeli. Milano.

SANTI, G. (1979). *Il commercio. saggio di economia del diritto*. Il Mulino. Bologna.

SAVATIER, J. (1967) "L'enseignement du droit économique dans les Pays non socialistes". En Il diritto dell'economia, n. 13. págs.1 y sgs.

SAVATIER, J. (1979). "L'inflation législative et l'indigestion du corps social". En *Recueil Dalloz Sirey*. V. págs. 43 y sgs.

STREECK, W. (1990). "Status and Contract: Basic Categories of a Sociological Relations". En SUGARMAN- TEUBNER (eds.). Regulating Corporate Groups in Europe. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden.

TOMASSINI, I. (1993). Estado, Gobernabilidad y Desarrollo. B.I.D. Serie monografías 9. Washington.

VILLEY, M. (1975). La formation de la pensée juridique moderne. Ed. Montcrestine.

WILLIAMSON, O.E. (1985). The Economic Institutions of Capitalism. Macmillan. New York.