

# **Poder, Derecho y Constitucion Economica\***

**Ernst J. Mestmäcker\*\***

*\*\*Profesor Distinguido, Profesor de Derecho Privado y Comercial, Universidad de Bielefeld. Director del Instituto Max Planck (Alemania).*

\*Originalmente, este trabajo aparecio bajo el título "Power, Law and Economic Constitution" en la coleccion *Law and State*, Volumen 10, editado por un grupo de miembros de universidades alemanas y el Institute for Scientific Co-operation.

# Poder, Derecho y Constitución Económica

Ernst-Joachim Mestmäcker

*El mayor problema de la humanidad, cuya solución la naturaleza obliga a buscar, es el establecimiento de una sociedad civil que aplique el Estado de Derecho. Este problema es, al mismo tiempo, el más difícil y aquel que la humanidad resolverá al final de todos.*

I. Kant\*

## I La nueva Ilustración

Se supone que la exigencia de difundir la luz de una nueva Ilustración garantiza tanto el progreso como una forma erudita de pensar en las ciencias sociales. Esta demanda es defendida haciendo caso omiso de si la comprensión de sí mismo se encuentra en la dialéctica de la Ilustración, en la ilustración sociológica de la teoría de sistemas, en una ilustración no completada o en la ilustrada economía de mercado. Pero las nociones mecánicas "sobre las cuales la superstición establece su oscuro trono", ya no se perciben, como lo fueron por Schiller en sus días,<sup>1</sup> en religión, en las fuerzas no comprendidas de la naturaleza, en el dominio de los privilegios de la posición social, de las asociaciones y del nacimiento o en la censura gubernamental. Es primero y antes que nada la teoría del conocimiento que uno no comparte, el interés

\*Kant, *Idea for a Universal History*, 1784.

<sup>1</sup>F. Schiller, *Briefe über die ästhetische Erziehung des Menschen*, ed. por W. Henckman, 1967, p. 29.

cognoscitivo no reflejado, la percepción falsa que favorece la anarquía, lo que se estima superstición. El recuerdo de la gran tradición de la economía política, como una ciencia de hombres de estado y legisladores,<sup>2</sup> y el recuerdo de la tradición de la jurisprudencia como la ciencia de la libertad,<sup>3</sup> amenazan con acabar en eruditas guerras de religión. Mis reflexiones se dirigen hacia el problema de cómo, bajo tales circunstancias, se puede alcanzar un entendimiento, entre las ciencias sociales, sobre el poder y la ley en el campo de la economía social. Lo que se discute no es la ley como materia de investigación en las ciencias sociales sino la ley como un elemento constitutivo de la sociedad.

La economía clásica inglesa entregó los términos de referencia empíricos para los sistemas filosóficos del idealismo alemán que, hasta hoy, influyen sobre nuestra comprensión de la libertad, poder y derecho de autoridad. El positivismo más radical opuso las leyes inherentes de la cognición científica contra la acción práctica, siendo lo más evidente el rechazo metodológico a las implicancias políticas de las ciencias sociales. Ninguna ciencia que tiene la acción social como su materia puede ignorar la antinomia entre el poder y la libertad. Por lo tanto, la teoría y la práctica política se pueden distinguir según *cómo* ellas se las arreglan para delimitar y resolver los *conflictos* que surgen del ejercicio de las libertades civiles. Por otra parte, las opiniones sobre las causas de los conflictos y los objetivos finales perseguidos con su solución tienen siempre, también, algunas de las características de la teodicea e ideología política. Lo mismo es cierto de las opiniones con base antropológica en torno a si los hombres son, por naturaleza, iguales o desiguales, buenos o malos, agresivos o pacíficos: "El problema de establecer un Estado, con todo lo desagradable que esto pueda sonar, puede ser resuelto incluso por una nación de demonios (sólo con tal que ellos tengan el poder de la razón)".<sup>4</sup> Por lo tanto, es una objeción pobre contra un sistema económico el decir que está basado en el egoísmo humano y en su deseo del lucro y que, por lo tanto, debilita la moralidad. No necesitamos decidir aquí con qué sistema económico es más fácilmente recon-

<sup>2</sup>A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ed. por A. P. Lerner, 1937, p. 397.

<sup>3</sup>F. C. von Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Vol. I, 1840, p. 55.

<sup>4</sup>I. Kant, "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf". *Akademie-Ausgabe*, Vol. 8, pp. 343, 366.

ciliable la conducta basada en motivos altruistas. Sin embargo, la experiencia muestra que el egoísmo es tan importante en sistemas económicos tan diferentes, que la conducta económica se puede explicar más fácilmente con esta hipótesis. ¿De qué otra manera se puede entender la afirmación de Oskar Lange<sup>5</sup> que los precios contables en una economía socialista tienen el mismo carácter objetivo que los precios de mercado bajo las condiciones de competencia?

Casi sin excepción, el objetivo de eliminar las causas de los conflictos sociales o la pretensión de ya haberlos eliminado, está amarrado a la promesa de felicidad presente o futura. La pretensión del Estado o de la sociedad en cuanto a saber cómo se puede alcanzar la felicidad de otros, da a quienes tienen el poder una conciencia particularmente buena; pero lleva a aquellos que tienen la mala fortuna de adoptar otras ideas sobre el propósito de su vida, a la peor condición posible. Sin importar lo ancho de la brecha entre el vasallo que se hace ciudadano y el sujeto civil que aún tiene que alcanzar una conciencia emancipadora, la diferencia práctica entre la razón de estado y una conciencia real socialmente garantizada, es pequeña.

## II El dominio de la política y la economía sobre el derecho

Por muchas y variadas razones, la fascinación que emana de la economía clásica inglesa como un sistema de "libertad natural" ha resultado en un engaño sobre la cualidad inherente del campo económico como independiente de la ley y el Estado. En el proceso de especialización de las ciencias sociales, necesariamente se han diferenciado los objetivos, materias y métodos de la jurisprudencia y la economía. Pero, por ambos lados, los esfuerzos por alcanzar la "fuerza" específica de los modelos teóricos han aumentado el placer de construir teorías elegantes, mientras se han desvanecido de la mente y de las líneas de investigación que se consideran útiles las relaciones a las condiciones sociales comunes a ambas disciplinas. La convicción de que también se tienen "diferentes opiniones" dentro de la otra disciplina hace, en caso de duda, que el jurista recurra a la experiencia diaria y a la cordura, y el economista, a las hipótesis y modelos. No se debe subestimar la significancia política de esta autosuficiencia. Es una condición

<sup>5</sup>O. Lange, "On the Economic Theory of Socialism IV", *Review of Economic Studies*, 1936, pp. 60 y ss.

que existan problemas implícitos de pertinencia social o política, ha, de hecho, abandonado ese orden. Esta afirmación no pone en duda la legitimidad de una continua valoración crítica de las bases de los sistemas legales y económicos existentes. Tampoco intenta contradecir la urgente demanda de Nove y Zimmerman, planteada en esta conferencia, en torno a que las empresas y sus peculiaridades estructurales y organizacionales deben ser incluidas en el análisis económico. Sin embargo, busca rechazar el intento de hacer autónomas las empresas con la afirmación que en la era del último capitalismo ellas pueden ser controladas sólo políticamente, pero no reguladas por medios legales o económicos.

### III Derecho privado no privado

Aquellos sobre quienes recae la planificación económica descentralizada en la economía de mercado, consumidores, empresas y sindicatos, ejecutan sus planes dentro de los límites y con los medios del derecho privado. Por lo tanto, es necesario apoyarse en la correspondencia estructural del sistema de economía de mercado y el sistema de derecho privado; una correspondencia que nadie rechaza, como la base de una constitución económica.<sup>13</sup> El derecho privado es un procedimiento indispensable para resolver conflictos entre ciudadanos libres, cuando tales conflictos surgen. Sin embargo, el paralelismo estructural del derecho civil clásico con una economía controlada descentralizadamente y basada en la división del trabajo, no debe ser reducido a la relación entre forma y contenido o entre instrumento y propósito. No obstante, esta concepción fue la base para el gran, política y científicamente importante intento de Lorenz von Stein por establecer la unidad de la jurisprudencia y la economía dentro de las ciencias sociales: "Si yo deseo encontrar el Derecho, debo buscarlo en los conceptos que lo crearon..... Por lo tanto, una definición legal no es en absoluto una definición legal en el sentido común del término, sino que..... una económica".<sup>14</sup> Así, la atención más importante se dirige hacia la relación interdisciplinaria de la jurisprudencia y la economía; y lo más imperativo es explicar y alcanzar reconocimiento de la independencia de las funciones del Derecho con

<sup>13</sup>Cf. F. Böhm, "Privatechtsgesellschaft und Marktwirtschaft". *Ordo*, Vol. XVII (1966).

<sup>14</sup>L. von Stein, *Gegenwart und Zukunft der Rechts und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876, p. 224.

respecto al campo económico. El Derecho toma referencias de las relaciones económicas, deduciendo de ellas elementos importantes para la satisfacción de reglas; pero la selección de tales elementos, su interrelación, el reconocimiento de la acción libre o la necesidad de restringir las acciones, deben estar gobernados por patrones legales mediante la legislación y la interpretación de las reglas. La significancia fundamental, sistemática y práctica del Derecho contra las restricciones a la competencia, descansa en el hecho que incorpora la antinomia inherente entre las fuerzas económicas "naturales" y la autonomía legal. En este conflicto, Marx ve la prueba del carácter antagónico, beligerante y violento del sistema.

En los Estados Unidos, fue la percepción histórica y políticamente despierta de la interrelación constitutiva de la libertad política y económica lo que hizo posible el desarrollo de leyes antimonopolios como un suplemento necesario de la democracia política. En la Comunidad Económica Europea, el sistema de competencia no distorsionada, que se extiende mucho más allá del campo tradicional de la ley anticarteles, es una de las bases constitucionales de la Comunidad. En esta concepción descansa, probablemente, lo que es políticamente el efecto más importante de la valoración de la adaptación legal del sistema económico, que fue reconocida primero en Alemania por Walter Eucken y Franz Böhm.

Metodológicamente, la ley que protege a la competencia de restricciones a ella, incorpora ciertos efectos autorreguladores de la competencia, en la medida que ellos garantizan libertad de elección a los consumidores, limitan la libertad de acción de los competidores y coordinan decisiones independientes. Sin embargo, la relación a la economía como un conjunto y al interés público no se establece, como se supone a menudo, por un control autoritario de la política de precios sobre la base de un modelo de competencia efectiva, sin importar cómo esté definido ese modelo. Las restricciones a la competencia indican posibles funciones de la competencia. Relaciones competitivas, antes desconocidas, muy a menudo se hacen evidentes sólo en acuerdos que restringen la competencia. Esto confirma a la competencia como un método de descubrimiento. La exigencia, muy repetida, por tener una definición de competencia, no consigue apreciar la variedad de sus funciones que están protegidas por la ley. La importancia fundamental de tales funciones para la posibilidad de una constitución económica descansa en el hecho que ellas hacen reconciliable el control del poder, primer objetivo del Derecho, con la

regulación económica descentralizada aunque completa del comportamiento empresarial. Ello no resuelve el problema de una constitución económica, pero delinea su peculiaridad metodológica: el asunto no consiste simplemente en reconocer los problemas comunes de la jurisprudencia y la economía. Esto es tan importante como desarrollar soluciones de política económica susceptibles de ser contenidas en las reglas legales y constitucionales.

Por otra parte, la separación fundamental entre el derecho público y el derecho privado, ha llevado a una división que en muchos aspectos es comparable a aquella entre la micro y la macroeconomía. Veo tal comparación en el hecho que las relaciones entre la sociedad y el Estado, entre la microestructura y la economía como un todo, son olvidadas en el intento por alcanzar directamente el bienestar público. Existen muchos signos que indican que al buscar una instrumentalización comprehensiva del dinero, la demanda y la inversión, las políticas económicas corren el riesgo de levantar tormentas en las nubes políticas, que dejan la estructura de los elementos económicos básicos tan intacta como Marx lo afirmó con respecto a las políticas en su conjunto.<sup>15</sup>

#### IV Democracia y economía de mercado

En el mismo grado que el derecho privado es liberado de su aislamiento conceptual, económico y político, otro malentendido gana terreno, cual es: la noción que la constitución política debería ser limitada al sistema de derecho privado o a la constitución económica. No discutiremos aquí las concepciones de estos académicos del derecho público que insisten en distinguirse a sí mismos como meros "académicos del Estado de Derecho" ("Rechts-staat"), quienes están contentos de vivir junto a y con el Derecho.<sup>16</sup> Por otra parte, el intento de sustanciar una constitución económica fue objetado por Horst Ehmke, con el argumento de que ello perpetuaría la separación del Estado y la sociedad y no sería consonante con las características decisivas de la constitución como el orden liberal y democrático de la comunidad política.<sup>17</sup> El problema constitucional es la relación entre derechos

<sup>15</sup>K. Marx, *op. cit.*, p. 379.

<sup>16</sup>E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 56.

<sup>17</sup>M. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, 1961, p. 55.

humanos que tienen implicancias económicas y la competencia de la legislatura. El problema económico es la relación entre un orden, a través de reglas o de política económica discrecional. Políticamente, el problema, de hecho, es si las tensiones y conflictos entre el Estado y la sociedad pueden ser removidos mediante la autoridad total de una comunidad democrática. Es indudablemente cierto que la separación del Estado y la sociedad oculta importantes problemas estructurales de los países democráticos industrializados. En la tradición alemana, la "sociedad civil" no era razón para sembrar dudas sobre el status autónomo e independiente del Estado. Por el contrario, se ha convertido en su justificación más importante.

La tarea del Estado, tal como lo indicó Lorenz von Stein en la cima de la primera era de la industrialización, es prevenir la transformación del interés económico y social en prerrogativa: "Para ser capaz de realizar esto, debe ubicarse absolutamente encima de todas las clases, ya que una servidumbre general sobrevendría tan pronto como cualquier clase usurpe el poder estatal".<sup>18</sup> Pero esto no responde la pregunta acerca de cómo el gobierno de una democracia parlamentaria puede ser independiente y neutral. Ya que las desigualdades económicas y sociales que se derivan de las libertades civiles influyen el proceso electoral.

"¿Qué son las diferentes clases de legisladores sino defensores y partidarios de las causas de los intereses que ellos determinan? Es en vano decir que estadistas iluminados serán capaces de ajustar estos intereses opuestos y devolverlos todos subordinados al bien común. Ni puede, en algunos casos, hacerse tal ajuste sin tomar en cuenta consideraciones indirectas y remotas que raramente prevalecerán sobre el interés inmediato que un partido puede hallar al desconocer los derechos de otro o el bien de todos." No he citado a Karl Marx para ilustrar la imposibilidad del control político del poder económico en una democracia, sino para ilustrar el intento de James Madison, en el "Federalista" de 1787, para analizar las condiciones que una democracia parlamentaria debe considerar.<sup>19</sup> El estado democrático no puede ser independiente de los grupos de presión; no puede existir una legislatura neutral como se presupone en la teoría de la teoría pura del Estado gobernado por el Estado de Derecho; la administración no

<sup>18</sup>L. von Stein, *op. cit.*, p. 215.

<sup>19</sup>S. K. Padover (ed.), *The Complete Madison. His Basic Writings*, reimpresión 1971, p. 53.



es políticamente neutral, como lo demanda la doctrina europea continental de separación de poderes. Por lo tanto, una referencia a las decisiones políticas en una democracia no puede resolver la cuestión de una constitución económica. Por el contrario, se convierte en la tarea más difícil de una democracia parlamentaria controlar las relaciones de poder en la sociedad, de manera tal que ningún grupo esté en una posición para dictar absolutamente que sus propios intereses sean los intereses del grueso público. La relación entre Estado y sociedad constituye, bajo estas condiciones, el problema sustantivo de la separación de poderes. Adquiere el mismo peso que la separación organizativa del legislativo, ejecutivo y judicial.

La posibilidad de autoafirmación de la comunidad política vis-a-vis la economía es cuestionada sobre la base: del peso político de los grupos, de la presencia y participación activa del Estado en la economía y de las demandas políticas por una ingeniería social de parte del Estado. No es sorprendente que pueda demostrarse que las alternativas propuestas para la separación de poderes provienen de dos patrones básicos: anulación del Estado en la economía y la sociedad, que Galbraith sostiene que prácticamente ya ha sido llevado a cabo,<sup>2</sup> o la demanda para que el proceso económico y las unidades económicas importantes estén bajo control estatal. En parte, los problemas prácticos resultantes se toman con ligereza bajo la tesis del acercamiento de Oriente y Occidente; en parte se pasa por alto que también la "nueva sociedad", luego de haber tomado posesión de la economía, requiere una organización; quienes proponen un Estado poderoso, por otra parte, parecen olvidar que con la nacionalización están poniendo el sello final sobre la dependencia estatal en la economía.

*La separación de poderes en la sociedad*, como base para una constitución económica, es posible sólo bajo el principio de diferenciación funcional. El medio más importante de diferenciación funcional es el Derecho.

## V Separación de poderes

Bajo condiciones de libertad e igualdad, históricamente, llegó a ser la función más importante del Derecho prevenir la explotación de la persona total para los propósitos del Estado o la sociedad. Acción social libre es acción funcionalmente limitada.

<sup>20</sup>J. K. Galbraith, *The New Industrial State*, 1967.

En consecuencia, Hegel llamó al derecho de la sociedad civil derecho abstracto y vio en esto su progresividad histórica.<sup>21</sup> La entidad legal se convierte en la serie de sus acciones en sociedad. En la persona jurídica la entidad legal está restringida a ciertas funciones. Esto explica por qué las personas jurídicas se han convertido en una característica estructural de las sociedades industriales. El Derecho tiene la tarea de prevenir la usurpación de funciones legalmente diferenciadas por individuos o grupos, mediante la provisión de reglas para la realización de funciones por la vía de decisiones resolutorias de conflictos. Esta tarea no guarda relación con la preservación del statu quo; no está de ningún modo encaminada a liberar a la sociedad de reflexiones y le asigna al bienestar económico un rango no mayor que sus méritos para la autorrealización de las personas. El Derecho no está orientado a la permanencia de funciones de los sistemas; a garantizar ciertos resultados sociales. Su tarea es preservar las condiciones bajo las cuales el proceso de diferenciación funcional permite al individuo, "cada uno en su manera peculiar", encontrar satisfacción. Por consiguiente, el Derecho, como tal, es abandonado si se declaran inaplicables los derechos humanos porque hay problemas de funcionalidad económica involucrados.

Cualquier persona que contrasta la propiedad de los medios de producción con la mera propiedad privada, en una ojeada, digamos, a dejar el "hogar privadamente poseído" inviolado, le está negando a un número incalculablemente grande de ciudadanos la posibilidad de decidir, al ejercer su libre elección de vocación, si utilizan su llamada propiedad de consumidor como propiedad de productor. Estos derechos básicos determinan la calidad del orden económico.

En conjunto con la competencia, ellos conectan la imaginación y la capacidad inventiva del individuo, que son las fuentes más importantes de productividad social. La mera disputa de un nivel dado de concentración económica, también podría ser planeada, tal vez.

A partir de los requerimientos de decisiones resolutorias de conflictos sobre la base de diferenciaciones funcionales legalmente garantizadas, surgen consecuencias de gran alcance para la comprensión de la legislación y la aplicación del Derecho. El poder económico brinda la posibilidad de elegir, multiplicar o aislar lugares donde se resolverían conflictos. Esto da lugar a la

<sup>21</sup>G. W. F. Hegel, *op. cit.*, 123, 124.

capacidad para evadir las reglas reguladoras de conflictos del orden legal y constitucional y, por ende, a cambiar el sistema gobernado por reglas de diferenciaciones funcionales a expensas de terceras partes. Este enfoque del control legal comprensivo del poder económico puede proveer importantes criterios para la interpretación del Derecho, especialmente para la interpretación de los derechos humanos. Sin embargo, estos criterios también pueden ser elaborados para el desarrollo legislativo del Derecho y para una política económica discrecional. Este aspecto es de particular significancia, porque el poder de elegir o multiplicar las situaciones conflictivas incluye la posibilidad de llevar conflictos legalmente regulados al plano de la política y, por ende, evadir de facto su resolución como está estipulado por la ley. La experiencia en países industrializados demuestra que se convierte en el objetivo político más importante de los grupos de interés el remover los conflictos desde su contexto primario y transferirlos a otros niveles, preferiblemente al del Estado, o cambiar las condiciones bajo las cuales se deciden los conflictos, preferiblemente con la ayuda de la legislatura. En el mismo grado en el cual este tipo de política encuentra éxito, un sistema legalmente ordenado de separación de poderes en una sociedad será desacreditado, socavado de facto y se tornará políticamente insostenible. Las tentaciones y consecuencias de una política de dinero fácil pueden ser descritas en estas categorías, al igual que las políticas de competencia o los problemas de negociación colectiva. Estas categorías también contienen criterios para decisiones acerca de si es permisible transferir hacia las asociaciones de empleados, además de la negociación colectiva constitucionalmente garantizada, la participación de los trabajadores basada en paridad y control central sobre los fondos que, en línea con las propuestas sindicales, serán establecidos para propósitos de redistribución de riqueza.

De las dificultades indiscutibles provocadas por los grupos de presión en una sociedad libre, Friedrich A. von Hayek derivó la conclusión que un sistema libre sólo es posible renunciando a la política discrecional y sometiendo toda acción del Estado a principios legales generales constitucionalmente garantizados.<sup>22</sup> El Estado de Derecho no puede ser contrastado de este modo con la legislatura,<sup>23</sup> aunque la consecuencia teórica del Estado de Derecho pareciera hablar en favor de ello.

<sup>22</sup>Ver F.A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, 1959, pp. 20 y ss.

<sup>23</sup>F. A. von Hayek, "Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit", *Freiburger Studien*, 1964, pp. 47 y ss.

Aparte de los problemas de política económica global, el derecho laboral moderno, por ejemplo, el derecho laboral individual y colectivo, podría ser desarrollado sólo mediante la participación de los trabajadores y sus organizaciones en el proceso democrático de creación de leyes. Por tanto, un componente indudablemente irrenunciable de la constitución económica tuvo laboriosamente que ganar aceptación en presencia del entendimiento contemporáneo de la propiedad privada y la libertad de contrato. Cuán lejos es posible, por otra parte, controlar la política económica, como tal, mediante leyes constitucionales, depende de si la economía provee normas cuyas sustancias son susceptibles de adjudicación. El punto I del Acta de Estabilización Alemana muestra en forma particularmente clara que no es suficiente incorporar conceptos económicos en un estatuto. El problema crucial es más bien la justicia de los criterios con respecto a los hechos sobre los cuales se deberá pronunciar una sentencia. Hasta el presente, sólo ha sido posible administrar cláusulas generales mediante fallos de las cortes donde prevalece la similitud estructural del derecho privado y los procesos de una economía de mercado. En contraste, el sistema judicial no puede ser más sabio que la economía contemporánea en juzgar relaciones macroeconómicas.

Esta afirmación no está encaminada a sembrar duda acerca de la necesidad y posibilidad de tomar en consideración la eficiencia y duración funcional de la constitución económica legalmente garantizada y, en particular, las repercusiones de la acción gubernamental sobre la separación de poderes en la sociedad, al considerar el medio de política económica global. En conexión a esto, ningún problema es de mayor importancia que un orden monetario que garantiza un estándar estable para la toma de decisiones de la empresa y el Estado.