

La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho

The Legal Organization of Capitalism (Part I): Economic Constitution and Social Rule of Law

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum

 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 10 (2024): 279-333.

Resumen

Es lo cierto que el Derecho, más allá de la norma jurídica, se inserta en el sistema social y se comprende en relación a la sociedad, a su historia y a sus contradicciones. En el fondo, el estudio de la naturaleza y función del Derecho no puede ser realizado en abstracto, sino atendiendo a las organizaciones sociales concretas, para poner en el centro de la indagación el análisis de los vínculos institucionales existentes en la relación Estado-sociedad, y a través de ello la determinación de las instituciones jurídicas.

El que se ocupa del Derecho privado, como Derecho regulador de los procesos económicos, percibe fácilmente que las técnicas y el contenido de las instituciones jurídicas se transforman al producirse cambios en los sistemas económicos y las formas de organización de la producción. En realidad, la sociedad no puede reducirse a términos económicos y jurídicos aislados, sino que la anatomía de la sociedad ha de verse en la articulación compleja de la economía y del Derecho que forma y conforma las relaciones económicas y sociales. Se ha tratado de establecer un análisis la “sociedad jurídica” del capitalismo, realizada desde un punto de vista interdisciplinar (no se puede entender el Derecho si no se tiene en cuenta la forma de la economía), y con el objetivo explícito de estudiar el régimen capitalista en sus instituciones y en sus reglas¹. Se tratar de mostrar las bases constitutivas y el funcionamiento jurídico de la economía y, en general, de la sociedad capitalista

Abstract

It is certain that the Law, beyond the legal norm, is inserted in the social system and is understood in relation to society, its history and its contradictions. Basically, the study of the nature and function of Law cannot be carried out in the abstract, but by attending to concrete social organizations, in order to place at the center of the inquiry the analysis of the institutional links existing in the State-society relationship, and through it the determination of legal institutions.

Those who deal with private law, as a law regulating economic processes, easily perceive that the techniques and content of legal institutions are transformed by changes in economic systems and forms of organization of production. In reality, society cannot be reduced to isolated economic and legal terms, but the anatomy of society has to be seen in the complex articulation of the economy and the law that forms and shapes economic and social relations. An attempt has been made to establish an analysis of the “juridical society” of capitalism, carried out from an interdisciplinary point of view (Law cannot be understood if the form of the economy is not taken into account), and with the explicit aim of studying the capitalist regime in its institutions and rules. The aim is to show the constitutive bases and the legal functioning of the economy and, in general, of capitalist society.

Palabras clave

Capitalismo moderno; Capitalismo organizado; Capitalismo de Estado; Estado Social de Derecho; Estado de Mercado; Constitución económica; Constitución social; Derecho de la Economía; Derecho Social; Instituciones jurídicas

Keywords

Modern Capitalism; Organized Capitalism; State Capitalism; Social State of Law; State of MerConstitution; Economic Constitution; Social Constitution; Economic Law; Social Law; Legal Institutions

¹ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 5.

«Ante todo, el Derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva. Ahora bien: vivir es moverse y transformarse. Para el Derecho es más aún; es luchar contra el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social. De esta manera solamente, el Derecho puede seguir siendo director del movimiento que debe incesantemente dirigir».

FRANCISCO GÉNY²

«La participación por primera vez del Derecho en la angustia histórica podría ser una característica de nuestro tiempo. El Derecho era hasta entonces un dispensador de certezas y estaba lleno de certidumbre él mismo, columna de mármol y tabla de bronce».

JEAN CARBONNIER³

INTRODUCCIÓN

Este ensayo pretende realizar una reflexión sobre las estrechas relaciones entre los cambios sociales y los modelos jurídicos de regulación del capitalismo. Téngase en cuenta que el capitalismo es un sistema económico-cultural, organizado económicamente en base a la institución de la propiedad y la producción de mercancías, y fundado culturalmente en el hecho de que las relaciones de intercambio, las de compra y venta, han invadido la mayor parte de la sociedad, en un proceso expansivo de amplia mercantilización de todas las cosas. El desarrollo histórico del capitalismo ha implicado (e implica todavía) una tendencia a la mercantilización de los procesos sociales (tendencia a la “mercantilización” generalizada de todas las cosas), incluso de aquellos que antes habían sido realizados a través de medios distintos al «mercado»⁴. El capitalismo es un tipo de sociedad histórica; no un simple modo de producción. Es una estructura compleja que define a la sociedad occidental, y que comprende un sistema legal, una determinada organización política, un sistema económico (un modo de producción y de satisfacción de necesidades) y asimismo una estructura tecnológica y científica. Es una civilización⁵, donde el aparato del poder, potencia que atraviesa e inviste todas

² GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 526-527.

³ CARBONNIER, J.: *El Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1974, págs. 140-141.

⁴ Para esta conceptualización más compleja –y menos economicista– del capitalismo moderno, véase BELL, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), Madrid, Alianza, 1994, pág. 27; WALLERSTEIN, I.: *The Modern World-system*, Nueva York, Academic Press, 1974 (El moderno sistema mundial I, Madrid, Siglo XXI, 1979); WALLERSTEIN, I.: *El moderno sistema mundial II*, Madrid, Siglo XXI, 1983); WALLERSTEIN, I.: *El capitalismo histórico*, Madrid, Siglo XXI, 1983, *passim*. Se puede describir el capitalismo como una sociedad estratificada en la que la acumulación de riqueza cumple dos funciones: el logro de prestigio, con su carga de necesidades emocionales y sexuales inconscientes, y la expresión del poder, con su propia constelación de requisitos y orígenes inconscientes. Véase HEILBRONER, R. L.: *Naturaleza y lógica del capitalismo*, Barcelona, Península, 1990, pág. 45. De gran interés es la aportación de ARRIGHI, G.: *El largo siglo XX. Dinero y poder en los orígenes de nuestra época*, Madrid, Akal, 1999, espec., Capítulos I y IV, págs. 42 y sigs., y 288 y sigs. En esta obra se reconstruye los cambios esenciales que han jalonado la relación entre la acumulación de capital y la formación del Estado a lo largo de un período de setecientos años. Sintetiza la teoría social, historia comparativa y narración histórica en este análisis de las estructuras y de los protagonistas que han conformado el curso de la historia mundial durante el último milenio. Arrighi sostiene que la historia del capitalismo ha operado mediante una sucesión de «siglos largos»; épocas durante las cuales una potencia hegemónica ha desplegado una combinación novedosa de redes económicas y políticas que han asegurado el control sobre un espacio económico mundial en continuo proceso de expansión. Analiza los factores determinantes del desarrollo histórico, los poderes en presencia en cada momento histórico, y, en la coyuntura más reciente, las fuerzas que están erosionando la posición hegemónica de los Estados Unidos, y la crisis sistémica de carácter geopolítico.

⁵ Se ha señalado que el capitalismo moderno es un vasto complejo de instituciones interrelacionadas, que se basan en la práctica económica racional, más que en la especulativa. Comprende, particularmente, en un plano descriptivo, empresas que se basan en una inversión de capitales a largo plazo; en una oferta voluntaria de trabajo, en el sentido jurídico de la palabra; en una división planificada del trabajo en el interior de las empresas; en una distribución de

las estructuras fundamentales, es mucho más que el Estado⁶; pero éste se constituye en su principal valedor. Todo ello puede ser útil para realzar la dimensión global, y no meramente sectorial, del análisis crítico del jurista, sobre las bases constitutivas del capitalismo moderno. Lo cual supone un alejamiento del modo de pensar propio del racionalismo formalista.

Es lo cierto que el Derecho, más allá de la norma jurídica, se inserta en el sistema social y se comprende en relación a la sociedad, a su historia y a sus contradicciones⁷. En el fondo, el estudio de la naturaleza y función del Derecho no puede ser realizado en abstracto, sino atendiendo a las organizaciones sociales concretas, para poner en el centro de la indagación el análisis de los vínculos institucionales existentes en la relación Estado-sociedad, y a través de ello la determinación de las instituciones jurídicas.

El que se ocupa del Derecho privado, como Derecho regulador de los procesos económicos, percibe fácilmente que las técnicas y el contenido de las instituciones jurídicas se transforman al producirse cambios en los sistemas económicos y las formas de organización de la producción. En la realidad, la sociedad no puede reducirse a términos económicos y jurídicos aislados, sino que la anatomía de la sociedad ha de verse en la articulación compleja de la economía y del Derecho que forma y conforma las relaciones económicas y sociales⁸. Se ha tratado de establecer un análisis la

las funciones de producción entre una y otras, mediante el funcionamiento de una economía de mercado. Sólo bajo el capitalismo se encuentra la forma legal de la sociedad anónima; bolsas de comercio y valores, organizadas para negociar en mercancías y acciones; crédito público en forma de bonos del gobierno; organización de empresas destinadas a la producción y no meramente al comercio de bienes. Todo ello, y más, integra una organización racional de tipo capitalista. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, y BENDIX, R.: *Max Weber*, Buenos Aires, Amorrortu, 1979. Para los fundamentos históricos constitutivos del capitalismo, es indispensable la consulta de la obra monumental de BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, 3 vols.8, Madrid, Alianza Editorial, Madrid, 1984. Es clásica también la concepción del capitalismo como civilización de TOYNBEE, A. J.: *Estudio de la Historia*, Compendio, en 2 vols., Buenos Aires-Barcelona, Emecé Editores, 1ª ed., 1952; SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, 2 Tomos, 1ª edición en alemán 1902, México D.F., 1946; VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios (1904)*, trad. Carlos Alberto Trípodí, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009; POLANYI, K.: *La Gran Transformación (1944)*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989; SHONFIELD, A.: *El capitalismo moderno. El cambio de equilibrio de los poderes público y privado*, 1ª ed., en inglés 1965, México D.F., 1967; MADDISON, A.: *Historia del desarrollo capitalista. Una visión comparada a largo plazo*, Barcelona, Ariel, 1991; ALTVATER, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, 1ª ed., en alemán, 2011, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL), Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; STRECK, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, 1ª ed. en alemán 2013, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2016; STRECK, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021), Buenos Aires, Katz Editores, 2023.

⁶ Véase BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, vol. 2, Los juegos del intercambio, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pág. 483.

⁷ Véase LIPARI, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, pág. 681.

⁸ Significativamente nos dirá George Ripert que toda revolución social ha de ser al mismo tiempo una revolución jurídica, si no quiere que sea una vana perturbación política. Cfr. RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno (1946)*, “*La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL), Estudio preliminar a RIPERT, G.: “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág. 2. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. <https://>

“sociedad jurídica” del capitalismo, realizada desde un punto de vista interdisciplinar (no se puede entender el Derecho si no se tiene en cuenta la forma de la economía), y con el objetivo explícito de estudiar el régimen capitalista en sus instituciones y en sus reglas⁹. Se tratar de mostrar las bases constitutivas y el funcionamiento jurídico de la economía y, en general, de la sociedad capitalista.

No es difícil constatar que la instauración del nuevo orden jurídico que reflejan los códigos de Derecho privado del siglo XIX, es la expresión del ascenso de la burguesía triunfante frente al sistema de privilegio jurídico-político del antiguo régimen¹⁰. El programa liberal allí cristalizado recogía la aspiración inicial de la burguesía de separación de la sociedad civil y la sociedad política¹¹, como consecuencia de la evolución de las mentalidades y de los procesos económico-sociales en curso. De manera que la historia del Derecho deviene en historia de las «instituciones» jurídicas. Esa separación entre Estado y sociedad era elevada a una de las condiciones constitutivas de la sociedad civil dominada por la burguesía. Éste era uno de los elementos de la constitución jurídica de la sociedad liberal individualista. En realidad, el sistema capitalista necesita un conjunto de instituciones y reglas que permitan reunir y emplear los capitales, que aseguren a su posesión la preponderancia en la vida económica e incluso en la política y que den a la producción y a la repartición en el primer lugar en el espíritu de los hombres¹². Ciertamente, el capitalismo no podría haberse desarrollado plenamente si el legislador no le hubiese dado o permitido tomar los medios propios a la concentración y explotación de los capitales. El derecho común no le bastaba. El capitalismo ha creado su Derecho¹³. En este sentido el Derecho de capitalismo ha tratado de encontrar en cada momento las reglas jurídicas necesarias

revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525. La (auto)crítica del liberalismo desde el liberalismo social la encontramos con una coherencia asombrosa en HOBHOUSE, L.T.: *Liberalismo*, edición crítica y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los fundamentos del ‘liberalismo social’ y sus límites: L.T. Hobhouse”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, Octubre-Diciembre, 2007.

⁹ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 5.

¹⁰ Véase RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., págs. 10 y sigs., y la bibliografía citada infra. Importante Paolo Grossi ha señalado que lo que verdaderamente importa es el clima histórico, la ideología política y la cultura jurídica dominantes, de las que el Código es traducción en el terreno normativo y que lo convierten en un instrumento de un riguroso absolutismo jurídico. En conjunto, el Código es una operación ideológica y cultural notablemente compacta, y bastaría para confirmarlo el poner de relieve el territorio de donde parte la operación, el derecho civil plasmado en costumbres seculares y para ellas reservado. El Código, como resultado de una monopolización de la producción jurídica por parte del poder político, es instrumento de un Estado monoclasa; es el instrumento de un Estado centralista que se expresa en una lengua nacional, culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular. El Código queda colocado en su dimensión autoritaria. No sólo por sus contenidos, sino porque el sustancial autoritarismo que está en la exigencia centralista del Estado monoclasa, en su consiguiente panlegalismo, en la mitificación del legislador que parece casi un dios fulminador en su Olimpo, omnipresente y omnipotente, en la mitificación del momento de producción del Derecho como momento de revelación de la voluntad del legislador. Y ese autoritarismo intensifica la falta de comunicación entre el Código y la sociedad civil, ya que, respecto al cambio socio-económico incesante, el Código queda inevitablemente como texto impreso cada vez más envejecido y más ajeno a la realidad viva. La legolatría ilustrada inmoviliza el Derecho en su momento de producción; el procedimiento productivo se agota con la revelación de una voluntad suprema, resultándole extraño el momento interpretativo-aplicativo. De cara al futuro los “códigos” que puedan elaborarse no tendrán ni podrán tener el valor del “Code civil” y de los grandes Códigos del siglo XIX, que eran expresión constitucional del Estado monopolizador, fuente de fuentes por ser emanación de la única potestad monopoiética, el Parlamento, fuente formalmente condicionante de todos los órganos aplicadores en su ingenua pretensión de ofrecer un sistema normativo tendencialmente exhaustivo y clausurado. Por lo demás, debe abandonarse la desconfianza ilustrada hacia la sociedad civil y promover un auténtico pluralismo jurídico con los particulares como protagonistas activos de la organización jurídica así como lo son de las transformaciones sociales sucesivas. Cfr. GROSSI, P.: *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, págs. 67-93.

¹¹ Respecto a la separación entre el «mundo» civil de los propietarios y el «mundo» del poder político, véase RODOTÁ, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 97 y sigs.

¹² Cfr. RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 13.

¹³ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 15.

para garantizar el más adecuado funcionamiento de la empresas capitalista. Mostrando siempre una extraordinaria capacidad de adaptación y respuesta a los transformaciones en curso¹⁴.

El estudio de las instituciones jurídicas del capitalismo moderno, no se puede realizar desde la pretendida pureza metódica, sino que ha de partir del entendimiento de la ciencia del Derecho como ciencia de la sociedad. Es así como se puede arrojar nueva luz sobre las instituciones fundamentales del Derecho privado: propiedad, empresa, contrato, responsabilidad. Instituciones esenciales de regulación de los procesos económicos. El sistema de Derecho privado, y los institutos jurídicos que lo integran, derivan de una complejísima relación de mediaciones entre distintas fuerzas históricas que se manifiestan en la sociedad moderna. Esos institutos jurídicos han sido, y en lo sustancial, continúan siendo, los pilares principales del capitalismo: del orden liberal e individualista y del orden social intervencionista.

El contexto actual de la globalización de la economía está suponiendo un replanteamiento de los mecanismos de regulación del capitalismo. Hay que tener en cuenta que una economía global es una realidad nueva para la historia, distinta de una economía mundial. Una economía mundial, es decir, una economía en la que la acumulación de capital ocurre en todo el mundo, ha existido en el mundo occidental al menos desde el siglo XVI¹⁵. La globalización es un fenómeno más complejo. El capitalismo global se caracteriza porque las actividades estratégicas de base, y entre ellas la innovación y la gestión financiera, se realizan a escala planetaria en tiempo real.

No es un problema de mera gestión del capitalismo, sino también de calidad de la democracia. En efecto, en la actual fase de la globalización no existen mecanismos de control democrático de los procesos económicos por parte de los ciudadanos, donde las fuerzas económicas de nuestro tiempo actúan sin límites explícitos, deteriorando la cohesión social. De tal modo, que el mercado «libre» de regulación estatal heterónoma y la democracia acaban disociándose, ya que el sistema democrático reclama la predisposición de instrumentos de regulación específica que establezcan un equilibrio entre la eficiencia económica y la garantía de los derechos fundamentales.

1. LA JURIDIFICACIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO

1.1. Perspectiva de conjunto

Existe una íntima relación entre el sistema jurídico y el sistema económico. Esto explica que tanto del lado de la doctrina jurídica como del lado de la doctrina económica se preste una especial atención al sistema institucional y jurídico en el que la economía se inserta¹⁶. No es otro el punto de partida de la investigación desplegada aquí.

¹⁴ Se ha insistido sobre esa dinamicidad del capitalismo como rasgo constitutivo, indicando que «el capitalismo es esencialmente un proceso de cambios económicos [...]. Sin innovaciones no hay empresarios; sin las obras de los empresarios hay beneficios capitalistas y, por lo tanto, no hay propulsión capitalista. La atmósfera de las revoluciones industriales —la atmósfera del ‘progreso’— es la única en que el capitalismo puede sobrevivir [...]. El capitalismo estabilizado es una contradicción». Cfr. SCHUMPETER, J.A.: *Business Cycles*, 2 vols., New York, McGraw-Hill, 1939.

¹⁵ Los estudios fundamentales de Ferdinand Braudel o Immanuel Wallerstein ofrecen prueba y puntos de contraste al respecto. Véanse las obras supracitadas y también CASTELLS, M.: *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Madrid, Alianza, 3 vols., 1997-1998; HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997; SASSEN, S.: *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires-Madrid, Katz, 2007; ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Península, 2000; TEUBNER, G., SASSEN, S. y KRASNER, S.: *Estado, soberanía y globalización, Presentación*, D. Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Unidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010.

¹⁶ Y ello se ha hecho desde distintas escuelas de pensamiento económico (escuelas regulacionistas e institucionalistas; análisis económico del Derecho; economía del Derecho; pensamiento liberal social institucionalista; Aglietta, Boyer,

La intensa, y constante, juridificación de los procesos económicos incide tanto en el dominio del Derecho público (por las vías propias del intervencionismo legislativo y reglamentario) como en el del Derecho privado (a través de las normas de ordenación de la autonomía privada y del Derecho autónomo negocial o convencional). Cada vez más el Derecho público de la economía (parte integrante del más amplio «Derecho de la economía») se asienta en el entendimiento de que no existe un orden económico natural según se pensaba desde el pensamiento liberal, cuyo exponente más importante y significativo fue Adam Smith¹⁷, que elevó las instituciones de la economía capitalista y el Derecho patrimonial a la categoría de un «orden natural».

Las relaciones entre el Derecho y la economía no son propiamente «externas». No existe una ciencia económica como ciencia del «ser» y una ciencia jurídica como ciencia del «deber ser» correspondientes a dos mundos enteramente separados¹⁸. En verdad, Derecho y economía, como ámbitos de un mismo sistema social mantienen una relación históricamente mediada, y por ello mismo cambiante.

En el capitalismo avanzado —que pretende ser un capitalismo organizado— el Derecho ha de configurar el sistema económico. El funcionamiento eficiente del sistema económico exige un marco institucional, en el cual se mueven las fuerzas económicas. Instituciones públicas a las que los teóricos de la economía suelen llamar «metamercado»¹⁹. En realidad, el Derecho es un instrumento fundamental de la organización de la sociedad y de su sistema económico, y, asimismo, de solución de los conflictos que se suscitan en su seno, conforme a los valores esenciales que informan al orden jurídico-político establecido. Por otra parte, en el capitalismo avanzado el modelo de juridificación dominante determina que los procesos económicos se presentan propiamente como procesos jurídicos. Efectivamente, en el modelo de juridificación actual el intercambio de bienes y el capitalismo competitivo se configuran atendiendo a las categorías jurídicas de la autonomía privada y de constitución económica de la economía de mercado. De manera que a dichas categorías se atribuye una relativa autonomía respecto a su base empírica, lo que dificulta la percepción de las condiciones sociales subyacentes. La institución de la autonomía privada y su envoltura formal (el libre acuerdo y la posibilidad de alcanzarlo), permite abstraerse de un elemento esencial en ella: la relación inmediata con la producción de mercancías y el intercambio de las mismas²⁰. Todo lo

Coriat, Lipietz; Polanyi, Piore y Sabel; Hayek, Friedmann; Santini; Chandler; Posner, Coase, Williamson) y, en general, desde distintas direcciones del pensamiento jurídico anti-formalista.

¹⁷ La Riqueza de las Naciones (1776). Cfr. SMITH, A.: *La riqueza de las naciones*, 3 vols, Barcelona, Folio, 1996.

¹⁸ Desde un planteamiento interdisciplinar estas relaciones fueron estudiadas por K. Marx, en su monumental obra *El capital*, en OME-40 Obras de Marx y Engels, trad. M. Sacristán, Barcelona, Grijalbo, 1976, y desde una perspectiva crítica neokantiana de crítica del materialismo histórico —que mostraba una cierta incompreensión por desconocimiento de las aportaciones de Marx— por R. Stammler, en 1896 (STAMMLER, R.: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia*, trad. de la 4.ª ed., por W. Roces, Madrid, Reus, 1929).

¹⁹ Esto ha sido advertido desde distintos puntos de vista. Así, desde el Análisis Económico del Derecho, se ha afirmado que si se desea la promoción de la riqueza de las naciones, es necesaria la juridificación de las leyes económicas, estableciendo el marco institucional (de libertad o sujeción) en el que las relaciones económicas deben moverse. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, Administración, fuerzas de orden público, sistema de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores riqueza; ya que sin Estado, no hay mercado. Cfr. ARIÑO, G.: *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 1999, pág.5.

²⁰ Sobre esa presentación de los procesos económicos como procesos jurídicos, véase la anticipación de MÜCKENBERGER, U.: «La legitimación a través de la negación de la realidad», en BARCELONA, HART y MÜCKENBERGER.: *La formación del jurista. Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*, Madrid, Civitas, 1983, págs.85 y sigs. No debe olvidarse el papel que el la cultura jurídica y en la juridificación de los procesos económicos y sociales tiene la doctrina jurídica, puesto que el ordenamiento jurídico no avanza exclusivamente por impulso de los poderes legislativos y la acción extralegislativa (o, en otras palabras, extraestatal) de los grupos económicos y sociales (derecho económico de autorregulación; derecho social de autorregulación), sino que en todo ello tiene un papel fundamental los juristas, cuya papel, a menudo, pasa desapercibido o cuando no en un segundo plano. Las reflexiones clásicas sobre el

cual facilita que el derecho de contratos eleve las categorías de la ciencia económica a categorías

“*derecho de los juristas*” advirtieron ya sobre los límites de las ilusiones del formalismo legalista. Puede consultarse, paradigmáticamente, ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Presentación de L. García San Miguel, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Capítulos VI (“Derecho de los juristas...”) y VII (“Derecho de los juristas. Continuación...”), págs. 127 y sigs., y 161 y sigs.

De hecho los juristas –en el ejercicio de “su oficio”– han tenido siempre un papel importante en la vida jurídica y en la política legislativa, no limitándose a la labor “científica” doctrinal, ni a la simple aplicación e interpretación mecanicista o instrumentalista del Derecho vigente. Ese papel quedó realzado con los mismos debates sobre la Codificación del Derecho Privado. Desde las posiciones de la Escuela Histórica clásica la cima la encontramos en Savigny. Véase, SAVIGNY, F.DE.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Savigny y la nostalgia de la Jurisprudencia como ciencia hegemónica”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008. SAVIGNY, F.DE.: *Sistema de Derecho Romano Actual*, traducción por Jacinto Messía y Manuel Poley, revisión, edición y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Savigny”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. SAVIGNY, F.DE.: *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano*, edición y estudio preliminar, “Ciencia del Derecho en Savigny”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. TRIBAUT-SAVIGNY: *La codificación. Una controversia programática*, Introducción y selección de textos de J. Stern, trad. J. Díaz García, Madrid, Aguilar, 1970.

Pero la reacción vino al tiempo desde dentro de la Escuela Histórica. Así, Ihering maduro reaccionó contra el “culto de la lógica” que quiere transformar la jurisprudencia en una matemática del Derecho. cfr. IHERING, R.VON.: *El Fin en el Derecho*, trad. de Diego Abad de Santillán, edición crítica íntegra en su solo volumen y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); IHERING, R.VON.: *El Espíritu del Derecho Romano*, versión española de Enrique Príncipe y Satorres, edición crítica íntegra en un solo volumen y estudio preliminar, “Ihering, ensayo de explicación”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.); IHERING, R.VON.: *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008; GIERKE, O.V.: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke”, a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2015; GIERKE, O.V.: *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982. A Gierke le seguiría su discípulo SINZHEIMER, H.: *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht* (1922), en *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie; gesammelte Aufsätze und Reden*, Vol.I, Frankfurt, 1976. SINZHEIMER, H.: *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*. Editado por Otto Kahn-Freund y Thilo Ramm, con una Introducción de Otto Kahn-Freund, 2 vols., Frankfurt a. M-Köln, 1976.

La dirección issocialista y realista normativa sería decisiva con la aportación de MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España”, a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Anton Menger”, en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494; MENGER, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar “Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. También desde las direcciones iusrealistas más avanzadas ya entre las dos guerras mundiales, EHRLICH, E.: *Die juristische logik*”, Tübingen, 1918, págs.299 y sigs.; HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*”, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El pensamiento científico jurídico de Gény” (pp.XVII-LXXXV) a GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social*, en POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX-LXXXIII; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016; HOLMES, O.W.: *The Common Law*, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “common law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del derecho de Oliver Wendell Holmes” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020. Más adelante, SIMTIS, S.: “Die bedeutung von system und dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen problemen des massenverkehrs”, en *ACP* 172 (1972), pág.132, y un largo etcétera.

eminentemente jurídicas, reduciendo el espacio de mediación político-jurídica del Derecho, el cual se orientaría preferentemente a sancionar jurídicamente la posición de los poderes económicos. Es éste el sentido de la juridificación de los intercambios económicos en la doctrina liberal del contrato. Tras la hipervaloración de la autonomía de las categorías jurídicas y de la pretensión de que el Derecho determina las formas a las cuales se atiene y adaptan las instituciones económicas se oculta un dato más complejo, consistente en el carácter mutuamente dependiente de la forma jurídica y la forma económica. Esta constatación contradice la pretensión muy extendida en la doctrina jurídica de que los conceptos jurídicos tengan una vida enteramente autónoma respecto a los procesos económicos que formalizan.

El capitalismo exigió un orden jurídico específico (como, en general, lo requiere cada sistema económico-social); exigió su propia «sociedad jurídica»²¹. El Estado liberal requería un modelo de regulación no intervencionista. Manifestada la crisis del modelo liberal, emerge el Derecho económico o Derecho de la economía, que como Derecho de ordenación económico se sitúa, como ha sido advertido, «entre el derecho mercantil (derecho de los negocios, «corporate law») y el derecho administrativo (derecho público, constitucional y administrativo, que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía)»²².

Con todo, el derecho económico puede ser definido como el conjunto de normas y medidas de Derecho público y Derecho privado con las cuales el poder público repercute en las relaciones económicas entre los sujetos y entre éstos y aquél²³. Sin embargo, el Derecho económico no se puede confundir con el Derecho público económico, toda vez que comprende el «Derecho de la empresa» y el «Derecho del mercado». Es así que el Derecho de la economía se sitúa en el cruce entre el Derecho público y el Derecho privado. Es una categoría sistemática que penetra en el «ordenamiento

Todos ellos anudaban de manera indisoluble norma y fin en el Derecho, atendiendo a la realidad del tiempo histórico, lo que no se puede eludir en un proceso de razonamiento y justificación de cual deriva la decisión legislativa o interpretativa.

Es manifiesto, por otra parte, que hoy (con la larga crisis del viejo positivismo jurídico legalista, no del positivismo crítico) los antiguos modelos de jurista no son suficientes para responder de manera idónea a las exigencias de producción e interpretación jurídica en sociedades jurídicas tan complejas como las actuales. Los juristas –aunque no son pocos los que lo han intentado e intentan– no puede ocultar sus opciones de política jurídica tras la máscara de una supuesta neutralidad absoluta. Las distintas formas de realismo normativista, en sus numerosas manifestadas, no siempre convergentes, darían pasos decisivos al respecto. En la historia del pensamiento es constatable la tensión permanente entre formalismo y antiformalismo como corrientes de pensamiento en confrontación. Aunque no se puede generalizar, sí existe una tendencia a transitar desde la pretensión de neutralidad al compromiso de los juristas en una configuración iusrealista del Derecho (muy especialmente a través del reclamo crítico de las normas de principios y valores constitucionales y consagrados en el Derecho Internacional).

²¹ En verdad, el llamado Derecho de la economía es el Derecho de la ordenación económica, siendo así que siempre estará en función del sistema económico. En este sentido, GALÁN, E.: «Prólogo» a la obra de REICH, N.: *Mercado y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, pág. 10; ROJO, A.: «El Derecho económico como categoría sistemática», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXX, 2.ª época, núm. 3 (1980), págs. 258-259. Hace notar Rojo que el Derecho económico se presenta «como un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, no sólo con arreglo a simples criterios de jerarquía normativa, sino también en función de la estructura del sistema económico y de la conexión y relaciones de dependencia entre los distintos sectores del sistema». Ahora bien, no puede ignorarse que aunque el derecho económico toma como objeto las realidades económicas, no se limita a reflejarlas, sino que incide sobre ellas formalizándolas y conformándolas a través de opciones de política del Derecho. Dicho en otras palabras, el Derecho económico (como acontece también con el Derecho Social) no es simplemente una “tecnología jurídica”, sino una política del Derecho que se materializa, mediante la técnica legislativa, en normas que regulan los procesos económicos, y el papel de los actores públicos y privados en los espacios del mercado en a distinto nivel y “escalas”. Pero también con distintos “horizontes” y “modelos” de intervención en la economía; un orden que no es espontáneo, sino eminentemente “artificial” por la acción de las políticas del Derecho de la Economía y de la Competencia.

²² Cfr. ARIÑO, G.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 13.

²³ STÖBER, R.: *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, MAP, 1992, pág. 44.

en diagonal», comprendiendo en su seno materias de Derecho público (constitucional, administrativo, fiscal, penal) y Derecho privado (civil, mercantil, laboral)²⁴.

Es la misma regulación jurídico-institucional de los mercados la que incide sobre los mecanismos de producción y de distribución. No son sólo los agentes económicos quienes intervienen en los mecanismos de producción, ya que el principio de eficiencia, que rige el mercado económico²⁵, estuvo siempre vinculado —con mayor o menor intensidad— al llamado «metamercado institucional», donde entran en juego los principios de gobierno de la economía, tanto en el terreno de la producción como en el de la distribución. Es precisamente el equilibrio entre los principios de eficiencia y de ordenación jurídico-política de la economía lo que se ha pretendido desde las políticas económicas y sociales del poder público. De manera que ni la esfera de la producción de riqueza (mercado, empresa) ni la esfera de la distribución están sujetas a pretendidas «leyes naturales»: los mecanismos de regulación institucional (vinculada ésta al modelo de Estado, continúan siendo, pues, dependientes del proceso político) construyen ámbitos de realidad económico y social y son asimismo capaces de introducir cambios en la evolución de los sistemas sociales.

Es necesario un marco legal que encauce correctamente las actividades pero es necesario también analizar económicamente tal necesidad, y asimismo la estructura y organización de tal marco. Esa constatación no es desde luego una aportación exclusiva de la Escuela de «Análisis Económico del Derecho»²⁶, desde el pensamiento originario de Marx, hasta las direcciones institucionalistas y regulacionistas contemporáneas²⁷.

En el momento presente existen distintos factores que determinan el curso del Derecho económico. En efecto, sobre el sentido del Derecho económico repercute el proceso de globalización de la economía, con el apogeo de las economías de escala y el acrecentamiento de la competencia mundial. Igualmente influyen otros elementos importantes como el apogeo del individualismo posesivo (individualismo liberal) como recuperación del supuesto central de la teoría política y jurídica liberal²⁸ y la desconfianza (alentada) hacia el papel regulador del poder público y la función del sector público.

²⁴ En este sentido ROJO, Á.: «El Derecho económico como categoría sistemática», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXX, 2.ª época, núm. 3 (1980), págs. 272 y sigs.

²⁵ Destacado de antiguo por Stuart Mill, y reelaborado contemporáneamente por DANIEL BELL, en su obra *Las contradicciones culturales del capitalismo* (1976), Madrid, Alianza, 1994, espec., págs. 252 y sigs.

²⁶ Véase POSNER, R.: *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1972; COASE, R. H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994. Para esta corriente de pensamiento las instituciones jurídicas tienen una lógica económica, que referida a las instituciones económicas del capitalismo se conducen por el principio de eficiencia económica. En esta perspectiva, entre nosotros, se ha afirmado que «en su función de mecanismo para mejorar la eficiencia de la asignación de recursos, el meta-mercado (esto es, el derecho, el sistema institucional) actúa de dos maneras, indicadas por las dos condiciones principales del teorema de Coase: a) mejora la definición de los derechos de apropiación y b) reduce los costes de la transacción que lleva al óptimo de equilibrio». Cfr. ARIÑO, G.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 28. Una orientación ciertamente diferente es la mantenida por SANTINI, G.: *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1979. (Existe traducción al castellano, *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, presentación, A. Pérez de la Cruz Blanco, Barcelona, ed. Ariel, 1988). Para Santini, el método de la «economía del derecho» representa «una propuesta de análisis de los fenómenos, que arranque del comportamiento de los agentes económicos y del sector «privado» (o, si se prefiere llamarlo así, del mercado), y que permita una investigación sobre el derecho usado por los propios agentes, diverso del derecho codificado y del elaborado por jueces y doctores» (*Ibid.*, pág. 17).

²⁷ MARX, K.: *El capital*, cit.; AGLIETA, M.: *Regulación y crisis del capitalismo*, Madrid, Siglo XXI, 1979; PIRELLI y SABEL: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, Alianza, 1990; POLANY, K.: *La gran transformación*, Barcelona, La Piqueta, 1989. Recientemente, IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1988, caps. II y III, passim.

²⁸ 29 En este sentido MACPHERSON, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. J. R. Capella, Madrid, Laia, 1970, págs. 15 y sigs., y 225 y sigs. Desde otro punto de vista, véase también DUMONT, L.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza, 1987.

1.2. La juridificación de las instituciones económicas como proceso histórico

«...los factores desencadenantes de procesos complejos son invariablemente múltiples y están invariablemente interrelacionados. Las explicaciones monocausales no son suficientes».

DAVID S. LANDES²⁹

Como ha hecho notar Sombart, el capitalismo necesita, para llegar a su pleno desenvolvimiento, la confluencia de tres factores: capital, trabajo y mercados. La realización efectiva de este complejo triple de condiciones constituye los elementos fundamentales de la edificación del sistema capitalista. El proceso capitalista mismo, al desenvolverse, racionaliza la marcha de la vida económica, por lo que provoca un desarrollo forzado en la dirección conforme a su idea. En el proceso histórico se obtiene una configuración capitalista uniforme de la vida económica³⁰. Sobre esos tres factores gira la constitución económica y el Derecho económico del capitalismo moderno. Pero esos tres factores (capital, trabajo y mercados) no funcionan en el capitalismo moderno como mecanismos «naturales» y «espontáneos», sino que exigen, por el contrario, la intervención conformadora del Derecho del Estado. Las relaciones entre mercado y Derecho no son en rigor «externas», ya que el funcionamiento del mercado en la edad moderna es incomprensible sin la existencia de reglas e instituciones de Derecho privado y de Derecho público que presiden su dinámica. La experiencia jurídica demuestra la intrínseca juridicidad de la economía moderna. En el plano jurídico, el mercado es un orden de los intercambios caracterizado por las notas de regularidad y previsibilidad de la conducta, el cual está gobernado por reglas que determinan la previsibilidad (un «cálculo de futuro») de los comportamientos de los sujetos económicos³¹. De este modo, la regularidad y previsibilidad no están determinadas por una simple «espontaneidad» naturalista, un orden espontáneo, sino por un orden simultáneamente «construido» (artificial) y «dado»³². Las normas ordenadoras son necesarias y constitutivas del mercado, estando éste, pues, sometido a su propio estatuto jurídico-político que lo conforma artificialmente. Si el sistema jurídico confiere naturaleza al mercado, es evidente que éste no puede pretender los atributivos de naturalidad y apoliticidad que a menudo se pretende. La noción misma de «constitución económica» es un exponente del conjunto de principios y reglas jurídicas de ordenación de la economía (vale decir, de «constitución interna» —no simplemente «externa»— de la economía, capaz de unificar la forma y la sustancia de lo económico). En la medida en que existe una auténtica «constitución de la economía» capitalista esta está intervenida en sentido político y jurídico, y de lo que se tratará es de verificar el modelo de intervención existente en cada momento, es decir, el equilibrio entre heteronomía y autonomía de los agentes económicos. Pero cualquiera que sea la opción en una constitución normativa de la economía en el Estado social existirá estatuto jurídico del mercado, integrador, de algún modo, de «lo construido» y de «lo dado» en el encuentro de las fuerzas económicas y sociales operantes. Con la indicación de que en los sistemas económicos contemporáneos ese «estatuto jurídico» no es sólo dinámico y variable, sino que también puede conformarse de manera heterogénea ante la constatación jurídico-económica de que existen una pluralidad de mercados regulados normativamente (resultado, pues, de una opción de política del

²⁹ LANDES, D. S.: *La riqueza y la pobreza de las naciones*, Barcelona, Ed. Crítica, 1999, pág. 471.

³⁰ SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, t. I, México, FCE, 1984, pág. 11.

³¹ Véase IRTI, N.: «El orden jurídico del mercado», en *Rev. de la Facultad de Derecho Univ. Gr.*, núm. 3 (2000), págs. 8-9, y ampliamente IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1988, *passim*. El autor realiza que la forma de un orden viene dada, precisamente, por comportamientos típicos, razonablemente previsibles y calculables para las partes implicadas. La relevancia de la Constitución del Estado Social de Derecho, como constitución normativa es subrayada por HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934), edición y estudio preliminar, "La teoría político-jurídica de Hermann" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, espec., págs. 285 y sigs; KÄGI, W.: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional* (1945), estudio preliminar de F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2005.

³² Véase GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Derecho económico), sometidos a su propia lógica jurídica y económica. Esto en sí constituye una crítica severa al economicismo en la teoría jurídica³³.

Ciertamente, el Estado tiene, en la sociedad capitalista actual, una naturaleza doble, ya que es, al propio tiempo, la organización política de la sociedad capitalista y es elemento de su organización económica³⁴. Esa doble naturaleza, que se corresponde igualmente con una doble función, refleja la función política y la función económica directa del Estado capitalista, en cuanto elemento de la organización económica de la sociedad capitalista. Esto supone que en la fase actual del capitalismo avanzado el Estado no queda relegado a una mera superestructura, sino que forma parte de la misma estructura económica (tiene, pues, carácter estructural). Ello significa que el Estado capitalista mantiene una relación directa con la economía capitalista, que convierte al Estado en un capitalista entre los capitalistas: esto es, un protagonista, junto a los otros, de los procesos de reproducción del capital, participe directo de las relaciones sociales de producción, y elemento de la «base», y ya no meramente «sobreestructura» (en la metáfora espacial y geopolítica de utilizada por el marxismo ortodoxo), de la sociedad capitalista³⁵; entre otras razones porque esa distinción entre «base» y «sobreestructura» no es efectivamente existente sino de carácter meramente metafórico.

En la perspectiva histórico-evolutiva, la ideología liberal adquiere un carácter provisional y transitorio³⁶, siendo desplazada por la ideología «intervencionista» necesaria para el funcionamiento del sistema económico capitalista. El Estado capitalista opera como mecanismo de realización y composición entre los distintos intereses en presencia. Es así que esta forma de Estado asume una función esencialmente racionalizadora, vinculada a la dirección pública de la economía y a la garantía de las bases de funcionamiento del sistema económico vigente. Pero esta compleja función del Estado moderno sólo puede obtenerse dotando de autonomía al Estado frente a las clases en lucha: autonomía que actúa no sólo respecto de los capitalistas particulares o a ciertos estratos capitalistas, conforme a una imagen neocapitalista. Es un ámbito de autonomía predicable en relación a la misma clase capitalista³⁷. Ello no supone que el Estado continúe manteniendo un estrecha función de apoyo a las empresas, como se refleja a través de las «leyes medida» de naturaleza económica, que permiten una regulación indicativa de la economía y una selección en la distribución a las empresas de las subvenciones económicas y de los incentivos financieros³⁸.

Una legislación fragmentaria que en sí misma constituye un exponente de la crisis del Estado social³⁹ como consecuencia, en este caso, de la presión de los intereses sectoriales y corporativos a

³³ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Para una crítica del «economicismo» en la construcción de la teoría jurídico-laboral de los grupos de empresa», en *Temas Laborales*, núm. 45 (1997), págs.3 y sigs. Polanyi ya puso de manifiesto la penetración del elemento jurídico e institucional en el mercado. Véase POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989; POLANYI, K.: «El lugar de la economía en la sociedad», en POLANYI, K.: *El sustento del hombre*, Barcelona, Mondadori (Grijalbo), 1994. Una perspectiva diversa puede verse en MARTÍN MATEO, R.: *El marco público de la economía de mercado*, Madrid, Trivium, 1999.

³⁴ GALGANO, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980, pág. 43.

³⁵ GALGANO, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 44.

³⁶ En su formulación originaria «el liberalismo es la filosofía económica de una fase histórica del capitalismo ya concluida...; es la doctrina defendida por una clase social que no había conquistado, totalmente, el control del Estado». Cfr. GALGANO, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 47. Véase igualmente BARCELLONA, P.: *Diritto privato e processo economico*, Napoli, Jovene Editore, 1973, cap. II (Del Estado de Derecho al Estado programador, págs. 53 y sigs.).

³⁷ GALGANO, F.: *Las instituciones de la economía capitalista*, cit., pág. 84.

³⁸ Sobre las transformaciones de la legislación pública en el capitalismo tardío, véase BARCELLONA, P.: *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994; ya antes NEUMANN, F.: «Mutamenti della funzione della legge nella società borghese», en *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, 1973, págs. 245 y sigs.

³⁹ Una crisis institucional que no debe impedir reconocer su persistencia como un «logro cultural» de la civilización occidental. En este sentido HABERLE, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, págs. 33 y sigs.

favor de que se dicten «leyes particulares»⁴⁰. Con todo, el carácter general y abstracto de la ley está en peligro⁴¹. El Estado social como proyecto civilizatorio nace como exigencia de domesticación del capitalismo a través de un proceso de racionalización del mundo de la vida, pero ello no ha impedido la subsistencia del conflicto y su desplazamiento en una multiplicidad de ámbitos, incluido el propio Estado social contemporáneo. Por ello «si ya no sólo ha de «domesticarse socialmente» al capitalismo [y su subsistema económico], sino también al Estado intervencionista, la tarea ha de definirse en nuevos términos»⁴².

En una perspectiva histórica, es preciso tener en cuenta que la edad moderna es esencialmente la época del proceso codificador del Derecho privado, el período de la mediación del Estado en la regulación del conjunto de las relaciones sociales⁴³. Estos códigos consagran la estatalidad del Derecho, monopolizando la producción normativa. En este sentido se ha operado una segregación en el mismo interior del Derecho privado, donde del Derecho mercantil se predica un cierto «particularismo jurídico». Éste no se vincula a un sector específico del sistema económico, ni puede resolverse en el Derecho del comercio⁴⁴. Su consagración es el producto diacrónico de una innovación jurídica operada en el ámbito de la regulación de las relaciones económicas, resolviéndose en el conjunto de normas «especiales» del comercio que han sido establecidas directamente por la clase mercantil en las diversas épocas, o ha pretendido que el poder público instaurara⁴⁵.

Sin embargo, con el proceso de integración europea se opera una mistificación evidente, porque en gran medida en la Unión Europea se retoma la vieja concepción «naturalista» de un Derecho mercantil «apolítico», donde la uniformidad transnacional se vincula únicamente a la «unidad de mercado», sin necesidad de hacer reclamo de la «unidad política». Desde esta visión economicista, se acepta la orientación liberal según la cual las normas ordenadoras de la actividad mercantil pueden crearse con independencia de los centros de mediación política y social que crean las demás normas jurídicas de regulación de la vida social⁴⁶. Este enfoque es el propio del economicismo jurídico, que disocia el Derecho de la política democrática (la formación democrática del Derecho), concibiendo al sistema jurídico como un momento accesorio de la sociedad, es decir, como una mera técnica de organización de las relaciones sociales de producción.

De ahí que las instituciones del Derecho privado no puedan ser aisladas del conjunto del contexto histórico-político en que se insertan⁴⁷. Uno de los méritos de la obra clásica de Ripert, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, es precisamente el intento de reconstruir el núcleo

⁴⁰ Véase ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997; ZAGREBELSKY, G.: *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, .

⁴¹ En este sentido RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., págs. 216 y sigs.

⁴² Cfr. HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1989, pág. 428.

⁴³ GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, pág. 12. Véase TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto, Il Mulino, Bologna, 1976; GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1962, págs. 439 a 543; GROSSI, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; GROSSI, P.: *Europa y el Derecho*, Barcelona, Crítica, 2009; GROSSI, P.: *La cultura del civilista italiano*. Un profilo storico, Milano, Giuffrè, 2002; RIPERT, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. J.M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?" a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

⁴⁴ GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, págs. 12-13, con apoyo en el pensamiento de Ascarellin

⁴⁵ GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980, pág. 15.

⁴⁶ Véase GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 16-17.

⁴⁷ Véase, con planteamiento crítico, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. TARELLO, G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, "Introducción" de R. Guastini y G. Refuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

de las instituciones reguladoras del capitalismo en el correspondiente marco histórico y político⁴⁸. Ciertamente, Ripert estudia las instituciones del capitalismo moderno desde una perspectiva no exclusivamente técnico-jurídica, sino también atendiendo a las aportaciones históricas, sociológicas y a las diversas direcciones de política jurídica que las inspiran. Pretende, pues, un conocimiento más totalizador de los elementos jurídicos constitutivos del capitalismo histórico.

Desde el economicismo jurídico se ha querido ver en el Derecho mercantil una simple «superestructura» legal de la economía de cambio, que sólo adquiriría su pleno sentido en la base económica de la sociedad. Sin embargo, un examen atento de las categorías jurídicas en su historicidad y en su desenvolvimiento actual, pone de relieve la relevancia de la dimensión jurídica y política de todas las instituciones del Derecho privado. En particular, la comprensión de las instituciones del Derecho mercantil no puede obtenerse con el exclusivo reclamo de las categorías propias de la ciencia económica. Para el dominio científico de las instituciones mercantiles es preciso tener en cuenta los parámetros histórico-sociológicos y políticos, los cuales, conjuntamente, permiten comprender y explicar su intrínseca complejidad⁴⁹.

El surgimiento del Derecho privado moderno, incluido el Derecho mercantil, se vincula a la implantación progresiva de la sociedad burguesa, donde se despliega el nuevo espíritu de empresa y una nueva organización de las relaciones de comercio. La clase empresarial va adquiriendo plena libertad para organizar sus negocios y defender sus propios intereses de clase. Su ascenso al poder político favorece la constitución de un sistema de Derecho privado conformador de la sociedad en el sentido que más interesaba a la clase dominante en el poder⁵⁰, el cual, recogiendo la práctica jurídica del *ius mercatorum* daría creación al Derecho mercantil moderno. Este *ius mercatorum* formalizado en el nuevo orden jurídico era directo servidor de los intereses de la burguesía: era en sentido estricto un verdadero «Derecho de clase». Y es que ciertamente el *ius mercatorum* nació, ya originariamente, como un Derecho formado por la clase mercantil para regular el tráfico de comercio, sin que en su gestación interviniese directamente el poder público. Esta forma de Derecho «autónomo» se desplegó especialmente sobre los esquemas contractuales que formalizaban las relaciones económicas entre los comerciantes. Lo cual obedecía a un esquema coherente en el plano lógico-jurídico y de funcionalidad práctica de los institutos jurídicos, porque el esquema contractual ha sido el mecanismo permitido por el orden jurídico para vehicular y facilitar la acumulación capitalista. El paradigma contractual es, en efecto, un instrumento jurídico flexible para regular relaciones patrimoniales de cambio, tanto concerniente al intercambio de bienes como al intercambio de prestaciones de trabajo por salarios⁵¹. Por lo demás, el instrumento contractual, sobre la que se cimentó el *ius mercaturum*, fue el soporte

⁴⁸ Ese intento, con todas sus limitaciones, parece querer ser el propósito de RIPERT en su obra Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit., «Introducción», págs. 1 a 6.

⁴⁹ Véase, al respecto, ASCARELLI, T.: «La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale», en *Rivista del diritto commerciale*, 1934, p. 1; Id.: *Appunti di diritto commerciale*, I, Romma, 3.ª ed., 1936, págs. 3 y sigs.; véase la traducción castellana, Introducción al Derecho comercial, Buenos Aires, 1947, págs. 35 y sigs. G. Ripert, mantendrá, como Ascarelli, que el Derecho comercial no constituye una categoría ontológica, sino eminentemente histórica, considerando que en lo esencial representa el Derecho de la época del capitalismo organizado. Un sistema socio-económico que interactúa continuamente con las formas jurídicas que lo regulan. Véase, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo Moderno*, cit., RIPERT, G.: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París, 1947, 2.ª ed. RIPERT, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>

⁵⁰ Véase L'HOME, J.: *La gran burguesía en el poder*, Barcelona, Ed. Lorenzana, 1965, págs. 209 y sigs.

⁵¹ La importancia del instrumento contractual en la formalización y organización de las relaciones económicas de empresa (el haz de contratos necesarios para el funcionamiento de la empresa), fue ya puesta de manifiesto por SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo*, 2 Tomos, México, FCE, 1984.

jurídico para la creación de la sociedad colectiva⁵². De ahí se pasaría a la formación de un Derecho público para las actividades de comercio predispuerto por el Estado monárquico del absolutismo⁵³, para alcanzar la creación en la sociedad moderna del Derecho mercantil de la *codificación* burguesa⁵⁴.

Es después del triunfo de las revoluciones burguesas, cuando se acomete decididamente una auténtica *revolución jurídica*, sobre todo en virtud del proceso codificador. Esa transformación radical se concreta en la separación entre la sociedad civil y la sociedad política, ámbito éste que permite identificar los intereses de clase con mitificados intereses generales («nacionales») más generales. En el período inicial del Estado «liberal», éste se caracteriza como «Estado de clase única»⁵⁵, con funciones de mediación entre las clases poseedoras de riqueza, y con cometido propios del «Estado gendarme» respecto de las clases desposeídas⁵⁶. Con la emergencia del Estado democrático de pluralidad de clases⁵⁷, cuyo presupuesto político-jurídico es el reconocimiento de las libertades públicas de voto y asociación política y sindical, se produce una complejidad mayor de las funciones estatales que han de orientarse en un sentido más propiamente de mediación «externa» entre las clases en presencia en la sociedad y en la búsqueda de instrumentos de carácter más integrador respecto de los conflictos emergentes en la sociedad industrial moderna.

En este sentido, cabe hacer notar que se produce una suerte de «estatalización» del Derecho civil: los códigos de Derecho privado —cuyo paradigma es el Código de Napoleón⁵⁸— reflejan nítidamente como la nueva clase en el poder institucional procede a estatalizar las fuentes de producción normativa. De manera que el Derecho civil, deja de ser concebido sólo como Derecho natural, Derecho de la razón, situado al margen del Estado, para pasar a ser un Derecho privado estatal, garante, sin embargo, de leyes económicas y sociales consideradas como naturales⁵⁹; el poder

⁵² Como destacado GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 58 y sigs.; GALGANO, F.: *Le società di persone*, Milano, 1972.

⁵³ Véase ANDERSON, P.: *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo XXI, 1979. Consúltese la obra clásica de HINTZE, O.: *Historia de las formas políticas*, trad. J. Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, “Otto Hintze y la renovación de la historia política y Constitucional” (pp.IX-LVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021, págs. 7 y sigs., 53 y sigs., y 71 y sigs.

⁵⁴ Ese proceso puede datarse históricamente en GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., cap. 4, 83 y sigs.; PATTI, S.: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Bari, 1999.

⁵⁵ Como expresiva lo denomina GIANNINI, M. S.: *El poder público*, cit., págs. 85 y sigs. Ripert había señalado que «el capitalismo industrial que nació a fines del siglo XVIII no hubiera logrado cambiar la forma y el espíritu de la sociedad francesa si no hubiese existido en la misma época una revolución política, que la permitió crear un clima nuevo» (Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit., pág. 320).

⁵⁶ Véase, desde la corriente de pensamiento del socialismo jurídico, MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998.

⁵⁷ GIANNINI, M. S.: *El poder público. Estados y administraciones públicas*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, que distingue entre el Estado de clase única del siglo XIX (cap. 2.º, pág. 49 y sigs.) y el Estado de pluralidad de clases (cap. 3.º, pp. 85 y sigs.).

⁵⁸ Adviértase que el paradigma jurídico hace referencia a las transformaciones estructurales producidas en el Derecho en las diversas etapas del sistema capitalista, a los mecanismos de regulación normativa y al modelo de regulación de la vida social. Véase HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998 passim. Para el concepto de paradigma en el sistema de las ciencias, véase KUHN, T. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1994.

⁵⁹ Véase ARNAUD, A. J.: *Les origines doctrinales du code civil français*, París, L. G. D. J., 1969. El problema del código reside en la captación de su vinculación con las direcciones de pensamiento que precedieron a la Revolución Francesa con el proceso ulterior de estatalización que dicha codificación comporta. Y es que ciertamente el proceso codificador permitió unificar los postulados de la ideología iusnaturalista y los presupuestos del predominio estatal y del criterio de la voluntad general. Por lo demás, la codificación suponía un determinado modelo de jurista, cuya función se reduciría a la elaboración técnica de los datos normativos, sin capacidad de incidir en el proceso de creación normativa. Véase LIPARI, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, págs. 37 y sigs., y la interesante aportación de GROETHUYSEN, B.: *Filosofía de la Revolución francesa*, México, FCE, 1989, cap. VI (Carácter revolucionario y universal de la idea del Derecho), págs. 185 y sigs. y cap. VII (Principios de la arquitectura social adoptados por la Revolución), págs. 212 y sigs. La

público queda implicado como garante externo de un orden *preexistente* gobernado por la razón, por la naturaleza de las cosas. El Estado es ahora llamado a *regular* las relaciones económicas y sociales, siendo su colofón el proceso codificar (estatal) del Derecho privado, superando, por razones obvias, a todas luces, las antiguas reticencias hacia la intervención de un Estado que ya no es calificado de absolutista. En efecto, el sistema capitalista se dio en llamar *liberal* porque había sido creado bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastaba, requería del establecimiento de garantías de los derechos, de las libertades económicas, y del desmantelamiento por la intervención del Estado de todas las instituciones y ataduras que impedían en desarrollo de la propiedad privada y el libre mercado⁶⁰. El reconocimiento de ese haz de libertades, necesarias para la organización capitalista de la economía, reflejan el ideario de democracia liberal de la burguesía ascendente y en el poder constituido⁶¹. Los Códigos de Derecho Privado –encabezados por el Código Civil– cumplieron una *función constitucional*; y como “constitución” encuentra su centro en la propiedad individual como valor principal junto con la libertad de iniciativa económica y de contratación bajo el dogma del principio de autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes. Este *modus operandi* se correspondía con la forma del “Estado monoclasa” (o de clase única, es decir, el llamado “Estado burgués”, significativa no había ningún problema de fondo en hablar en la época de los “códigos de la burguesía” porque que establecían las reglas jurídicas e institucionales de la “paz burguesa” una a que accedió al poder, a la par que se habla sin pudor de las “revoluciones burguesas” como sinónimo harto problemático de la las “revoluciones liberales”) en el poder establecido (desde el punto de vista de la estructura política institucionalizada). Esta forma-Estado monoclasa no fue neutral, sino que contribuyó decisivamente a crear las condiciones adecuadas para el desarrollo de la sociedad industrial moderna; y lo hizo garantizar las libertades y derechos de los empleadores, la libre circulación interna de personas, bienes y mercancías y desmantelando las precarios sistemas de protección social del trabajo y asistencia del “antiguo régimen”. Pero no menos significativo fue la destrucción legislativa de los llamados “cuerpos intermedios”, prohibiendo el derecho de coalición y con él la libertad de asociación profesional y la libertad de sindicación. Por lo demás, en la misma dirección, la instauración del principio de igualdad formal y el principio de la libertad de contratación permitieron la reconducción de las relaciones laborales a los esquema típicos de dominación de los contratos de arrendamientos de servicios profesionales (devenidos para el trabajador un puros contratos de adhesión a las condiciones prefijadas unilateral y exclusivamente por el empleador contratante). En ese periodo dominaba el positivismo legalista en la ciencia jurídica, que podía permitir al jurista contribuir al buen funcionamiento del nuevo orden jurídico sin cuestionarse la desigualdad material y la desigualdad real entre las partes contratantes. Lo cual permitió legitimar las relaciones contractuales de trabajo como relaciones de dominio/dominación jurídica y no sólo socio-económica. Todo el campo de “lo social” era ignorado y después se daría cuenta de ello a través de las metafóricas y elusivas expresiones de “problema social” y “cuestión social obrera”⁶². Afrontar “lo

promulgación de los Códigos permitió que el Estado monoclasa desplazase el pluralismo jurídico desordenado y disgregador preexistente en el Antiguo Régimen; y a la vez le posibilitó imponer un orden nuevo basado en reglas unilateralmente favorables a las clases dominantes en el poder establecido.

⁶⁰ Véase, al respecto, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pág. 14.

⁶¹ Véase LASKI, H.: *El liberalismo europeo*, 8.ª ed., México, FCE, 1984, cap. III, págs. 139 y sigs.; LASKI, H.J.: *La libertad en el Estado Moderno*, edición y estudio preliminar “Harold J.Laski y las trayectorias del socialismo democrático inglés” (pp. IX-XCVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; y GROETHUYSEN, B.: *Filosofía de la Revolución Francesa*, México, FCE, 1989, *passim*. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J.Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), (2021) 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo”, en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 96 (1999); PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)*, Madrid, Tecnos,

social” implicó la traducción de la realidad y un nuevo lenguaje a ella correspondiente (que superarse el enmascaramiento de lo social y del conflicto subyacente al supuesto orden armonioso y espontáneo de la sociedad industrial de individuos libres y propietarios), haciendo referencia la lucha de clases, a los conflictos sociales, y a la necesidad de operar un giro del ordenamiento para introducir la “idea social” en el ordenamiento jurídico del Estado liberal e individualista. Lo que, al tiempo conducirá a establecer una “Estado de pluralidad de clases” y más tarde a la forma política de “Estado Social de Derecho”. Para las primeras fases se hablaría de “código de derecho privado-social” (Anton Menger; O.v. Gierke) en contra posición al vigente “código de derecho privado-individual”, propio del “individualismo posesivo o propietario”. El ciclo histórico se desarrollaría entre luchas por los derechos sociales y políticos –negados a las clases trabajadoras– y regulaciones “concesivas” hasta alcanzar la época del constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho y la creación de una de sus expresiones típicas, a saber, la invención del Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social⁶³. Para la fase consolidación del Estado Social de Derecho, se habla de “modelo socio-económica” de la Constitución en términos de ensamblaje de la “constitución económica” y de la “constitución social”, y su materialización en la interpenetración entre el Derecho de la Economía y el Derecho Social.

El propio Ripert realizó que «el capitalismo industrial y financiero ha creado una legislación, que le ha permitido afirmar su poder»⁶⁴. Lo que se pide del Estado es la consagración legislativa de que era considerado todavía como un Derecho natural universal e inmutable⁶⁵. Es así que el Estado legislador se constituye en el intérprete supremo y en el garante del orden natural, de suerte que de la visión del Derecho natural como fuente autónoma del Derecho, independiente del Derecho estatal, se pasa entonces en la concepción de ese sistema de Derecho como fundamento del mismo Derecho del Estado: el proceso codificador había operado, pues, esta verdadera transmutación o transfiguración⁶⁶.

Es aquí donde conviene subrayar nuevamente el papel nuclear del sistema jurídico en la construcción social de la realidad del capitalismo moderno. En efecto, el sistema capitalista a pesar de que proclama enfáticamente que no pide nada del Estado y de que sólo reclama del Estado que consagre el «estado de naturaleza» (con sus leyes económicas y sociales inquebrantables) violado por el intervencionismo autoritario del antiguo régimen, no sólo requería del reconocimiento de

7ª ed, 2011.; MONTROYA MELGAR, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales*, Madrid, Civitas, 1992; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría socio-jurídica del estado constitucional y sindicalismo de integración: la concepción de Adolfo Posada”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(1), (2022) 347–435. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6330>

⁶³ El proceso se puede describir y analizar en síntesis en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; y con mayor detenimiento en, *Ibid.*, *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999; *Ibid.*, *La reforma social en España*. Adolfo Posada, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *Ibid.*, *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía* (pp.XII-CL), Estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; *Ibid.*, “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>.

⁶⁴ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 6. El problema, hace notar Ripert, es que «el capitalismo choca hoy con el poder de la democracia» (*Ibid.*, pág. 6); RIPERT, G.: El régimen deoocrático y el Derecho Civil Moderno, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de Jurista Liberal?”” (pp.IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2022. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 197-264. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>

⁶⁵ Sobre este «Libro preliminar», véase SOLARI, G.: *Individualismo e diritto privato*, Torino, reimpresión de 1959, págs. 56, 169 y sigs.

⁶⁶ Véase GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 90.

las libertades económicas fundamentales, sino que exigía además del *laissez faire* —y no en menor medida—, que la legislación estatal predispusiera de los medios necesarios para el funcionamiento de los mercados y para la acumulación rentable del capital, y asimismo que removiera los obstáculos jurídicos e institucionales del viejo orden que impedían el libre juego de las fuerzas productivas, y no sólo de los bienes, sino también de las personas⁶⁷. Dicho en otras palabras, y de modo más explícito: a las fuerzas económicas del capitalismo no le bastaban el «Derecho común», el capitalismo tenía que *crear su propio Derecho* y cambiar la organización de la sociedad civil, siendo así que la clase capitalista que conquistó revolucionariamente el poder se hace conservadora del propio orden en el cual se instala⁶⁸. Efectivamente, los códigos de Derecho privado (Derecho del Estado, que sitúa a la ley en el eje del sistema jurídico) consagrarían el individualismo propietario⁶⁹, a través de la inviolabilidad del derecho de propiedad y el reconocimiento de una plena autonomía negocial, tan sólo limitada por razones de orden público y moral dominante, la institución familiar es conformada también con arreglo a las nuevas exigencias del tráfico económico⁷⁰.

Sin embargo, el proceso de codificación no fue uniforme, ni se desarrolló armónicamente. Progresivamente se produce una segregación en el sistema codicístico, dándose lugar a un sistema de códigos separados (códigos civiles y códigos de comercio). En el fondo, no son sólo las exigencias del tráfico económico las que provocan el fenómeno de diferenciación. La duplicación de códigos de Derecho privado ponía de manifiesto originariamente la fragmentación interna de la burguesía como clase social. En efecto, se puede decir, en términos generales, que los códigos civiles eran en lo principal, los códigos de la burguesía terrateniente, y eran coherentes con una economía eminentemente agraria; mientras que los códigos mercantiles, constituían los códigos de la burguesía comercial e industrial emergente⁷¹, por lo que se centraban en la regulación de la riqueza mobiliaria, no tanto en el derecho de propiedad, como en la regulación de los llamados «actos de comercio», en una clara objetivación del sistema regulador. En esta lógica segregadora, los códigos civiles, parecían ignorar a la empresa (propiedad en sentido dinámico), dando entrada sólo a la propiedad estricta (en su sentido estático, desvinculada del quehacer productivo)⁷².

⁶⁷ No se olvide que la exigencia de mano de obra supuso la actuación del Estado para dismantelar las estructuras de la servidumbre, y los mecanismos de solidaridad y las comunidades de trabajo existentes en la época feudal. Véase la excelente obra de SOMBART, W.: *El apogeo del capitalismo* I, cit., págs. 353 y sigs.; POLANYI, K.: *La gran transformación*, cit., págs. 223 y sigs.

⁶⁸ Véase RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., pág. 15; GRAMSCI, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado Moderno*, edición y estudio preliminar, “El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci” (pp. IX y ss.), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018; GRAMSCI, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna*, trad., edición y estudio preliminar, “La construcción de la hegemonía en Gramsci: La política como lucha por la hegemonía” (pp. IX-CI, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017.

⁶⁹ Proclamado en el plano de la filosofía política. Véase MACPHERSON, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970. Para las bases del individualismo jurídico, véase SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946, págs. 12 y sigs.

⁷⁰ Véase REBUFFA, G.: *Origine della ricchezza e diritto di proprietà*, cit., pág. 72; UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, págs. 50 y sigs. Véase la perspectiva de conjunto de LIPARI, N.: *Derecho privado*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, págs. 167 y sigs.

⁷¹ Véase GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 99. Para la evolución histórica de la noción de codificación en el Derecho francés moderno, es imprescindible la consulta directa de GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Segunda Parte, Capítulo 1º (que ya lleva el título significativo de “Exageración del elemento legal en el método jurídico tradicional”; “Evolución histórica de la noción de codificación en el derecho francés moderno”; “Límites racionales del imperio de la ley bajo el régimen de la codificación”), págs. 53-97.

⁷² RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., págs. 14 a 16. Esa relevancia de la propiedad en sentido estático, es realizada agudamente por SOLARI, G.: *Individualismo e diritto privato*, cit., pág. 193.

Con todo, el Derecho que surge del proceso codificador es un derecho formalmente igualitario, que reivindica su aplicación por igual respecto de todos los ciudadanos sin diferenciación de clase. Se da nacimiento a un sistema de Derecho igualitario que opera sobre la base de la unidad del sujeto jurídico⁷³ y el principio base de una ley igual para todos los ciudadanos, desatendiendo cualquier consideración en función de la clase social de pertenencia⁷⁴. El principio de objetivación del sistema normativo privado, ocultaba que detrás de los derechos de propiedad y del ejercicio de las libertades económicas, operaban no sólo «individuos» aislados, sino grupos sociales con diferentes posiciones de poder económico y jurídico⁷⁵.

No obstante, los códigos de Derecho privado no eran realmente igualitarios, ya que privilegiaban a unos individuos sobre otros, constituyendo un «derecho de clase», el cual contradecía en sus propios términos el principio de igualdad formalmente reconocido⁷⁶. Los códigos de Derecho privado formalizan el dominio de la clase propietaria y empresarial, y dejaban en la más absoluta desprotección a los trabajadores y a los ciudadanos consumidores. Por eso se propuso desde el socialismo jurídico y desde otras direcciones reformistas (entre las que se hallaba el propio Gierke⁷⁷) una reforma del Derecho privado que garantizara una igualación real entre todos los ciudadanos⁷⁸. Con

⁷³ Véase, ampliamente, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., págs. 37 y sigs.; REBUFFA, G.: *Origine della ricchezza e diritto privato*, cit., pág. 128; TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. TARELLO, G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, “Introducción” de R. Guastini y G. Rebuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

⁷⁴ Véase CERRONI, U.: *La libertad de los modernos*, Eds. Martínez Roca, 1972, págs. 69 y sigs.

⁷⁵ El nexo existente entre la disciplina de las actividades económicas y aquellas tradicionalmente confiadas al Derecho privado sufre una contaminación entre Derecho privado y Derecho mercantil definida comúnmente con la expresión «mercantilización del Derecho privado». Esto se puede comprender, ante todo, como la progresiva objetivación del Derecho mercantil, esto es, como la evolución desde un criterio subjetivo a otro objetivo en la cualificación de los fenómenos mercantiles, «acto objetivo de comercio». Pero también puede ser interpretada en el sentido de la generalización de las categorías, así como de los intereses del grupo de los comerciantes respecto a las categorías privadas, «consumidores privados». Todo ello, es obvio, traicionaba la concepción científica de un jurista como J. Domat, el cual distinguía las leyes en eterna y cambiante, incluyendo el Derecho civil en las primeras y al Derecho mercantil y al Derecho público, dentro de las segundas. Desde su modo de pensar racionalista se podía entender el contrato y la propiedad pertenecientes al orden y a la razón natural (eternos e inmutables), mientras se concebía al Derecho mercantil, al igual que las constituciones, como «instituciones» cambiantes dependientes de la esfera política o de la oportunidad de los gobiernos en cada momento. Nótese que el análisis de esta progresiva mercantilización no se reduce a ser un puro hecho técnico, sino que representa un proceso de la evolución de la política y la economía moderna. Cfr. LIPARI, N.: *Derecho privado*, cit., pág. 703.

⁷⁶ Esto fue el centro de la denuncia de la corriente plural del socialismo jurídico. Véase MENDER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Est. Preliminar sobre «Reformismo social y socialismo jurídico» a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; SALVIOLI, G.: *El Derecho civil y el proletariado*, Est. Preliminar de B. Clavero, Sevilla, Universidad, 1979; CIMBALI, E.: *La nueva fase del Derecho Civil en sus relaciones económicas y sociales*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1893; ampliamente MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999

⁷⁷ Véase VON GIERKE, OTTO: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke” (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke”, en *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2 (2020), págs. 682-735. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/5080/4445

⁷⁸ También se planteó desde presupuestos liberales un enfoque «humanitario», con menores pretensiones en el alcance de la reforma social del sistema jurídico. Así, se puso de relieve la importancia de la intervención legislativa en favor de los trabajadores, no sólo protegiendo el derecho de asociación profesional, sino también porque muchas intervenciones sobre las relaciones individuales de trabajo (trabajo de mujeres y niños, reducciones de jornada de trabajo, sobre salarios mínimos, leyes de seguridad en el trabajo. . .), no tenían tanto el fin de restringir los poderes del empresario como el ser reflejo del avance de un «sentido humanitario» que determinaría la aparición de una legislación social protectora en respuesta a formas de trabajo consideradas realmente inhumanas, a menudo no inferior a la crueldad dispensada a los animales. Véase, señaladamente, en este sentido, las reflexiones de DICEY, A. V.: *Law and Public Opinion in England during the Nineth Century*, London, 1905, pág. 189 (reedición más

todo, bajo el prisma de entender que las formas jurídicas encubren relaciones de poder y la realidad de las luchas de intereses que subyacen en su interior. Pero éstas propuesta conduciría a postular una nueva constitución jurídica de la sociedad⁷⁹. En realidad, toda la problemática de la *reforma social del derecho privado adquiere ya originariamente una impronta nitidamente constitucional*. Se trataba de la desaparición de todo un modelo jurídico de organización de la sociedad en trance de desaparición.

El apogeo del capitalismo comportó una ampliación del espacio regulador del Derecho mercantil. El capitalismo necesitaba acomodar el conjunto del Derecho privado a las exigencias de funcionamiento del sistema económico capitalista. De ahí el fenómeno de la *comercialización* de las relaciones civiles, y de su derecho de ordenación específica: el Derecho civil. Fenómeno que en algunos ordenamientos alcanza a la disolución del Derecho mercantil como sector específico del orden jurídico general y su inserción en el Derecho civil «comercializado»; pero que se opera también en otros ordenamientos (como el español) donde se mantiene la separación de los dos códigos de Derecho privado. El cualquier caso, el Derecho privado se mercantiliza. Hasta el punto de que el Código civil ha dejado de ser el breviario de la vida corriente. Sólo «es el libro de razón que se abre solamente en las circunstancias excepcionales de la vida familiar: matrimonio y sucesión. Puede darse el caso de no entrar jamás en el despacho de un notario pero es imposible el no tener que penetrar en una banca»⁸⁰. El fenómeno de la comercialización se opera con la generalización de las formas capitalistas de la organización social, lo que, como es sabido, tiene lugar a partir de la «revolución industrial». En realidad, el triunfo de la moderna gran industrial respecto de los modos de organización de la producción anteriores no fue independiente de la intervención del Estado, tanto en el plano estrictamente económico como en el jurídico general y laboral en particular. Esa revolución fue acelerada por la misma aplicación de las «leyes fabriles» a aquellos tipos de trabajo. Dichas leyes «sociales» fueron una de las primeras reacciones conscientes y planeadas de la sociedad liberal a la forma de organización de su proceso de producción⁸¹. Es la revolución industrial la que permite la

reciente, *Law and Public Opinion in England*, Macmillan, 1962). Nótese, sin embargo, que en el pensamiento de Dicey este tipo de intervenciones estatales eran consideradas como propias del «colectivismo» (que para él era esencialmente equivalente a «socialismo»). Traducción, DICEY, A.V.: *Lecciones sobre la relación entre Derecho y Opinión pública en Inglaterra durante el Siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, y estudio preliminar, “Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey”, a cargo de M. Salguero, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

⁷⁹ Téngase en cuenta la propuesta constitucionalista de Anton Menger y de otras corrientes de pensamiento crítico. Un análisis de esa dimensión esencialmente constitucional de la «cuestión social» puede hallarse en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999, págs.21 y sigs., passim; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El tiempo de los derechos sociales: la construcción fundacional de Anton Menger, en *Revista de derecho del trabajo (Uruguay)*, núm. 29 (2020), págs. 225-281; MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España” (pp.7-112), a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; MENGER, A.: *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar “Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger” (pp. XI-LXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Anton Menger”, en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494.

⁸⁰ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, de la presente edición, pág. 323. Ello es debido a que, según Ripert, el mundo moderno se comercializado, al estar dominada la vida civil por el espíritu comercial. Id.: *La commercialisation du droit civil français*, en *Mélanges Maurovic*, Belgrado, 1934.

⁸¹ El proceso histórico es descrito magistralmente por Marx en su obra principal. Cfr. MARX, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, espec., cap. 13 («Maquinaria y gran industria») y cap. 24 («La llamada acumulación originaria»). La revolución industrial, que se produce en el ámbito económico, donde se aplican de forma extensiva la tecnología a los procesos productivos, «se acelera artificialmente por la ex tensión de las leyes fabriles a todas las ramas industriales en que trabajan mujeres y niños...» (*Ibid.*, pág. 112). La regulación obligatoria de la jornada de trabajo en cuanto a duración, pausas, comienzo y final, el sistema de relevos para los niños, la exclusión de todos los niños de menos de cierta edad, etc., por una parte, imponen un aumento de la maquinaria y la sustitución de los músculos por el vapor como fuerza motora. Por otra parte, para

extensión de las formas capitalistas de organización de los procesos de producción y de cambio, y la consecuencia de una dualización social entre empresarios y trabajadores asalariados: un proceso de mercantilización de todos los procesos sociales⁸². Incluso la primera legislación fabril, reguladora del trabajo en fábricas, manufacturas, etc., se presenta como una «*intromisión*» en los derechos de explotación del capital⁸³.

Por lo demás, el sistema de Derecho liberal no se mostró precisamente abstencionista respecto al proceso de acumulación originaria del capital⁸⁴, ya que el orden jurídico establecido participó decisivamente en el movimiento histórico que convierte a los productores en trabajadores asalariados. En efecto, ese movimiento aparece, en primer lugar, como liberación de los productores de la condición servil y de la constricción gremial; y, en segundo lugar, estos recién liberados no se convierten en vendedores de sí mismos sino una vez que les han arrebatado todos sus medios de producción y todas las garantías de su existencia ofrecidas por las viejas instituciones feudales e instituciones comunales (incluida la «propiedad comunal»)⁸⁵. La relación de capital presupone la división entre los trabajadores y la propiedad sobre las condiciones de realización del trabajo, siendo así que con esa polarización del mercado quedan dadas las condiciones fundamentales de la producción capitalista. Es así como pudo llamarse la atención sobre el enigma contemporáneo representado por la paradoja que supone el aumento incesante de la miseria a medida que la civilización progresaba⁸⁶. Con todo, el proceso de desmantelamiento político y jurídico de las instituciones preexistentes el Derecho contribuyó a la *formación del mercado interior para el capital industrial*⁸⁷, al suministrar a la industria urbana masas de proletarios situados completamente fuera de las relaciones gremiales y al disponer también los mecanismos contractuales idóneos para formalizar las relaciones de intercambio y utilización productiva de los trabajadores asalariados.

Se ha afirmado, con razón, que el objetivo de la comercialización del Derecho privado constituyó una conversión forzosa al capitalismo de la sociedad en todos los ámbitos de relaciones civiles y mercantiles. En una perspectiva histórica, es fácilmente constatable que ese proceso de

ganar en el espacio lo perdido en el tiempo, se produce una ampliación de los medios de producción gastados conjuntamente —hornos, locales, etc.—, o sea, en una palabra mayor concentración de los medios de producción y correspondiente mayor concentración de trabajadores... Condición esencial de la explotación fabril, señaladamente en cuanto sometida a la regulación de la jornada de trabajo, es la seguridad normal del resultado, esto es, la producción de una determinada cantidad de mercancías o de un efecto útil buscado en un tiempo dado. Por lo demás, la pretendida mercancía *sui generis* denominada “fuerza de trabajo” no puede ser tiranizada, utilizada de modo indiscriminado o incluso dejada sin utilizar sin que resulte afectado también el individuo humano que resulta ser el portador de esta peculiar mercancía. Privados de la cobertura protectora de las instituciones civilizatorias, los seres humanos perecerían por los efectos de la interacción social; morirían víctimas de la aguda dislocación social provocada por el vicio, la perversión, el crimen y el hambre y la explotación en las fábricas. Cfr. POLANYI, K.: *La Gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989.

⁸² Véase WALLERSTEIN, E.: *El moderno sistema mundial*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1979 y 1983; DOBB, M.: *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, 5.ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1988, págs. 25 y sigs. Ripert criticaría esa mercantilización de la persona del trabajador. Cfr. RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo*, cit., págs. 298 a 300.

⁸³ Cfr. MARX, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 126. El cual insiste en la necesidad del modo de producción de «generalizar la ley fabril en una ley de toda la producción social» (*Ibid.*, pág. 127). Véase, igualmente, El capital, L. I, vol. 1, cap. 8 («La jornada de trabajo»).

⁸⁴ No se olvide que la llamada acumulación originaria no es nada más que el proceso histórico de separación de productor y medios de producción. Se presenta como «originario» porque constituye la prehistoria del capital y del modo de producción correspondiente a éste. Cfr. Marx, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 360.

⁸⁵ Cfr. MARX, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., trad. M. Sacristán, Barcelona, 1976, pág. 361. Véase, al respecto, ampliamente, POLANYI, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, La Piqueta, 1989, cap. 14 («El mercado y el hombre»), págs. 267 y sigs., y *passim*.

⁸⁶ Véase, en este sentido, GEORGE, H.: *Progreso y miseria*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1945, págs. 19 y sigs.

⁸⁷ La expresión es de Marx, cfr. MARX, K.: *El capital*, L. I, vol. 2., cit., pág. 391.

conversión hacia el sistema capitalista ha sido un proceso forzoso dirigido por el poder público, con base a la consagración del predominio del Derecho estatal, limitando —al menos en el plano nacional— la intervención directa de la propia clase empresarial en la producción de normas de comercio⁸⁸. Como se verá más adelante, ha tenido que producirse una fase superior de la mundialización de la economía para que la misma clase empresarial estableciera, y redescubriera, una nueva *lex mercatoria*, reguladora de las relaciones económicas transnacionales. Es el proceso de globalización, fenómeno que subrepta las fronteras del Estado-nación, y tiende a conformar formas de regulación comercial de carácter internacional (Unión europea, Mercosur, etcétera).

Resultado de todo ello es que con el proceso de estatalización del Derecho privado, se producirá una relativización de la distinción entre Derecho privado y Derecho público. Como ha sido advertido, en el pensamiento de Jean Domat (paradigma de la ideología individualista liberal de los orígenes), sociedad civil y sociedad política —dotadas de sus propias fuentes de producción jurídica— estaban estrictamente separadas. Sin embargo, con el acceso de la burguesía al poder y con el proceso de estatalización de las fuentes de regulación de la sociedad civil (que cristalizaría en la promulgación de los códigos de Derecho privado de la edad moderna), los términos en que se produciría la sistematización de Domat entre el Derecho privado y el público deberían ser reescritos para su adaptación a la nueva sociedad jurídica burguesa⁸⁹. Al tiempo, la distinción adquiere una dimensión meramente funcional, tanto más cuanto el modelo de capitalismo se aproxima a la economía mixta, con una amplia intervención del gobierno en la organización de los procesos económicos⁹⁰. La economía mixta se ha impuesto por razones *funcionales* al mantenimiento del propio sistema del capitalismo, el cual deviene en capitalismo organizado e intervenido como *condición de supervivencia*. En efecto, la economía de mercado capitalista no puede funcionar a través de exclusivos mecanismos de autorregulación, por ello mismo se habló de fin de las políticas de *laissez faire*, siendo necesaria que el poder público intervenga para garantizar el adecuado funcionamiento de la economía de mercado⁹¹. Por lo demás, en la forma constitucional del Estado social, esta diferenciación entra en crisis, precisamente porque el Derecho social se sitúa en el cruce entre el Derecho público y el Derecho privado⁹². En la sociedad contemporánea se ha intentado reconstruir en términos completamente distintos la tradicional sistematización entre Derecho público y privado. La diferenciación se produciría atendiendo a las distintas materias a regular. Así, el Derecho privado sería el conjunto de normas que regulan las relaciones económicas en su integridad, con independencia de los intereses en juego y de la naturaleza de los agentes económicos. Ello supone superar el mismo concepto de Derecho privado, transformándolo en el «Derecho común a los agentes públicos y a los privados». Con todo, la diferencia entre Derecho público y privado se *objetiva*, en el sentido de que

⁸⁸ En este sentido, GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., págs. 128 y sigs.

⁸⁹ Véase, GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 184.

⁹⁰ Críticas severas se han realizado desde diferentes corrientes de pensamiento, así KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma, 1979; KELSEN, H.: *Teoría pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 1993, donde afirma «el carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado» (*Ibid.*, pág. 287); RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho, edición y estudio preliminar*, «La filosofía política de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica, estudio preliminar a RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, pág. 159 y sigs.; RADBRUCH, G.: *El hombre en el Derecho, conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, trad. A. del Campo, revisión, edición y estudio preliminar, «Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social» (pp. IX-LXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020. Sobre su pensamiento jurídico y político, véase, exhaustivamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la Democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

⁹¹ Véase KEYNES, J. M.: *El fin del «laissez-faire» (1926)*, en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Barcelona, Eds. Orbis, 1987, págs. 63 y sigs. También en Hacienda Pública Española, núm. 9 (1971).

⁹² Véase, en general, RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999, págs. 159 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

depende esencialmente de la naturaleza objetiva de la actividad desplegada, más allá de la índole de los sujetos y de la naturaleza de los intereses en presencia⁹³.

Como se dijo, la codificación tuvo un sentido político-jurídico bien definido. Los Códigos de Derecho privado de la Europa del siglo XIX tienen un valor esencialmente constitucional. En el aspecto de la actuación de la idea individual en el orden de las relaciones civiles, la codificación responde en el campo del Derecho Privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho Público. Del mismo modo que éstas se dirigían a garantizar las libertades políticas de los ciudadanos en su relación con el Estado, las Codificaciones trataban de asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder público⁹⁴. Ciertamente, el *Código era una nueva forma de Derecho* llamado a regir el orden de la sociedad, sentando sus bases y reglas fundamentales. Como hace notar Rodotà, este valor constitucional de los Códigos otorga un significado preciso a las declaraciones de principios en ellos contenidas, reconociendo ámbitos de actuación a los particulares, pero también límites precisos respecto a la intervención de los poderes públicos en los derechos de los particulares. Un ejemplo significativo es la afirmación del carácter absoluto del derecho de propiedad⁹⁵.

Los códigos constituyen una nueva técnica legislativa, que trata de formalizar el orden natural de la sociedad (incluida la esfera económica), y de lo que se trata es de suprimir los obstáculos que se oponen a su desenvolvimiento. En este sentido, los códigos formalizan un orden según los esquemas de la ideología liberal individualista. Su igualitarismo formal y, en relación a ello, la tendencia hacia la generalización y abstracción de las normas, bajo el modo de pensar propio del racionalismo formalista de la «jurisprudencia de conceptos», guardaba una perfecta coherencia con la pretensión de establecer unas reglas de juego *fijas y reproducibles continuamente: unas reglas de juego de la paz burguesa* en las relaciones económicas y sociales, partiendo de que existe grupos sociales excluidos; diferencias de posición jurídica entre los jugadores; y de la misma centralidad de los bienes como objeto de intercambio entre los individuos poseedores o potencialmente poseedores⁹⁶. En realidad, los procesos de codificación modernos son el resultado de una voluntad innovadora y esencialmente marcada por la racionalización formal del orden social, siempre concebido como orden «natural»⁹⁷. En verdad,

⁹³ Véase GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, cit., pág. 188, con referencia a la opinión de RODOTÀ, S.: *Il diritto privato nella società moderna*, cit., págs. 18 ny sigs.; y GIANNINI, M. S.: *Voz «Diritto amministrativo»*, en Enciclopedia del diritto, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pág. 866.

⁹⁴ Véase SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946. Asimismo, COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo II. El Siglo IX (1989)*, trad. y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, espec., págs. 27 y sigs., que subraya que los principios básicos para la nueva forma de ley fueron desarrollados en una doctrina de la legislación que nació de la crítica de los humanistas y sistemáticos al Derecho Común y de la doctrina de la Ilustración, como ha señalado Franz Wieacker. Desde el punto de vista de jurídico-formal la teoría general de la legislación del siglo XVIII desarrolló también su concepción de cómo podían elaborarse tales leyes generales. Las ideas de la codificación fueron puestas en práctica en el siglo XIX. Todos los que anteriormente había estado vigente el *Ius Commune* codificaron el Derecho Civil. Uno motivo aducido como decisivo para ello fue el propósito de unificar el Derecho. El *Ius Commune* por sí mismo no podía conseguir una unidad jurídica completa del Derecho, porque tenía un valor solamente subsidiario. Pero la unidad del Derecho correspondía a la idea del Estado nacional, que en el siglo XIX en el Continente tuvo cada vez más importancia. Pero también respondía a las necesidades de una economía, que se esforzaba por mercados mayores y para lo cual la dispersión del Derecho era un obstáculo, que había que eliminar y superar procediendo a la elaboración de los Códigos de Derecho Privado.

⁹⁵ RODOTÀ, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid, Civitas, 1987, pág. 81.

⁹⁶ Puede verse ARNAUD, A. J.: *Essai d'analyse structurale du Code civil français. Le règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, Librairie général de droit et de jurisprudence, 1973; Respecto al pretendido fundamento natural de las instituciones del Derecho privado, véase SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1946, págs. 32 y sigs.

⁹⁷ Véase TARELLO, G.: «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos», en TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica*, cit., pág. 83. TARELLO, G.: *Cultura jurídica y Política del Derecho*, «Introducción» de R. Guastini y G. Refuffa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del

la idea central que sirve de fundamento a la codificación es la idea del derecho natural elevado a fuente exclusiva del derecho privado; la cual, sin embargo, está muy lejos de significar una exigencia objetiva de la razón eterna inmanente en las cosas. De este modo, la codificación adquiere un sentido superior a simple unificación formal y material del derecho privado, ya que constituye la expresión positiva de un sistema filosófico jurídico, y durante los siglos XVIII y XIX fue la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles⁹⁸.

En la perspectiva del Derecho mercantil se afirmará inicialmente la vinculación histórica y causal del Derecho mercantil con el sistema económico capitalista. No remite descriptivamente a la regulación de las actividades de comercio, sino al dato histórico preciso de un concreto sistema económico. Sin embargo, este enfoque será replanteado, sobre todo, a partir de la aportación de Wieland, para quien el Derecho mercantil como un sector diferenciado por razón de la materia⁹⁹. Para Wieland, la comprensión del Derecho mercantil sólo puede obtenerse por remisión a la materia objeto de regulación. De ahí que considera esencial vincular la ciencia jurídica con la ciencia económica¹⁰⁰. En este sentido, se verifica la expansión de la materia mercantil a medida en que se desarrollaban las estructuras económicas capitalistas. Desde esta perspectiva se demostraría la conexión entre el Derecho mercantil y las formas económicas del capitalismo: libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

A pesar del intento de que los códigos perpetuasen un orden estático, pronto se produciría un desfase tanto del Código civil como del Código de comercio, ante el desajuste de los códigos respecto de las transformaciones que se venían operando en el tráfico económico¹⁰¹. Este fenómeno de distanciamiento determinó la aparición de una abundante legislación especial, dando lugar a un proceso de *disgregación* de las normas reguladoras de la materia mercantil¹⁰². Se produce un progresivo vaciamiento de los códigos, pasando materias importantes a ser reguladas por la legislación

Derecho), 2002, 43 y sigs.; y ampliamente, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1976. Solari puso de manifiesto que la filosofía del derecho privado fue, en los primeros siglos de la edad moderna, la expresión de dos diferentes tendencias, de las cuales una tendía a fundar las instituciones del derecho privado sobre exigencias de orden racional, mientras la otra a afirmar la individualidad en el terreno jurídico. En ello se manifestaban las dos tendencias principales de la escuela del derecho natural, a saber: la tendencia racionalista y la tendencia individualista. Sin embargo, el individualismo jurídico, en la forma liberal expresada por el Código francés (paradigma al respecto), como el que mejor armonizaba con la concepción dominante de las relaciones económicas y políticas, terminó por prevalecer; pero al predominar, reconstituyó sus bases filosóficas con la influencia del criticismo kantiano y del utilitarismo de Bentham. Cfr. SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, cit., págs. 435 y sigs. Desde este punto de vista, se puede decir que la obra de reforma civil, realizada esencialmente mediante los códigos, constituye la realización práctica de la idea individual según el pensamiento de Kant y de Bentham. Con todo, para el individualismo jurídico los fines y los intereses públicos se resuelven siempre en los fines e intereses privados. No se olvide que para esa forma de pensamiento el Estado no crea el Derecho, sino que es su protector, es el órgano universalizador de la razón y de lo útil individual. Las leyes universales de razón o las leyes económicas invariables se sitúan por encima del Estado. Es así que el Derecho privado aparecía como un orden inmutable.

⁹⁸ En este sentido SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, cit., págs. 76 y sigs. Sobre el significado jurídico y político de la codificación, véase en la misma obra, cap. II, págs. 59 a 80, especialmente. Con todo, se realiza la significación «constitucional» de los códigos de Derecho privado. Y es que, en el fondo, la codificación respondía, en el campo del Derecho privado, a lo que supusieron las Declaraciones de derechos y las Constituciones en el ámbito del Derecho público. He aquí que el movimiento de emancipación política no podía ser separado del movimiento de emancipación civil. El resumen de ambos movimiento interdependientes son las Constituciones y los Códigos.

⁹⁹ Véase GONDRA, G.: *Derecho mercantil*. I, Madrid, Universidad Complutense, 1992, págs. 41 y sigs.

¹⁰⁰ Véase WIELAND: *Handelsrecht*, vol. I, Munich-Leipzig, 1931, pág. 3 y sigs.

¹⁰¹ Anticipación de las críticas, en DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, “Objetivismo jurídico” y teoría de los “derechos” en León Duguit” (pp.XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

¹⁰² El proceso ha sido estudiado por IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

especial. Es lo cierto que «las instituciones más representativas del Derecho mercantil (Sociedades de capital, Derecho bancario, Derecho cambiario, *Derecho concursal*) pasarán a ser regulados bajo forma de Leyes especiales»¹⁰³. Se trata de un proceso de descodificación del Derecho mercantil que se ha impuesto como exigencia de organización de la economía.

Lo mismo cabe decir el propio Derecho civil con el desmembramiento de la protección jurídica profesional (propiedad literaria, musical y artística, Derecho de edición, Derecho de patentes, Derecho de marcas de fábrica y nombres registrados, Derecho de modelos de utilidad y de gusto). Ese proceso se corresponde con el *derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado*. En efecto, a partir de finales del siglo XIX se produce un rápido y progresivo desmembramiento de todos los núcleos sociales del ordenamiento jurídico en Derechos especiales. Hay que tener en cuenta que tras la pretensión de unidad del Derecho civil se hallaba la búsqueda de unidad de una burguesía nacional y liberal, la cual se creía representativa de toda la nación.

Muy pronto esta pretensión quedaría frustrada debido al surgimiento del Derecho económico después de la primera guerra mundial y la emergencia del pluralismo económico y político del sistema de Estado social¹⁰⁴. Es, especialmente, a partir de este período donde se construyen las neoformaciones que destruyeron con nuevos ideales sociales y económicos la hegemonía del Derecho privado general (antes considerado común para toda la sociedad civil jurídicamente organizada). La legislación intervencionista en la económica y en el campo social constituyeron las bases para la nueva sectorialización del ordenamiento jurídico privado: Derecho agrario, Derecho de la vivienda, Derecho arrendaticio, Derecho laboral y de la Seguridad Social, que en su conjunto dan lugar a lo que puedo considerarse como *Derecho social*, como nueva sistematización jurídica situada en el punto intermedio entre el Derecho privado y el Derecho público. Un Derecho social que se opone al Derecho individualista¹⁰⁵. En el plano del derecho de contratos ese Derecho social supuso la penetración en la libertad de contratación del Derecho civil, un régimen imperativo de ordenación de las relaciones económicas y sociales.

Pero la inadecuación de los códigos del siglo XIX va a permitir también un aumento del papel del Derecho autónomo de la economía, regulador de las relaciones económicas entre los propios agentes implicados. También bajo nuevas formas de dominio del mercado a través de procedimientos y formas típicamente jurídicas (constitución de Cárteles, conciertos, Trust, etcétera), que entrañaban una limitación de la libertad de contratación, una superación del esquema formal de la personalidad jurídica y la configuración autónoma de reglas internas y externas de funcionamiento por cauces de dominio jurídico que ya no podía ser comprendido desde el esquema simple de la subjetividad jurídica y del principio de igualdad formal entre los particulares.

¹⁰³ GONDRA, J. M.: *Derecho mercantil*, cit., pág. 67; GIRÓN TENA: *Tendencias generales en el Derecho Mercantil (Ensayo interdisciplinario)*, Madrid, 1985, págs. 125 y sigs.

¹⁰⁴ Véase WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, edición al cuidado J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 491 y sigs.

¹⁰⁵ Véase MENGER, A.: *El derecho civil y los pobres*, Est. preliminar sobre «Reformismo social y socialismo jurídico», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998; GIERKE, VON OTTO: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke” (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015, donde apuesta por una redefinición de la misión social del Derecho privado para limitar la libertad de contratación con la finalidad de que se traduzca en un medio de opresión de unos por otros: «Hoy más bien tiene el Derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo». Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke”, en *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2 (2020), págs. 682-735. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/articulo/view/5080/4445

Los códigos exigían un específico *modelo de jurista*. En efecto, la codificación supone un proceso de tecnificación de la ciencia del Derecho, en virtud del cual era cometido del jurista la realización de una actividad puramente técnica, y en cuanto tal exclusivamente encaminada a elaborar y sistematizar los datos externos y ya preexistentes¹⁰⁶. Esta visión ideológica del Derecho como técnica de organización neutral a todo contenido se sitúa perfectamente en la lógica del positivismo jurídico formalista.

Ello tenía la pretensión ideológica inicial de perpetuar el sistema codificado como reflejo de los equilibrios de poder en términos globalmente favorables para las clases poseedoras. Así el centro de gravedad residía en la regulación de la propiedad privada sobre los bienes, entendido como derecho absoluto (Código civil) y la protección de la empresa y del tráfico de comercio (Código de comercio)¹⁰⁷, mientras que sólo algún precepto entraba en la regulación del contrato de trabajo (en la forma romanista de arrendamiento de servicios¹⁰⁸). Era, pues, un Derecho descompensado respecto al sistema de clases existente en la sociedad civil, toda vez que el garantismo jurídico-estatal se producía de modo unilateral respecto a las clases propietarias e industriales. El Estado se convertía en garante de amplios espacios de libertad respecto de los cuales se regulan exclusivamente limitaciones externas quedando, por el contrario, imprecisos e indeterminados todo lo relativo al contenido y las modalidades posibles de las acciones humanas con la idea de que el sujeto estuviese en condiciones de alcanzar con plena libertad la realización de sus propios intereses individualistas. Desde este punto de vista, se puede entender, en efecto, que el Código fuese un estatuto de los particulares, sometido todavía a un régimen de preferencia de clase, aunque ciertamente el sistema permitía una circulación de los bienes que podía favorecer, acaso, una cierta movilidad social. Ello impediría la acusación en la doctrina crítica de la cristalización de posiciones de «estatus jurídico» al estilo del antiguo régimen, donde cada individuo quedaba «encuadrado» en su respectiva clase o estrato social. Sin embargo, existía una disociación entre la apariencia y la realidad, ya que durante mucho tiempo —después de la codificación—, propietarios, empresarios y trabajadores mantenían posiciones sociales incommunicables y la movilidad social era un fenómeno marginal en la estructura de clases de la sociedad burguesa. En realidad, sólo podía hablarse de una ficticia «democracia de mercado» asentada en el derecho igual, según la cual potencialmente (y sólo en esta calidad) todos pueden ser propietarios y consumidores de bienes. Esto explica nítidamente cómo el sistema de la codificación era percibido contemporáneamente (y de forma explícita) como un auténtico *proyecto general de la sociedad civil*, según los parámetros predispuestos por la burguesía económicamente dominante y políticamente en el poder político¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Véase TARELLO, G.: Ideologías del siglo XVII sobre la codificación y estructura de los códigos, en *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., págs. 43 y sigs.; RODOTÀ, S.: Ideologie e techniche della riforma del diritto civile, en *Rivista di diritto commerciale*, 1967, págs. 91 y sigs.; UNGARI, P.: Per la storia dell' idea di codice, en *Quaderni fiorentini*, I, Milano, 1972, págs. 207 y sigs.; VANDERLINDEN, J.: *Le concept de code en Europe Occidentale du XII.º au XIX siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967; SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado. I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946.

¹⁰⁷ Recuérdese que el Código de comercio napoleónico de 1808, en los artículos 631, 632, 633, hace referencia a una larga serie de actos objetivos de comercio. Este código es el paradigma de los llamados códigos de comercio de tipo latino, que suelen consagrar legislativamente la autonomía del Derecho mercantil, haciendo del acto de comercio objetivo la base principal para la determinación de la materia comercial. Véase ROTONDI, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, Labor, 1955, pág. 49.

¹⁰⁸ Véase GIERKE, O. VON.: *Las raíces del contrato de servicios*, trad., y estudio crítico de G. Barreiro González, Madrid, 1982; GIERKE, VON OTTO: *La función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke" (pp. IX-LXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015. BAYÓN CHACÓN, G.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1955; ALONSO OLEA, M.: *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987.

¹⁰⁹ Véase ARNAUD, J. A.: *Les origines doctrinales du code civil français*, París, L. G. D. J., 1969, donde analiza el substrato cultural, político e ideológico que acompañó a ese programa de revolución jurídico-política.

Basta reparar en este programa revolucionario para comprender la dimensión constitucional del proceso de codificación. Los códigos de Derecho privado constituían la nueva sociedad civil, según un programa político constitucional (codificación constitucional), garantizando su continuidad mediante el reclamo del tecnicismo jurídico; basado éste en la idea de completitud del sistema codicístico, en la interpretación puramente técnica y en el razonamiento formal silogístico¹¹⁰.

Sin embargo, los principios de la codificación moderna (subordinación de los jueces al poder legislativo, prioridad de la Ley, su carácter abstracto y su general, la completitud, y el mismo logicismo y tecnicismo jurídico), ya no pueden tener el mismo valor en la sociedad contemporánea, en continua transformación, donde se aprecia la crisis de la estatalidad del Derecho (emergencia de un nuevo pluralismo jurídico, en el ámbito nacional, internacional y comunitario) y la *fragmentación* del sistema jurídico. A lo que se une la crisis de la certeza del Derecho y la extendida convicción del creciente papel creador de Derecho de los jueces. Es aquí, donde se transmutan los centros de gravedad de los sistemas jurídicos contemporáneos, de los códigos a la Constitución y a las leyes especiales; del Derecho internacional público reglado a la nueva *lex mercatoria*, nacida de las nuevas fuerzas económicas y sociales dominantes en el proceso de globalización.

El proceso de «descodificación» adquiere unas dimensiones que en su complejidad no fueron tomadas adecuadamente en consideración por Georges Ripert. El proceso termina con el fenómeno según el cual la Constitución, en su calidad de norma jurídica, desplaza al Código civil en el *centro del sistema jurídico*. De manera que el sistema se aparta de su inicial estructuración como un mono-sistema, configurándose como un poli-sistema. Es así cómo se da origen a la edad de la descodificación que replantea la organización y los contenidos del Derecho privado¹¹¹.

En términos jurídicos (no así en términos sociales y políticos debido a la emergencia de la «cuestión social»¹¹²), el mundo diseñado por la codificación constitucional burguesa era el mundo de la seguridad. En Europa el período histórico comprende desde la mitad del siglo XIX hasta el inicio de la primera guerra mundial¹¹³. En ese período, la burguesía actúa como clase dirigente, y trata de implantar su modelo de organización a toda sociedad. Ahora bien, la noción de seguridad no remite a la realización del fin —vinculado siempre a las incertezas del mercado y al cambiante mundo de la producción—, sino más bien a las que pueden ser consideradas como las fundamentales «reglas de juego»¹¹⁴. Ese mundo de la seguridad es el mundo de la codificación, que trata de plasmar los valores del liberalismo individualista. Por ello se puede hablar, con justeza, del *significado «constitucional»* (codificación constitucional) de los códigos de Derecho privado, en el sentido de que los mismos no se limitan a regular instrumentos técnicos de organización de las relaciones

¹¹⁰ Véase GENY, F.: *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921, págs. 4 y sigs.; GENY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Segunda Parte, cap. I, sobre todo en la sección II, con planteamiento crítico.

¹¹¹ Críticamente se han hecho notar tres cuestiones: dificultad para inducir principios generales de las leyes especiales que actúan el diseño constitucional, fragmentariedad y falta de coherencia interna de los llamados «microsistemas» y permanencia en el Código de elementos de acusada centralidad. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: *Constitución, Código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación, en Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, págs. 1163 a 1176.

¹¹² Véase HERKNER, E.: *La cuestión obrera*, Madrid, Hijos de Reus, 1916; MARVAUD, Á.: *La cuestión social en España*, Madrid, Eds. de la Revista de Trabajo, 1975. Un estudio actual sobre esta problemática puede verse en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Trotta, 1999.

¹¹³ IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, pág. 17.

¹¹⁴ Véase IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, cit., págs. 17-18. Véase HAYEK, F. A.: *Derecho, legislación y libertad. I. Normas y orden*, 3.º ed., Madrid, Unión Editorial, 1994, págs. 69 y sigs.; y desde una distinta perspectiva crítica sobre las reglas de juego de la paz burguesa, véase, ARNAUD, A. J.: *Essai d'analyse du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973.

sociales, sino que, de modo más significativo, desean proyectar la cosmovisión de los triunfadores de las revoluciones burguesas¹¹⁵. En el posterior desarrollo histórico del proceso legislativo se confirma nítidamente el carácter político-jurídico del mercado, confirmando que la economía de mercado es un *locus artificialis*, y no un *locus naturalis*, cuya artificialidad deriva de una técnica del Derecho, la cual, dependiendo de las decisiones políticas confiere *forma y conformación* a la economía. Lo cual se traduce en la ordenación jurídica del mercado a través del Derecho público y del Derecho privado¹¹⁶. En gran medida este es el sentido de la noción de “constitución económica” en los Textos del Constitucionalismo democrático social-social con Estado Social de Derecho, en cuyo marco la Constitución es ejerce su supremacía como norma suprema del ordenamiento jurídico con capacidad para formar y conformar el orden económico y sus reglas principales de funcionamiento.

El proyecto burgués «estático» mostró sus carencias ante la emergencia de nuevos problemas y las exigencias planteadas por el surgimiento de nuevas clases sociales, a cuyo favor no se había establecido el orden de la burguesía¹¹⁷. Las reivindicaciones de las clases trabajadoras y la aparición de nuevos grupos sociales determinó la rápida promulgación de *leyes especiales*, las cuales presentaban un doble objetivo inicial: conservar la coherencia interna de los códigos de Derecho privado y, al mismo tiempo, responder a las exigencias de regulación social conforme a los cambios del entorno. El reclamo de la ley especial creaba una imagen inicialmente de seguridad, ya que la ley especial era considerada como confirmatoria de la general y su vigencia sería transitoria, porque el destino de la materia regulada sería nítidamente el de insertarse —o, en su caso, reinsertarse— en los códigos generales¹¹⁸. Sin embargo, tras esa apariencia confirmatoria del orden codicístico, la abundante legislación especial acabó siendo un orden diferenciado, con sus propios principios de regulación, no siempre conformes, y menos aún coherentes en muchos casos. Es claro que ello se solventaba, en términos formales, con la consideración de los códigos como «Derecho común» de las relaciones intersubjetivas privadas, pero esto no dejaba de ser ya una *claudicación* respecto del pretensión totalizadora que tuvo el racionalismo jurídico de la codificación.

Pero hay más: pasados los años, la legislación especial fue apartándose inequívocamente de los parámetros del considerado hasta entonces «Derecho común», dando lugar a «micro-sistemas» de regulación. Introduciendo una *lógica de sector*. El proceso creciente de juridificación, la penetración hasta límites insospechados de la idea de «sociedad jurídica», con la colonización del mundo de la vida¹¹⁹, reclama modos de regulación más flexibles. En relación a ello (aunque este fenómeno va más

¹¹⁵ Véase IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, cit., passim; IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2ª ed., 2004, págs. 57 y sigs. GIORGIANNI, M.: *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, espec., pág. 399; SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dai codici preunitari al codice civile del 1865* (1966), ahora en *Libertà e autorità nel diritto civile - Altri saggi*, Padova, 1977, págs. 16 y sigs. Especialmente lúcidas, al respecto, son las observaciones de SOLARI, G.: *Filosofia del diritto privato, I. Individualismo e diritto privato* (1911), Torino, 1959, espec., págs. 57 y sigs. Piensa Solari que las «Declaraciones de derechos» garantizan las libertades políticas de los ciudadanos en las relaciones con el Estado, mientras que los códigos tutelan las «libertades civiles del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder político» (*Ibid.*, pág. 57).

¹¹⁶ Véase IRTI, N.: *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2ª ed., 2004, págs. 3 y sigs., y 121 y sigs. En otra perspectiva de la sociología reflexiva, véase BOURDIEU, P.: *La estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Anagrama, 2003, págs. 11 y sigs.

¹¹⁷ Esto es algo que fue percibido ya originariamente por autores como Menger, Consentini, CiMbaLe. Puede verse, MONEREO PÉREZ, J. L.: «Reformismo social y socialismo jurídico», Est. preliminar a MENERG, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998. Véase SAVATIER, R.: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, II, París, 1959, págs. 71 a 73; RIPERT, G.: *Evolución y progreso del derecho*, en *La crisis del derecho*, Buenos Aires, E. J. E. A., 1961.

¹¹⁸ Véase RIPERT, G.: *Le régime démocratique et le droit moderne*, París, 1948, pág. 17; Id.: *Les forces creatrices du droit*, París, 1955, págs. 315-317; ASCARELLI, T.: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), en *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, págs. 181-182.

¹¹⁹ Véase HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 63 y sigs. Ripert había intuido que la forma de estatutos particulares (derecho de la profesión o derecho de clase) tendía a desplazar, a borrar la idea de un Derecho

allá...), la legislación especial (consolidada, a menudo, después de un largo paréntesis de legislación excepcional), bajo su propia lógica interna, va substrayendo cada vez más materias y haz de relaciones jurídicas a la regulación de los códigos privatistas, y forman auténticos micro-sistemas de normas jurídicas, sometidas a lógicas propias y autónomas respecto de los códigos (no así, como se verá después, en relación a los textos constitucionales de valor fundamental). Esta legislación especial, que nació no sin una clara tensión con la regulación proporcionada por los códigos, acabó desplazando y sustituyendo, *para un número cada vez mayor de relaciones jurídicas* a los códigos generales. El fenómeno parece tener su colofón a partir de la segunda postguerra mundial, al generalizarse —por exigencias técnicas y de política del Derecho ordenador de las relaciones sociales— las leyes especiales, dejando en una posición cada vez más *residual* a los códigos presumiblemente generales.

Esto no ha hecho sino cuestionar el mismo valor de generalidad de los códigos de Derecho privado. Por ello se ha afirmado, con razón, que es preciso superar la fascinación tradicional que ejercen los códigos, reconociendo que la abundante legislación especial representa en la actualidad el «derecho general» de una institución o de una materia completa, sujetándola a su propia lógica político-jurídica¹²⁰. En el fondo, un rasgo distintivo de la legislación especial es la orientación hacia la regulación de estatutos de grupos, de círculos de sujetos diferenciados dentro de la sociedad civil (arrendatarios, trabajadores asalariados, trabajadores autónomos, etcétera). Ello representa un nuevo retorno del *status* respecto al contrato, que nunca fue un proceso rígido y estático, sino mudable, como ha demostrado el dato histórico-jurídico que refleja una permanente combinación entre contrato y estatuto en la evolución de los sistemas jurídicos¹²¹. Ello avanza en muchas ocasiones hacia la legislación negociada de los grupos sociales con el poder público legislador, produciéndose una huida del Derecho civil.

Con todo, el centro de gravedad del ordenamiento jurídico parece residir tendencialmente en los textos constitucionales, que diseñan las libertades políticas y civiles, el mismo derecho de propiedad, y la iniciativa económica en el cuadro de la economía social de mercado. Por su parte, los códigos (así como las mismas leyes especiales...) parecen especificar y dar cumplimiento al programa constitucional sobre el modelo abierto económico y social. Es la Constitución quien determina el sistema fuentes normativas y el conjunto de derechos y libertades fundamentales. De tal modo que el diseño del modelo socio-económico se produce a través de la combinación internormativa entre el legislador constituyente y el legislador infraconstitucional, por lo que el Código civil, carece ya de ese valor constitucional exclusivista y unilateral al modo en que era pretendido en los orígenes.

En cierta medida la crisis de los códigos se vincula con el problema del poder jurídico y económico en la sociedad contemporánea. Las dificultades de gobernabilidad a través de leyes generales, ante la complejidad de resolver los conflictos entre los grupos sociales mediante fórmulas abstractas y generales. Los grupos sociales reclaman sus propios estatutos reguladores de sus propios intereses. El resultado es la generalización de los micro-sistemas especiales, que quiebran la unidad del ordenamiento jurídico privado. Esa unidad y completitud fruto del racionalismo jurídico ya se ha perdido irremisiblemente. El Derecho privado de manera cada vez más nítida supera los confines de los códigos. Unidad tan sólo precariamente salvaguardia a través de la norma constitucional, la cual es reclamada como marco de ordenación de la pluralidad de subsistemas jurídicos (códigos

civil común a todos los individuos. En este sentido RIPERT, G.: *El Régimen Democrático y el Derecho civil moderno* (trad. de la 2.ª ed., francesa), Puebla (México), 1948, *passim*.

¹²⁰ Véase IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, cit., pág. 33. Como dice gráficamente Irti, la norma general adquiere propiamente el carácter de Derecho residual; esto es, disciplina de los casos supervivientes, que todavía no entran en el régimen de las normas especiales (*Ibid.*, pág. 51).

¹²¹ Para la formulación clásica sobre la relación entre «status» y «contrato», véase MAINE, H. S.: *El Derecho antiguo*, 2 vols., Madrid, Civitas, ed. facsimilar, 1993. 1994. Respecto al estado de la cuestión en la sociedad contemporánea, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

y leyes especiales). El texto constitucional impone su condición de supernorma, y establece los principios generales que han de guiar la aplicación del conjunto heterogéneo de las normas que integran el sistema jurídico. Pero es ya un instrumento jurídico diverso a los códigos que asumen la tarea de organización general del sistema jurídico contemporáneo. Los códigos (que ya no son el centro del universo de Derecho privado, se insiste) realizan y desarrollan los mandatos y principios constitucionales; también las leyes especiales, que más que desarrollar las previsiones de los códigos en una relación de género a especie, vienen ya decididamente a realizar los principios trazados en la Constitución. Es la Constitución, como garante de la unidad del ordenamiento jurídico (constituido como poli-sistema), quien formaliza jurídicamente un orden en la sociedad, el cual se impone con fuerza jurídica bilateral, para los sujetos públicos y privados.

El declive de los códigos se comprende por su pretensión de fijeza y el diseño de un *destinatario uniforme (el ciudadano general y abstracto)* que ya originariamente no se correspondía con la realidad social subyacente de pluralidad de clases sociales. Las leyes excepcionales y la legislación especial reflejaban expresivamente la falta de homogeneidad de la sociedad civil, su carácter fragmentado en grupos sociales con diferente posición en el entramado social: ponían en sí de relieve la existencia de conflictos sociales de intereses y valores en una sociedad liberal basada en el individualismo propietario y el dogma de la autonomía privada individual¹²².

Ahora, por el contrario, la mayor presencia de las normas especiales, y la formación de una constelación de mono-sistemas, es un exponente de la existencia de una *sociedad fragmentada*¹²³, en clases, grupos sociales y sub-grupos atípicos como la llamada *infraclase*. La sociedad actual es extremadamente heterogénea, para la que no cabe un Derecho uniforme, abstracto e indiferenciado. Son los conflictos de las fuerzas económicas y sociales, y las aspiraciones de cada grupo sectorial las que caracterizan a la sociedad contemporánea. En este sentido las categorías jurídicas tradicionales deben moldearse y también ha de crearse otras nuevas para hacer frente a las nuevas exigencias derivadas de la cobertura de las necesidades sociales y del tráfico jurídico-económico.

¹²² Max Weber trataba de comprender la conducta del empresario capitalista y la ética calvinista (como ética del premio), haciendo explícito el estatuto del empresario y la singularidad del capitalismo industrial, en relación a las formas de organización económica que se basaban en el rédito vinculado a la vieja usura, a los tráficos restrictivos y a la producción de la guerra. Este estatuto legitimaba una forma de poder empresarial, ya que no quedaban definidas las reglas del funcionamiento de la actividad económica, pero, sin embargo, se atribuía al empresario la libertad de organización, con la pretensión mítica de que los límites vendrían marcados por las reglas naturales y espontáneas del mercado.

Es así que se constata un criterio de favor legal respecto de las actividades empresariales, tanto por lo que atiene a la organización interna del proceso productivo (en detrimento de la posición jurídica y económicamente más débil del trabajador), como en las relaciones externas de mercado (con desprotección de los consumidores como ciudadanos). Para el análisis de MAX WEBER, véase su *Historia económica general* (1923), México, FCE, 1983, cap. IV. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y Capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo II (“La racionalización del Derecho, de la Economía y del Poder en la sociedad moderna”), págs. 169-259, y Capítulo III (“Modernidad y paradigma de racionalización del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea. La crítica de la razón instrumental en Weber”), págs. 261-331; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado”. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), (2023) 225–301. <https://doi.org/10.24310/rejls7202317160>

¹²³ Véase, en general, MINGIONE, E.: *Las sociedades fragmentadas*, Madrid, MTSS, 1993; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La renta mínima garantizada como medida estructural de Seguridad Social en la Sociedad de Riesgo”, en *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, vol. 10, núm. 2 (2020), págs. 424-505. DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5074>; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho social al ingreso mínimo vital”, en *Temas Laborales*, núm. 158 (2021), págs. 45-117. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8088952.pdf>; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y TRILLO GARCÍA, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, actualizada y ampliada, Murcia, Laborum, 2023.

En el plano del conocimiento científico, las dificultades no pueden ser ocultadas. Está, en primer lugar, el frágil equilibrio entre problema y sistema¹²⁴. Adviértase que esta complejización no es exclusiva de las doctrinas jurídicas. En verdad, son todas las ciencias la que están constatando las dificultades de explicación de la realidad, en lo que se ha dado en llamar *la crisis de la explicación simple*, precisamente por la dificultad de hallar elementos totalizadores para restablecer un orden uniforme y coherente en el sistema jurídico¹²⁵, tanto más en una sociedad abierta¹²⁶ y caracterizada por el proceso de globalización de la economía.

Por otra parte, las características del objeto influyen ciertamente, ya que se puede constatar un relativo deterioro del Derecho como técnica de organización y control social. Existe una cierta desconfianza sobre la fuerza transformadora del Derecho, y tiende a verse en él un mecanismo de carácter defensivo para la garantía de posiciones jurídico-subjetivas. El Derecho aparece como el cobijo de una sociedad de individuos marcados por la incertidumbre ante las transformaciones tecnológicas. De manera que los grandes paradigmas ideológicos tienden a ser desplazados por la tecnología. Pero, además, la racionalidad proporcionada por el sistema jurídico para organizar la sociedad, es progresivamente sustituida (o, al menos, queda subordinada a ella) por la *racionalidad del sistema productivo*, asentado sobre la unión entre la ciencia y el mundo industrial¹²⁷. Por eso el individuo queda indefenso ante esas fuerzas interiores al sistema productivo y acude al Derecho emanado del poder público para la garantía de la propia existencia¹²⁸.

El sistema jurídico actual muestra su dificultad para controlar los sistemas económicos y políticos, en un momento donde se pone en cuestión prácticamente todo (fecundación artificial, ingeniería genética, trasplantes, eutanasia, uso de la energía atómica, el deterioro ecológico del planeta, etc.). Parece estarse ante un proceso de declive lo público y del Derecho, abriéndose amplísimos espacios a los ámbitos existencias de individuos cada vez más atomizados e inseguros. Pero el Derecho no tiene ya los atributos propios de los códigos liberales del siglo XIX (generalidad¹²⁹, abstracción y estabilidad¹³⁰; a los que podría añadirse la previsibilidad y su carácter continuamente reproducible), y ha de crear nuevas formas de organización y control social acomodadas a las circunstancias de la fase histórica actual. Esto es un reto también para una ciencia jurídica comprometida con la sociedad democrática.

¹²⁴ MENGONI, L.: «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico», en MENGONI, L.: *Diritto e valori, Bologna, Il Mulino*, 1985, págs. 11 y sigs.

¹²⁵ Véase MORIN, E.: *El metodo. I. La naturaleza de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1993, págs. 128 y sigs.

¹²⁶ Véase POPPER, K. R.: *The Open Society and its Enemies*, Londres, 1945 (4.ª ed., revisada, 1962), aunque es muy discutible su defensa del individualismo metodológico (cap. 14). Traducción, POPPER, K. R.: *La sociedad abierta y sus enemigos, con una adenda del autor*, Barcelona, Paidós, 2017.

¹²⁷ Véase RICHTA, R.: *La Civilización en la Encrucijada*, 2.ª ed., Madrid, Ayuso, 1974; REICH, R. B.: *El trabajo de las naciones*, Madrid, Javier Vergara Editor, 1993. Respecto a la incidencia la Cuarta Revolución Industrial, la apertura hacia una “sociedad de la vigilancia”, véase ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Traducción de Albino Santos, Barcelona, Paidós, 2020, espec., a los efectos que aquí interesan, la Tercera Parte, sobre el “Poder instrumental para una tercera modernidad”.

¹²⁸ Un ejemplo es el de las rentas mínimas de inserción ante el incremento alarmante de las situaciones de exclusión social, la «infracalse» o «subclase», excluida del bienestar social imperante en los países desarrollados. Sobre el tema véase, MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, Granada, Comares, 1999; MONEREO PÉREZ, J. L.: “Inclusión social, división del trabajo y sistema democrático: Una reflexión sobre la teoría social de Durkheim”. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (4), (2022) 20–73. <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi4.14214>.

¹²⁹ Para la crisis de la generalidad de la ley, y el cambio de la función de ésta en la sociedad capitalista, véase el ensayo lúcido de NEUMANN, F.: «Mutamenti della funzione della legge nella società borghese», en NEUMANN, F.: *Lo stato democratico e lo stato autoritario, Il Mulino*, Bologna, 1973, pág. 245 y sigs.

¹³⁰ Sobre esos caracteres ideales, véase RIPERT, G.: *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, págs. 308 y 324.

1.3. La «teoría económica» de las instituciones jurídicas. Significación y valoración crítica

Se ha señalado que uno de los elementos que concurren en la conformación del sistema jurídico actual, y en particular sobre el Derecho económico, es la acusada presencia del principio de eficiencia (que encuentra otras muchas denominaciones como el principio de rendimiento, principio de competitividad, etcétera). Ciertamente, en el capitalismo tardío se están replanteando las relaciones entre el sistema económico y el ordenamiento jurídico, en el sentido de revalorizar el papel del componente jurídico-institucional en la ordenación de la actividad económica y en la realización de una reasignación eficiente de los recursos disponibles en la sociedad contemporánea¹³¹.

Es de significar que el cambio en las relaciones entre Derecho y Economía es inducida desde la misma teoría económica, obedeciendo a la exigencia de hacer frente a las transformaciones producidas en el sistema económico. En este sentido se tiende a otorgar una extraordinaria importancia a la considerada regulación «externa» de las instituciones económicas. Existe una especial preocupación por las consecuencias económicas de la regulación jurídica de los institutos económicos¹³².

La nueva teoría económica se enfrenta a los postulados del análisis neoclásico, que valorizaba la fuerza espontánea del mercado para obtener la situación de equilibrio perfecto y un alto nivel de eficiencia económica y social. En coherencia con su discurso, los fallos del mercado eran motivados por agentes externos que distorsionan el equilibrio natural obtenido por el discurrir de las fuerzas económicas. En la nueva teoría económica no se pone en duda la necesidad la regulación pública de la actividad económica. Desde este punto de vista, el derecho de propiedad aparece como la institución que permite la constitución del mercado, el contrato el instrumento que facilita dicha constitución formalizando las relaciones económicas¹³³, y por su parte, la responsabilidad civil permite otorgar confianza a los agentes económicos¹³⁴. Es así que el ordenamiento jurídico se resuelve en un *meta-mercado institucional*, al servicio del funcionamiento eficaz del mercado. Es decir, el llamado «meta-mercado» jurídico-institucional realiza sólo una función instrumental respecto al principio de eficiencia en la asignación y distribución de los recursos productivos. Las categorías jurídicas, se «llenan» de categorías económicas, a la par que tienden a «vaciar» de valores «incómodos» para alcanzar el principio de eficiencia económica.

Desde los más recientes analistas económicos del Derecho, sin embargo, se precisa que el meta-mercado debe servir a la buena marcha de la economía, ya que —se indica— el poder público no ha demostrado ser un mecanismo plenamente eficaz de corrección de los fallos del mercado. Se predica, con gran sutileza, un redescubrimiento de los instrumentos del Derecho privado para conseguir los equilibrios perseguidos, encomendando, empero, al Estado una función de cobertura y orientación de las iniciativas privadas. Este modo de pensar entronca con las nuevas tendencias

¹³¹ Véase, desde la lógica interna del análisis económico del Derecho, COASE, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994; SCHWARTZ, P. y CARBAJO, A.: «Teoría económica de los derechos de propiedad», en *Hacienda Pública*, núm. 68 (1981), págs.221 y sigs.

¹³² Véase, TORRES LÓPEZ, J.: *El Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Tecnos, 1987, passim.; MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, CEC, 1994, pág. 134.

¹³³ Sin embargo, interesa señalar que la categoría del contrato interactúa respecto de la relación económica que formaliza. Ésta última condiciona a la forma contractual a la vez está condicionada por la autonomía privada reflejada en el contrato.

¹³⁴ El elemento de seguridad y confianza ha determinado una transformación de la responsabilidad civil en el sentido reducir su función originaria de carácter indemnizatorio, toda vez que los daños típicos del mundo contemporáneo (accidentes de trabajo, daños al medio ambiente...) existen de ordinario sin poder decir que la tutela indemnizatoria constituya en rigor un freno a su producción. De ello se infiere que el jurista se ve obligado a buscar nuevos instrumentos de protección sin poder dejarse vencer por la ilusión de que la amenaza de una condena por daños actúe como prevención («sanción amenazada») de la comisión de actos considerados como ilícitos. En este sentido LIPARI, N.: *Derecho privado*, cit., pág. 31.

controladas (y calculadas desde una renovada racionalidad instrumental) de desregulación legislativa y de privatización del sector público. En ese contexto existe una tendencia hacia una mayor presencia de la *sociedad por el Derecho reflexivo*. Ese modo de regulación de apoyo público a la autorregulación privada, tiene un soporte esencialmente contractual, que permite articular las estructuras de las instituciones económicas¹³⁵.

La *racionalidad reflexiva* se justifica por lo aconsejable de coordinar recursivamente formas determinadas de cooperación social; apoya la autonomía social *regulada*, no adaptada a pretendidos «órdenes sociales naturales»¹³⁶. El derecho reflexivo se aproxima al derecho de contratos, a la relación contractual, de una manera diferente respecto del derecho formal y material. Este tipo de racionalidad legal moderna, pretende estructurar las relaciones de intercambio de manera que se iguale el poder de negociación e intenta sujeta a las partes contratantes a mecanismos de «responsabilidad pública» que están concebidos para asegurar los procesos de negociación tomarán en cuenta los distintos factores externos. Sin embargo, dentro de los límites en los que el campo ha sido estructurado de esa manera, las partes son libres para concluir cualquier tipo de intercambio como deseen. Ese «derecho autónomo» mantiene, sin embargo, los elementos de la racionalidad legal moderna, pero la racionalidad reflexiva en el derecho obedece a una lógica de legitimación procedimental¹³⁷.

Por otra parte, se constata actualmente una tendencia hacia la racionalidad legal material en el «derecho legal de contratos», que se refleja en las definiciones legislativas de condiciones mínimas y en la preocupación judicial sobre el contenido sustancial de los acuerdos. En contraste, la tendencia reflexiva emergente es manifiesta en la regulación legal de la negociación colectiva (en el marco del Derecho del Trabajo), que opera esencialmente dando forma a la organización de la negociación colectiva, y limitando o expandiendo las funciones de los actores colectivos. El Derecho legal intenta equilibrar el poder de negociación, pero así controla sólo indirectamente los resultados específicos alcanzados en el proceso negociador. Aquí la función del Derecho estatal no es la regulación material, sino la estructuración organizativa y procedimental de los procesos sociales «autónomos».

La tarea del Derecho reflexivo del Estado no es ni desplegar directamente su propio programa finalista ni resolver los conflictos entre objetivos de políticas divergentes. Consiste, ante todo, en *garantizar los procesos de coordinación y propiciar un acuerdo* razonable entre las partes negociadoras¹³⁸. Marco éste, en el que se puede considerar al contrato y la organización como dos dimensiones de un mismo fenómeno gradual: *el proceso de diferenciación interna del sistema económico en el capitalismo organizado*. De manera que el *contrato* constituye la formalización de un proceso de cambio, que rige la reproducción autopoietica del sistema económico, y asegura la reproducción de actos de pago por actos de pago. Los contratos revelan, pues, un comportamiento

¹³⁵ Véase, TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, págs. 101 y sigs. Véase, también del mismo autor: Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno, en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Bogotá, Biblioteca Universitaria, 2000, págs. 83 y sigs., y 123 y sigs.

¹³⁶ El Derecho reflexivo busca diseñar sistemas sociales que se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento. El derecho reflexivo, a diferencia del derecho formal, no acepta derechos subjetivos «naturales». En lugar de ello, intenta guiar la acción del hombre redefiniendo y redistribuyendo los derechos de propiedad. El derecho reflexivo tiende a confiar en normas procedimentales que regulan los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias. Véase, TEUBNER, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 106-107.

¹³⁷ Véase TEUBNER, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 108, quien apunta, por otra parte, que a diferencia del Derecho formal, el derecho reflexivo no toma las distribuciones existentes como dadas. Asimismo, a diferencia del Derecho material, no mantiene que ciertos resultados contractuales sean deseables.

¹³⁸ Véase TEUBNER, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 137 y sigs. Para TEUBNER, la racionalidad legal reflexiva requiere que el sistema legal se vea a sí mismo como un sistema en un entorno (*Ibid.*, pág. 143).

social de cambio, y se organizan en función de un régimen de concurrencia¹³⁹. En cambio, *la organización* formaliza la *cooperación*, que tiene lugar a base del hacer social. La organización no es un simple contrato enriquecido de gobierno de las estructuras o de derechos que inciden sobre los procesos decisionales. El papel del conjunto contractual interpuesto entre los portadores de recursos no es comprensible en esta perspectiva. El concepto de estructura organizacional no constituye una reinterpretación de relaciones contractuales. Los contratos concluidos entre la organización y estos diferentes grupos o categorías portadoras de recursos (detentadores de capital, los trabajadores, los «management», los clientes, etcétera) caen bajo las regulaciones de relaciones del sistema de la organización con su entorno. El haz contractual de portadores de recursos regula las diversas relaciones del sistema «organización» con su entorno, es decir, con sus miembros. En cambio, la organización continúa siendo un sistema de actividad relativamente autónoma e independiente. Es en ese cuadro donde se produce la racionalización del funcionamiento de la organización (los objetivos, las relaciones fin-medios, los órdenes jerárquicos, etcétera). La racionalización económica estriba en la orientación fundamental de las medidas organizativas hacia la máxima *eficiencia* posible.

Esta vinculación, realmente existente, no debe ocultar, sin embargo, la aportación de esta corriente de pensamiento jurídico-económico. Pues, en efecto, ella ha destacado la importancia del sistema jurídico en las relaciones económicas, porque pone de relieve el papel del orden jurídico como instrumento de asignación y distribución de los recursos. En este orden de ideas, se otorga una gran relevancia al sistema jurídico para la configuración de los derechos económicos y la determinación específica de los costes de transacción con elementos determinantes en el momento de solucionar los problemas de la externalidades, y su desarrollo ulterior a través del movimiento de los *property rights*¹⁴⁰ y las demás aportaciones de esta corriente de pensamiento. Y es que esta tendencia recuerda que las categorías jurídicas ostentan una función constitutiva de las relaciones económico-sociales. No se trata de un simple instrumento de control social externo a dichas relaciones subyacentes a toda institución jurídica. Por ello, los agentes que intervienen en la producción y aplicación de las normas jurídicas son actores que participan en los procesos económicos y sociales.

En el plano de la sociología del Derecho, ya se había afirmado esa función constitutiva del Derecho, indicándose que el sistema jurídico se asemeja a un «sistema de racionamiento» de los recursos de la sociedad jurídicamente organizada, donde las decisiones jurídicas adquieren un carácter eminentemente económico. Atendiendo a esa función asignativa, no cabe duda que el Derecho es un factor de estratificación social y que expresa asimismo la distribución del poder en la sociedad

¹³⁹ La teoría de los «costes de transacción» reside en su base contractualista. La descomposición de la organización económica en un conjunto contractual complejo puede ser racional, pero tiene el riesgo de difuminar completamente los factores institucionales («corporativos») y colectivos de la organización económica. Una perspectiva crítica de este modo de pensar, en TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, pág. 201.

¹⁴⁰ SCHÄFER, H. B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, para estos autores los *property rights*, que pueden traducirse como derechos de actuación, son modos de comportamiento aceptados por los hombres, que rigen la existencia de bienes y que se aplican a su utilización. Dichas relaciones determinan la conducta que toda persona tiene que observar en sus relaciones con los demás. En caso contrario, ha de cargar con los costes de tal inobservancia. Por su parte, la palabra «bien» se aplica a todo aquello que puede proporcionar utilidad a una persona. Por consiguiente, *Property rights* son, por ejemplo: —el derecho a utilizar un bien (usus) —el derecho de apropiarse de la renta obtenida con la explotación de un bien (usus fructus), —el derecho a modificar la forma de un bien—. El ordenamiento jurídico asigna originariamente estos derechos, pudiendo ser transmisibles o negociables. La mercantilidad presupone esa asignación originaria (*Ibid.*, págs. 82-83). Se ha destacado que la categoría de *property rights* puede ser definida como «conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos» implica la descripción de todas las relaciones sociales y todas las acciones del individuo como relaciones propietarias». Cfr. MERCADO, P.: *El análisis económico del Derecho*, cit., pág.163.

organizada¹⁴¹. En tal sentido, corresponde al jurista analizar la incidencia de toda decisión jurídica sobre el sistema económico. Sobre las instituciones jurídicas se realiza una mirada como mecanismos internos de regulación de las relaciones sociales y no como garantías externas en la simplificación liberal, que en cuanto tales operarían desde el exterior a los procesos económicos¹⁴². En el paradigma liberal, el Derecho es meramente un reflejo (un espejo, diría Rorty¹⁴³) de las relaciones de mercado. Los derechos económicos (como el de propiedad, la libertad de empresa y de contratación) son derechos naturales de contenido negativo frente a toda intromisión de los poderes públicos. La función del sistema jurídico es la de garantizar los derechos económicos, siendo garante de los mismos y otorgando seguridad en la observancia de las reglas de autogobierno del mercado¹⁴⁴.

Con este enfoque, se realizaba la función conservadora del orden natural existente en la sociedad civil¹⁴⁵. Sin embargo, la teoría analítica contemporánea parte del postulado de que el Derecho asume una función directa, y no meramente refleja de categorías económicas externas, en la asignación y distribución de los recursos en la sociedad. En este aspecto, es significativa la redefinición, ya aludida, de la categoría *property rights* desde la corriente analítica. A través de esta noción se tiende a disolver el concepto unitario de propiedad, eliminando la vinculación entre propiedad y cosas. La noción de propiedad es diluida en un conjunto de facultades o derechos, lo cual constituye una *metamorfosis del instituto jurídico de la propiedad* donde se desplaza su aspecto simbólico de relación hombre cosa por una relación entre personas cuyo objeto son precisamente las cosas. De manera que los derechos de propiedad más que referirse a las relaciones entre los hombres y las cosas, hacen referencia a las «relaciones behavioristas sancionadas entre las personas que surgen de la existencia de cosas y que atañen a su uso»¹⁴⁶.

Este enfoque realista se opone la visión naturalista liberal originaria sobre los derechos patrimoniales, que era incapaz de vislumbrar la importancia efectiva del elemento institucional de las actividades económicas. Para la nueva teoría económico-jurídica, la estructura compleja y «personal» de los derechos de propiedad permite superar la antigua concepción liberal respecto a las categorías del Derecho privado del sistema capitalista, las cuales partían de la metáfora de la propiedad como simple poder de control de los individuos sobre las cosas (un poder de gobierno autónomo sobre las cosas objeto del derecho de propiedad). La propiedad es, pues, una relación jurídica entre personas, garantizada y sancionada por el Derecho del Estado. Si el Estado *está implicado en el mismo sistema de los derechos económico-patrimoniales, resulta obvio que queda desquebrajada toda pretensión liberal sobre el supuesto carácter neutral del poder público como mero garante externo del Derecho privado*. Así, cuando el Estado tutela un «property right» («derecho de actuación») supone que éste garantiza los correspondientes ámbitos de actuación (derechos o facultades) frente a terceros bajo la amenaza de hacer uso de todo su poder de coacción institucional¹⁴⁷.

¹⁴¹ Véase FERRARI, V.: *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, espec., Cap. III.

¹⁴² Desde otro punto de vista, Alf Ross, había realizado que no existen «dos mundos» y que el Derecho no es una pura idealidad construida sobre la sociedad y enteramente independiente de esta. Véase su obra *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 4.ª ed., 1977, págs. 63 y sigs. Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L.: *Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho*, Est. Preliminar a la obra de ROSS, A.: *La lógica de las normas*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI.

¹⁴³ Véase RORTY, R.: *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, 3.ª ed., Madrid, Cátedra, 1995.

¹⁴⁴ Véase, al respecto, REBUFFA, G.: «Il sistema delle relazioni economiche nell'analisi della tradizione sociologica: diritto e mercato», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIII, núm. 1 (1983), pág. 156.

¹⁴⁵ Ripert dirá que el Derecho es la ciencia del orden establecido, que asume una función conservadora (en sentido técnico) del orden social existente. Véase RIPERT, G.: «Evolución y progreso del derecho», en AA. VV.: *La crisis del Derecho*, Buenos Aires, EJA, 1961, págs. 14 y sigs.

¹⁴⁶ MERCADO, P.: *El Análisis Económico del Derecho*, cit., pág. 153.

¹⁴⁷ Véase, GREY, T. C.: «The Desintegration of Property», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W.: *Property, Nomos XXII*, New York University Press, New York, 1980, pág. 79.

El problema práctico que afronta esta renovación de la teoría de los derechos patrimoniales es que permite comprender que la resolución de los conflictos entre derechos requiere de la intervención de los mecanismos institucionales predispuestos por el Derecho del Estado. Los derechos no tienen una existencia natural previa que después el Derecho estatal se limitaría a sancionar y proteger. Pero es que, además, cuando formaliza un sistema de derechos y decide sobre la resolución de los conflictos subsiguientes realiza elecciones de orden político-jurídico (sometidas a una lógica de esa índole). Esa concepción *positivista* y relativista se opone a la cosmovisión liberal de los derechos como derechos absolutos preexistentes al momento de su reconocimiento y garantía por el sistema jurídico-institucional. En coherencia, para esta corriente de pensamiento, los derechos son tales en la medida en que son sancionados y garantizados por el Derecho objetivo dentro del sistema jurídico. Esta es su concepción neopositivista¹⁴⁸.

Sea como fuere, en la actualidad se refleja ese carácter dinámico de la posición jurídica de los derechos. Existe, en efecto, una lucha por los derechos en el mismo interior de ordenamiento jurídico. Esta lucha ha quedado bien de manifiesto ante la crisis del modelo contemporáneo de Estado social (el Estado del Bienestar). Se hizo referencia al hecho de que el Estado social, adquiere como rasgo constitutivo el ser intervencionista en materia económica y social juridificando los intereses contradictorios y tratando de buscar una ponderación en la protección de los mismos. De manera que al realizar su función directa de asignación y distribución de recursos se produce una inevitable coexistencia del principio de eficiencia con el principio de protección (traducible en términos de igualdad y de solidaridad)¹⁴⁹. Esa función económico-social propia del Estado intervencionista contemporáneo, comporta el compromiso directo del poder público en la realización del bienestar social¹⁵⁰, lo que ha supuesto un cambio esencial en las relaciones entre Estado, Derecho y economía. Es el sentido y alcance de esta intervención protectora en la esfera económica y social lo que se cuestiona desde finales del siglo XX. He aquí donde se sitúa la dimensión *propositiva* de la corriente del análisis económico del Derecho, ya que partiendo de la importancia innegable del papel del sistema jurídico-institucional en la conformación del orden económico y social, considera que en el momento presente existe una sobrecarga de demandas al poder público, de manera que este tiene que descargar parte de

¹⁴⁸ GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico jurídico de Gény”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, concluye su extraordinaria obra señalando que “los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los juriconsultos en el aparato exterior y plástico del derecho positivo, son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia, inevitable, que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión. He ahí el principio esencial de mi tesis y lo que habrá necesidad de negar y destruir absolutamente si se quiere contradecir con éxito mis ideas” (*Ibid.*, pág. 534).

¹⁴⁹ Hay que tener en cuenta que los conflictos de la sociedad contemporánea se mueven cada vez sobre un espacio jurídico explícito, debido al proceso de juridificación de la sociedad, con la consiguiente penetración del Derecho en el mundo de la vida. Ello convierte al Derecho del Estado en un actor directo implicado en la lucha entre los intereses, con todos los problemas de gobernabilidad con ello puede plantear. Piénsese en el fenómeno ya aludido de contractualización de las leyes, derivados de una transacción sustancialmente política gestada inicialmente fuera de los cauces parlamentarios. Sobre los problemas de la juridificación en el Estado social de Derecho, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; TEUBNER, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del derecho*, Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores, 2000, págs. 81 y sigs. El resultado es la pulverización de la ley como instrumento de conexión del sistema social en su conjunto, como un todo unitario.

¹⁵⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los renglones torcidos de la política social moderna*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Granada, 3.ª época, núm. 2 (1999), págs. 239 y sigs. La evolución del Estado Social de Derecho seguirá una evolución compleja desde finales del siglo veinte y de consolidación en los inicios del siglo veintiuno, pudiéndose hablar tanto de “Estado de Mercado” (MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017), como de manera “Estado competitivo schumpeteriano” (JESSOP, R.: *El futuro del Estado capitalista*, Introducción de J. C. Monedero, Madrid, La Catarata, 2008).

sus responsabilidades, liberando espacios de actuación a la iniciativa privada, donde los conflictos se resolverían atendiendo al principio de eficiencia medido por los costes de transacción. De ahí que la teoría económica del Derecho postule no un retorno sin más al mercado libre, sino una política pública de apoyo al poder de autogobierno de las fuerzas del mercado en sentido amplio (incluido el «mercado laboral»), con la finalidad de que el mercado, *cada vez más autorregulado desde el punto de vista jurídico*, se convierta en el instrumento principal de reasignación de los recursos disponibles (sustituyendo en ese carácter principal a la responsabilidad político-jurídica asumida por el Estado social).

Se trata de un proceso de *mercantilización de los derechos*, tanto de los derechos económico-patrimoniales propiamente dichos como del conjunto de los derechos cuyo contenido era garantizado antes por el Estado constitucional democrático. Ello se pone de relieve en la noción omnicompreensiva de *property rights* formulada desde la corriente del análisis económico del Derecho, conforme a la cual dicho concepto remite al sistema de relaciones económicas y sociales que determinan la posición de los individuos en relación a la disponibilidad de recursos escasos. Esta categoría jurídica es susceptible, pues, de comprender tanto los tradicionales derechos patrimoniales como los derechos extrapatrimoniales, a los cuales se les somete a una lógica económica en su dinámica de funcionamiento. He aquí, que esa amplísima figura *somete a una lógica mercantil a todo el sistema de derechos* constitucionales. Es el renacimiento, a expensas del sistema del Estado social, de la idea liberal originaria de *mercantilización de todas las cosas*¹⁵¹. La nueva teoría económica pretende «despolitizar» los derechos económicos y sociales. Por definición, los derechos sociales han sido concebidos como *derechos de desmercantilización o descomercialización*¹⁵², evitando que ciertos bienes sociales se configuren como mercancías sujetas a las desiguales relaciones de poder de mercado. Lo que se postula es un replanteamiento de esta estructura de los derechos para hacerlos más funcionales al mercado. De este modo la *garantía pública* de los derechos —resultado de una larga lucha por los derechos del hombre, asegurando una posición estatutaria del individuo en cuanto tal más allá de su posición de poder en el mercado— sería ahora desplazada por la *contractualización* de los mismos según la respectiva correlación de fuerzas en el mercado. Es así que los derechos quedan sometidos a la lógica mercantil y al principio de eficiencia imperante en el sistema económico. En este sentido se redescubre el modo de pensar del individualismo posesivo¹⁵³, pero ciertamente adaptado a un marco económico e institucional profundamente cambiado. No se trata de que el ordenamiento jurídico se desentienda de la marcha de la economía, sino de que éste opte por la creación del marco institucional más adecuado para la realización del principio de eficiencia: que se constituya en instancia *subordinada a lógica del mercado* (que es al propio tiempo la lógica de los agentes económicos que operan en el espacio económico) de asignación y distribución de los recursos¹⁵⁴.

¹⁵¹ Vid. supra las reflexiones hechas sobre esta problemática.

¹⁵² Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7 y sigs., y del mismo autor, *Derecho sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

¹⁵³ El individualismo posesivo es la posición dominante de todo el siglo diecinueve. Se reforzó con el ascenso político de la burguesía, la cual procedió a su regulación y delimitación por el soporte normativo de los Códigos y por la nueva utilización de las técnicas romanas y romanistas. Ese individualismo se hizo más radical y agresivo ante las frecuentes, aunque no eficaces, oleadas antipropietarias que surgen. En verdad, las doctrinas jurídicas que postulaban la propiedad colectiva en sus múltiples formas, atentaban contra la principio de dominio propietario que establecía una vinculación directa e inmediatamente soberana entre un sujeto titular y un bien objeto de propiedad. Véase, ampliamente, el completo estudio histórico-jurídico sobre la controversia entre propiedad individual y propiedad colectiva en la cultura jurídica del siglo XIX, de GROSSI, P.: *Historia del Derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, págs. 19 y sigs., passim.; GROSSI, P.: *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996. Véase también, BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, Madrid, Trotta, 1996.

¹⁵⁴ No se olvide que dentro de los subsistemas en que se resuelve el sistema social general, el subsistema económico se rige de modo prevalente por el principio de eficiencia.

Esto significa en la práctica postular la funcionalización del Derecho al servicio del mercado, de cuyas consecuencias trágicas ya advirtiera Polanyi, sobre la base de la experiencia histórica¹⁵⁵. La mitificación del mercado como mecanismo de autorregulación social es apoyada y acompañado del compromiso del ordenamiento estatal en favor del principio de eficiencia económica. Implicación ésta, que ha sido favorecida por el acrecentamiento de las condiciones de competitividad en un contexto de globalización de la economía. En esta línea de pensamiento, el Derecho es contemplado desde una perspectiva instrumental, es decir, concebido como técnica de organización de la sociedad con arreglo al principio de eficiencia. Éste está presidido, a su vez, por el paradigma tecnológico (la racionalización tecnológica), lo que supone reducir los problemas jurídicos a cuestiones atinentes a la asignación y distribución de los recursos escasos¹⁵⁶. El propio jurista es concebido como un ingeniero social, que ha de asumir su tarea teniendo en cuenta la aportación de las demás ciencias sociales¹⁵⁷. Ese *modelo de jurista* se correspondería con las exigencias de funcionamiento de las sociedades actuales.

Esta alternativa a la crisis del actual modelo de Estado social (el Estado del Bienestar de la post-guerra de inspiración keynesiana) comporta la penetración de las categorías económicas en las categorías jurídicas, desplazando la propia lógica político-jurídica. Ello supone al tiempo la sustitución de la ciencia jurídica por la ciencia económica. Por lo demás, el principio de eficiencia tiende a desplazar al principio redistributivo, aunque desde otras perspectivas «internas» a la corriente se ha afirmado (Calabresi, Polinsky, Ackerman, Michelman, Ullen, etc.), que es necesario no descuidar la dimensión redistributiva del sistema jurídico, en cuanto instrumento para la remoción de la desigualdad social, que acaba siendo también de posición jurídica¹⁵⁸. Proponen un compromiso entre el principio de eficiencia y el principio de equidad (vinculado éste a los valores superiores del ordenamiento jurídico).

Ello es coherente con los postulados de la teoría del análisis económico del Derecho, corriente de pensamiento que parte del principio de que el sistema jurídico debería tener como fin prioritario la eficiencia económica. También domina el *modelo de "jurista-económico"* que tiene su propio "dogma" formalista prestado de las premisas conceptuales de la ciencia económica; y un fin apriorístico del Derecho: la eficiencia económica de las instituciones jurídico-laborales en nuestro caso¹⁵⁹. El nuevo

¹⁵⁵ Véase POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989, cap. 14.

¹⁵⁶ Véase, al respecto, el famoso teorema de Coase, COASE, R.H.: *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.

¹⁵⁷ A ello se refería ya POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y Est. Preliminar de J. Puig Brutau, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. 167 y sigs. La ingeniería —dice Pound— «consiste en una realización de cosas y no en el instrumento pasivo de llevar a la realidad las fórmulas matemáticas y las leyes mecánicas de la manera eternamente señalada. . . A diferencia de lo que ocurría en el último siglo, empezamos a concebir de la misma manera la misión propia del jurista, del juez y del legislador. La tarea que nos incumbe es la de estudiar el orden jurídico y no la de entablar discusión sobre la naturaleza del Derecho». Consúltase, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La "jurisprudencia sociológica" de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social*, estudio preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

¹⁵⁸ Se han configurado las desigualdades, sean económicas o sociales, como las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Ellas concurren, en su conjunto, a formar las diversas esferas jurídicas. En este sentido FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 82.

¹⁵⁹ Con este enfoque el "mercado" en sí como institución social aparece como una "figura misteriosa" dotada de una "lógica propia" (más allá de la trama de las fuerzas sociales de referencia que se localizan en ese espacio económico) que se proyectaría sobre el sistema jurídico: la institucionalización del mercado se realiza bajo el principio guía del tipo de eficiencia dominante como determinante de las transformaciones del sistema jurídico (haciendo explícitos los fundamentos económicos de las decisiones jurídicas) y como teoría racionalizadora del mismo. De este modo, el mecanismo del mercado, así entendido, significa subordinar la substancia de la propia sociedad a las leyes del

modelo de jurista que se postula –en coherencia– es el propio del jurista-ingeniero social y económico, que ha de tomar en consideración en el proceso interpretativo de la solución de los conflictos jurídicos la dialéctica de los intereses económicos subyacentes y atender la tensión coste-beneficio implicada en las normas jurídicas objeto de interpretación¹⁶⁰. Ya se había advertido de la creciente tensión entre el Derecho de la concurrencia y el Derecho del Trabajo, sobre la infiltración de aquél en la lógica de éste último¹⁶¹. Su lógica es dual: tiene a eliminar las normas sociales que suponen restricciones al mercado consideradas contrarias a la competitividad empresarial, por un lado, y por otro, autoriza al intérprete (jurista-ingeniero socio-económico) a llevar a cabo una interpretación y resolución de los conflictos jurídicos que haga prevalecer la lógica de sustento del orden público económico que domina el derecho de la libre concurrencia. El “jurista intérprete-económico” en caso de conflicto debería primar el valor de la eficiencia sobre el valor de la justicia distributiva.

También en el plano del “jurista legislador-económico”, en la elaboración de la regulación normativa de los procesos sociales se atiende a ese predominio de la eficiencia económica sobre la justicia social. Es así que con esa doble lógica del discurso jurídico se asiste desde hace tiempo a una crisis del principio de tutela del trabajador y a un redimensionamiento de la función de la normativa pública en el campo de las relaciones entre empresa y “mercado de trabajo”, produciéndose un giro sobre el sentido político jurídico de la normativa laboral y de su dinámica de desarrollo más funcional a las exigencias de funcionamiento de los mercados y de reestructuración permanente de las empresas¹⁶².

El Derecho no puede operar exclusivamente con la lógica del mercado, subordinando las decisiones jurídicas a los principios económicos. Bajo un realismo jurídico de nuevo tipo se postula la correspondencia de los contenidos de las normas con la materialidad de las relaciones económicas

mercado. Ello produce una suerte de “mercantilización” de la política y del Derecho: su reducción determinista e instrumental a “lo económico” como elemento determinante de la organización social. En este discurso sobre el Derecho (y en nuestro caso el Derecho Social del Trabajo) el Derecho es reducido aquí también a un “medio” (un instrumento técnico) para la organización social al servicio de la economía. La teoría económica del Derecho pretende la reconstrucción de un sistema jurídico sobre la base de la eficiencia económica como criterio de decisión “suprapolítico”. El Derecho ha de adaptarse –lo cual no equivale a plegarse– en todo momento a las cambiantes exigencias de la eficiencia y competitividad de la economía. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, cit., págs. 392-393. La obra de referencia en la corriente instrumentalista económica del sistema jurídico es la de POSNER, R.A.: *El análisis económico del Derecho (1992)*, México, trad. E. L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1998, su proyección en la regulación de la relación laboral, págs. 306 y sigs., y su proyección en la regulación legal de las desigualdades del ingreso, la justicia distributiva y la pobreza, págs. 431 y sigs. Una moderada perspectiva crítica “interna” a esta corriente de pensamiento, en CALABRESI, G.: *Un vistazo a la catedral. Cuando el Derecho se encuentra con la economía*, Lima, Palestra Editores, 2011; y “externa” en HIERRO, L.L.: *Justicia, igualdad y eficiencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; TORRES LÓPEZ, J.: *Análisis económico del derecho. Panorama doctrinal*, Madrid, Tecnos, 1987; MERCADO PACHECO, P.: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994; PAZ ARES, C.: “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la Teoría económica del Derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, págs. 601 a 707; PASTOR, S.: *Sistema jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1989. Una crítica implícita o subyacente, con contundencia en rebatir sus argumentos, a la unilateralidad del enfoque economicista en SEN, A.: *La idea de la justicia*, Madrid, Taurus, 2010; *Ibid.*, *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza Editorial, 1989.

¹⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social*, estudio preliminar a POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII.

¹⁶¹ LYON-CAEN, G.: *Le droit du travail une technique reversible*, París, Dalloz, 1995, pág. 90-92.

¹⁶² Este modelo de jurista se contraponen al modelo de “jurista del Estado Social” que busca un equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I.3. (“Modelos de Juristas del Trabajo y reformas flexibilizadoras del derecho social”), págs. 110-136.

y sociales. Pero para los analistas económicos del Derecho, la realidad a la que ha servir el Derecho no es otra que la racionalidad de la economía de mercado y a su principio regulador (el principio de eficiencia). El modelo de hombre que serviría de parámetro para las decisiones económicas es el *homo oeconomicus*¹⁶³. Se entiende así que la lógica del Derecho y la lógica del mercado no están dissociadas, pero se da un paso más: el principio de eficiencia se convierte en un principio regulador que permite medir la «coherencia» de las categorías jurídicas atendiendo a su correspondencia con la lógica del mercado. Esa adecuación se corresponde con un esquema de validación material de las normas jurídicas, que desplazaría a la noción de validez material propia del Estado social de Derecho¹⁶⁴. Desde este punto de vista, se explicitan las bases económicas de las instituciones jurídicas y, a la postre, las bases del propio capitalismo organizado. Con todo, el Derecho acaba siendo significativamente un «metamercado» institucional, de tal modo que su función mediadora queda restringida al estar subordinada a la lógica del mercado.

Todo ello queda explicitado en el discurso interno de los juristas inscritos en esta corriente de pensamiento. Se afirma que evitar el despilfarro es un objetivo económico necesario. En coherencia, una materia esencial de la *economía normativa* y de la teoría de política económica debe consistir en proponer regulaciones e instituciones cuya existencia promueva la eficiencia en la utilización de los recursos escasos¹⁶⁵. Por ello, esta dirección de pensamiento jurídico aplica dicha perspectiva a las normas del sistema jurídico, al entender que es tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica analizar en qué medida las regulaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos e incrementan la eficiencia. Pero los analistas económicos estudian también estas normas en función de las consecuencias que producen para los miembros de la sociedad. Por eso este análisis pertenece al ámbito de las llamadas *teorías sociales consecuencialistas*. Conforme a ellas, las normas jurídicas, los actos y decisiones de la Administración, de los tribunales, e incluso los negocios de los particulares, son valorados con arreglo a los efectos que producen. Lo mismo cabe decir para las normas jurídicas.

En términos generales esta corriente de pensamiento presenta un *doble individualismo* que permite comprender el sentido de su aportación y la misma significación político jurídica de dicha tendencia. El Análisis Económico del Derecho acepta en la mayoría de sus ámbitos de aplicación un *individualismo normativo* y un *individualismo metodológico*¹⁶⁶:

a) El *individualismo normativo*, según el cual los objetivos y tareas del Derecho del Estado deben ser establecidos haciendo reclamo de los objetivos y preferencia de los miembros de la sociedad. Parte de la idea de que en una sociedad avanzada los miembros de la sociedad están en condiciones de saber por sí mismos lo que más le conviene. Es así que la tarea del Estado exclusivamente debería limitarse a aunar y aglutinar estas preferencias y objetivos, nunca realizar su propias preferencias, desvinculadas de las preferencias de los miembros de la sociedad.

b) Esta teoría jurídico-económica participa del *individualismo metodológico*. Trata de predecir las consecuencias de las normas jurídicas. Ello comporta que los individuos persiguen su propio

¹⁶³ Véase DUMONT, L.: *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus, 1982; DUMONT, L.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza, 1987.

¹⁶⁴ Para visión de la validez material, véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, Parte V. FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), vol. 1., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, págs. 773 y sigs.; FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), vol. 2., trad. P. Andrés Ibañez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruíz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, págs.9 y sigs. 298 y sigs.

¹⁶⁵ SCHÄFER, H. B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 21.

¹⁶⁶ Véase, SCHÄFER, H. B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 22. Sobre los rasgos del individualismo metodológico, véase LUKES, S.: *El individualismo*, Barcelona, Eds. Península, 1975, págs. 13 y sigs.

provecho, sin dejarse llevar por categorías morales o por la conciencia del deber. Esta hipótesis legal constituye a menudo un instrumento de predicción económica. Ese individualismo metodológico estima al individuo que actúa de forma racional y egoísta como la base para comprender las normas y las instituciones. Entiende rechazable toda pretensión de explicar los fenómenos sociales que no se exprese completamente en términos de hechos sobre individuos. Considera que aquellas instituciones sólo son adecuadas para asumir sus tareas, si están configuradas de tal manera que las personas que actúan en ellas, a la vez que persiguen su provecho particular, fomentan estas tareas. Por eso, este modo de pensar es incompatible con aquellas teorías que intentan describir a instituciones, como el sistema jurídico, los parlamentos, las empresas o los partidos, sin recurrir al comportamiento individual. Conforme a la concepción del individualismo metodológico, no existe un comportamiento de los sistemas o las instituciones, sino sólo un comportamiento *en* las instituciones¹⁶⁷.

1.4. Mundialización de la economía y globalización del Derecho

Estamos hoy ante una nueva «gran transformación»¹⁶⁸, consistente en la emergencia de una sociedad globalizada o mundializada, que inciden en todas las instituciones fundamentales de la sociedad. Su originación es más antigua de lo que se piensa, ya que se vincula a la construcción de una «economía mundo»¹⁶⁹. Como pudo apreciarse —y anticiparse— a mitad del siglo XIX, «en virtud de su explotación del mercado mundial, la burguesía ha dado una *conformación cosmopolita* a la producción y al consumo. Con gran pesar de los reaccionarios, ha sustraído el terreno de sustentación nacional bajo los pies de la industria»¹⁷⁰. El proceso de globalización actual tiene como soporte la revolución tecnológica y comporta una nueva forma de gobernabilidad del mundo¹⁷¹. En la nueva reorganización del capitalismo se generalizan nuevas formas de relaciones económicas que coexisten con la economía de mercado tradicional, en una dirección que determina que, en gran medida, las relaciones humanas sean relaciones comerciales. Es el avance hacia la mercantilización integral, cuyo desarrollo último ya había sido intuido¹⁷². Las redes globales de productores sin necesidad de capital físico tienden a desplazar a los mercados normales. Es el retroceso progresivo del capitalismo industrial de mercado tradicional, su coexistencia y tendencial sustitución por un capitalismo más inmaterializado en el establecimiento y *constitución jurídico-política* de las relaciones económicas¹⁷³. De este modo, no existe un Derecho privado internacional apolítico, regulador de las relaciones de comercio, sino que ese sistema de Derecho necesita de una intervención política que defienda la capacidad de los actores del mercado para confiar, sin impedimentos, en las reglas de Derecho privado, nacionales e internacionales (incluyendo la nueva «*lex mercatoria*»)¹⁷⁴.

La globalización supone la existencia de un nuevo modo de relación entre Estado y economía, especialmente marcado por la creación de las empresas transnacionales. La nueva forma de empresa

¹⁶⁷ Véase, SCHÄFER, H. B. y OTT, CL.: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, cit., pág. 23.

¹⁶⁸ Véase POLANYI, K.: *La gran transformación* (1944), Madrid, Ed. La Piqueta, 1989, passim.

¹⁶⁹ Véase, en general, WALLERSTEIN, I.: *El moderno sistema mundial*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1979 y 1983; BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, 3 vols., Madrid, Alianza, 1984.

¹⁷⁰ Cfr. MARX, K. y ENGELS, F.: *Manifiesto del Partido Comunista* (1848), en OME-9/ Obras de Marx y Engels, Barcelona, Ed. Crítica (Grijalbo), 1978, pág. 140.

¹⁷¹ Véase GIDDENS, A.: *Sociología*, Madrid, Alianza, 1996; BECK, U.: *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998.

¹⁷² Véase MARX, K.: *El capital*, trad. M. Sacritán, Barcelona, Grijalbo, 1976.

¹⁷³ Véase RIFKIN, J.: *El siglo de la biotecnología*, Barcelona, Crítica, 1999; Id.: *La era del acceso*, Barcelona, Paidós, 2000. Véase CASTELLS, M.: *La era de la información*. I. *La sociedad red*, Madrid, Alianza, 1997. Para la idea de construcción política e institucional de los mercados, véase POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989.

¹⁷⁴ Véase AMOROSO, B.: «Internacionalización y capitalismo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 32 (1995), págs. 33 y sigs.; WILKINSON, V.: «The New Lex Mercatoria», en *Journal of International Arbitration*, vol. 12, núm. 2 (1995), págs. 104 y sigs.

en red —como forma dominante de organización del ciclo productivo— se organiza en estructuras flexibles, constituyendo un sistema de conexiones interempresariales capaz de comprender un ciclo productivo unitario o heterogéneo. De esta manera el personal laboral que presta servicios en esa empresa económica de estructura jurídica y económica compleja queda también fragmentado, dividido, tanto en los aspectos individuales de su relación de trabajo como en las relaciones colectivas. Este tipo de organización productiva facilita la dimensión transnacional de la empresa.

En el contexto de la globalización¹⁷⁵ y de nuevas formas de organización de las relaciones económicas se producen nuevas problemáticas jurídicas. Los sistemas jurídicos intentan adaptarse a las transformaciones operadas. Se produce, por otra parte, la emergencia de un renovado Derecho Internacional Privado, que parece girar sobre la redescubierta *lex mercatoria*, que es el resultado del acuerdo de los actores representativos de las empresas multinacionales.

Ciertamente, el Estado comercial abierto es la forma política dominante de gobierno de una economía acusadamente desterritorializada¹⁷⁶. La mundialización de los mercados está ocasionando una crisis, una erosión, de la forma estatal (y del Derecho estatal) de gobierno de lo económico. Existió una secuencia histórica, conforme a la cual al gobierno privado-estatal de la economía le sucedió el sistema *dirección público-estatal de la economía*, acompañada de la consagración de la noción de ciudadanía social típica del Estado social contemporáneo. Ahora bien, el supuesto base de ese gobierno de la economía ha sido la correspondencia *entre el espacio económico y el espacio jurídico político, entre Estado y mercado* (Estado-nación versus mercado-nacional). No obstante, el proceso de globalización de la economía rompe esa correspondencia entre espacio político y espacio económico, la cual se libera de las ataduras estatales y se desvincula de los lazos que le ligaban al territorio nacional. Este proceso de globalización ha supuesto una mutación fundamental en la articulación de los actores económicos y en el papel de los Estados en el gobierno de la economía mundial.

Resulta paradójico, pero ya altamente significativo, que la liberalización mundial de los factores que intervienen en el proceso productivo no se proyecte sobre el factor que debería ser más relevante: el factor humano, respecto del cual existen limitaciones en las fronteras nacionales. Esto en sí mismo refleja la orientación de las políticas de fondo que actualmente prevalecen en el proceso de globalización. Parece que el actual modelo de globalización está creando una sociedad desigual e injusta. Por otra parte, de los tres actores que operan en los mercados globales (el capital, el trabajo y los Estados) el único que tiene total libertad de movimientos es el capital, que puede desplazarse donde obtenga más oportunidades de ganancia¹⁷⁷.

La globalización pone límites inequívocos a la adecuación de los Derechos estatales y del propio Derecho internacional actual para responder a las exigencias de organización y control de los mercados internacionales. Ello supone el surgimiento de problemas de gobernabilidad jurídico-política en los nuevos espacios económicos, ya que la expansión transnacional de las fuerzas económicas exigiría de suyo la formación de un Derecho transnacional, que sería sólo el marco adecuado para establecer una regulación transnacional.

Se produce una tendencial crisis de la forma estatal del Derecho, junto a las fuentes del Derecho de base nacional, se están generalizando nuevas fuentes jurídicas extralegislativas, sobre todo a través de un Derecho consuetudinario y la mayor presencia de acuerdos colectivos entre las

¹⁷⁵ Véase ARNAUD, A. J.: *O Direito entre Modernidade e Globalização*, Río de Janeiro, Renovar, 1999.

¹⁷⁶ Véase, MERCADO, P.: «El «Estado comercial abierto». La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 125 y sigs.

¹⁷⁷ Véase, en una perspectiva general, HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.

grandes empresas transnacionales y las representaciones de sus trabajadores. En realidad, están surgiendo nuevas fuentes de gobierno jurídico-político. En efecto, se asiste a un aumento vertiginoso de la *creación extralegislativa del Derecho*. Ello pone en crisis el papel de la ley (y en general de la regulación pública) en la ordenación de un sistema económico globalizado. La legislación pública pierde terreno¹⁷⁸ frente a la proliferación de *mecanismos autónomos de formación del Derecho regulador de las relaciones económicas internacionales*¹⁷⁹.

Los avances en la respuesta al fenómeno de la globalización se han producido significativamente en el plano del *Derecho económico*, el cual ha sufrido un proceso de revisión en distintos ámbitos. Desde distintas fuerzas internacionales se está acometiendo mecanismo de homogeneización del Derecho económico en el plano internacional. Un aspecto importante de ese esfuerzo homogeneizador son los avances en la construcción de un Derecho mercantil en el ámbito internacional, tanto a través de los mecanismos de autorreglamentación negocial de los propios agentes (*lex mercatoria*), como de la acción legislativa de las organizaciones internacionales, cuyo paradigma más importante es sin duda la legislación dictada al respecto en el seno de la Unión Europea para hacer frente al gobierno de la globalización regional y general del sistema económico mundial. Es aquí precisamente donde más se ha avanzado en la cesión de soberanía en materia económica.

Sin embargo, los mecanismos importantes de homogeneización del Derecho económico internacional no son los propios de la legislación pública, sino los nacidos del Derecho consuetudinario y la renacida y renovada *lex mercatoria*. Ésta se integra de un conjunto de reglas informales, y formales sobre la configuración de las relaciones económicas internacionales, establecidas por las fuerzas económicas dominantes al margen de los Estados legisladores. Sólo un sector pequeño — aunque muy importante de la doctrina jurídica¹⁸⁰— había situado al contrato como posible fuente del Derecho objetivo. En general, la posición prevalente había concebido al instrumento contractual como una simple fuente de obligaciones negociales, bajo el soporte garante del Derecho objetivo.

La nueva «*lex mercatoria*» encuentra su fundamentación dogmática en la autonomía de la voluntad. Dicha «*lex mercatoria*» tiene el significado de ser un Derecho autónomo de la clase de los comerciantes, regulador de las relaciones económicas de comercio sin sujeción estricta a las reglas tradicionales de la codificación. Esta nueva «*lex mercatoria*», distinta de la antigua de origen medieval, está impulsada por los procesos de cambio llevados a cabo en las estructuras de los sistemas económicos contemporáneos y por la ruptura del paradigma «Estado-mercado». Es un Derecho autónomo de los comerciantes que existe por encima de las fronteras de los países y de modo independiente respecto de los ordenamientos nacionales. A través de esa «*lex mercatoria*» se produce una «autonomización» de la regulación jurídica de las relaciones comerciales en relación a los Derechos nacionales. La «*lex mercatoria*», en efecto, determina la creación autónoma de normas jurídicas por los comerciantes;

¹⁷⁸ Aunque existe un intento de gobernabilidad pública que se sitúa en los mínimos indispensables para el funcionamiento del sistema económico de la Unión Europea...

¹⁷⁹ Véase, GALGANO, F.: «Le fonti del diritto nella società post-industriale», en AA. VV.: *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, pág. 21. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo II. 2 («La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía»), págs. 54-109.

¹⁸⁰ Tal es el caso de Kelsen, en su monografía *El tratado y el contrato*, México, Imprenta Universitaria, 1943; FERRI, L.: *La autonomía privada*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, Est. Preliminar a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno*, Barcelona, Atelier, 2024, Capítulo 2 («El contenido esencial del Derecho fundamental a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos»), págs. 57 y sigs., Capítulo 4.1 («La función de la autonomía colectiva en un sistema democrático de relaciones laborales»), págs. 102 y sigs.

dispone de órganos propios de resolución de los conflictos (señaladamente el arbitraje¹⁸¹ como procedimiento de solución extrajudicial de conflictos derivados de los actos de comercio, que tiene la virtualidad de excluir la intervención de los órganos judiciales y la aplicación de normas imperativas legales); y, en fin, tiene a su disposición instrumentos coactivos para obligar compulsivamente (y disuasoriamente) al cumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales.

Las relaciones económicas en un contexto de globalización exigen rapidez y homogeneización de los mecanismos de contratación, lo que ha conducido a que las organizaciones de intereses empresariales y las grandes empresas diseñen contratos tipos o condiciones de la contratación y sistemas autónomos de control para su efectivo cumplimiento. En ellas, el principio de autonomía de la voluntad en su proyección negocial entra juego, pero ocultando la realidad de las relaciones de poder jurídico-económico que gobiernan el tráfico comercial. Con todo, se explica que la «lex mercatoria» tenga su raíz en el ámbito del comercio internacional, donde se opera una liberalización de las trabas predispuestas en los ordenamientos nacionales. Esto supone que en la «lex mercatoria» se produce el libre juego de los poderes económicos, el cual se impone en la dinámica de las relaciones jurídicas establecidas (en todas las fases de la contratación, incluido el reclamo de la cláusula compromisoria). De manera que se viene a reconocer la existencia de un poder normativo privado («statuta condere»), que a través de técnicas eminentemente contractuales (condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión¹⁸², cláusulas contractuales compromisorias, cláusulas de exención de responsabilidad...) consagra también en lo jurídico el poder económico de los grandes empresarios. Es éste un fenómeno que corre de forma paralela a la «comercialización» del Derecho privado en su conjunto¹⁸³, pero enfocada ahora desde una dirección que pretende instaurar relaciones de privilegio económico en la contratación y en la aplicación del sistema contractual («favor creditoris»), como derivación funcional en lo jurídico de la prepotencia de las fuerzas económicas en el mundo moderno. Esta situación ha hecho nacer un «movimiento» legislativo y doctrinal encaminado a la protección de la parte más débil en la relación jurídico-económica (es decir, tanto en el plano económico-social

¹⁸¹ El cual opera sobre la base de la cláusula compromisoria. En este sentido la cláusula compromisoria pone de manifiesto la naturaleza mixta (procesal y contractual) del convenio arbitral. Sobre ello véase GONDRA, J. M.: «La moderna «lex mercatoria» y la unificación del Derecho del comercio internacional», en *Rev. de Derecho Mercantil*, núm. 127 (1973), págs. 7 a 38. Y con un planteamiento crítico, el propio DE CASTRO, F.: «El arbitraje y la nueva «Lex Mercatoria»», *Estudios Jurídicos*. . . , op. cit., págs. 1159 y sigs. Para De Castro la nueva «Lex mercatoria» utiliza la técnica arbitral «para la consagración del predominio jurídico de empresarios y banqueros» (*Ibid.*, pág. 1200). Considera igualmente que «parece indudable, que la existencia de la Lex mercatoria, y paralelamente la omnipotencia del arbitraje, depende, en primer lugar, del resultado de los esfuerzos hechos para liberal al comercio de la ataduras establecidas por las leyes imperativas de los Estados» (*Ibid.*, pág. 1201). Es ante esa preeminencia por lo que De Castro hace referencia a la «reacción frente al movimiento de la «nueva lex «mercatoria»» (*Ibid.*, págs. 1209 y sigs.).

¹⁸² Nótese que ya Ripert había definido a los denominados contratos de adhesión como «aquellos en los cuales se acusa de una manera permanente la debilidad de uno de los contratantes como tal». Cfr. RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), de la presente edición, pág. 37. En particular, respecto al contrato de trabajo considera que «entregar el trabajo al libre consentimiento de las partes era condenar al obrero a sufrir la ley del patrono. El antiguo arrendamiento de servicios era completamente contractual; el contrato de trabajo moderno es casi enteramente imperativo» (*Ibid.*, págs.38-39).

¹⁸³ Véase, en general, ASCARELLI, T.: *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, trad. E. Verdura Tuells, Barcelona, 1964; asimismo, ASCARELLI, T.: *Introducción al Derecho Comercial y Parte general de las obligaciones comerciales*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar editores, 1947; GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1981. En una perspectiva histórico jurídica, el Derecho comercial se manifiesta, en primer lugar, como Derecho profesional (es decir, especial para una determinada clase), y después se extiende a cuantos participan en relaciones con los sujetos que estén sometidos a él, y más tarde a cuantos ejercen una actividad ordinariamente efectuada por comerciantes matriculados aunque el sujeto agente no lo esté, poco falta para que el Derecho comercial llegase a ser lo que después sería, esto es, un Derecho que regula objetivamente particulares relaciones económicas, cualificadas legislativamente como comerciales independientemente de la cualidad de la persona que las realizaba. De este modo se hacía del concepto de acto de comercio objetivo la base principal para la determinación de la materia comercial. Cfr. ROTONDI, M.: *Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, México, Labor, 1954, págs. 48-49.

como estrictamente jurídico o relaciones de dominio jurídico sobre la voluntad ajena), partiendo de la base de «que la autonomía de la voluntad, como también la libertad contractual, pierden su sentido cuando ella deviene señorío de los fuertes sobre los débiles»¹⁸⁴. La reacción frente a esa concepción de la nueva «lex mercatoria» como Derecho de la clase de los comerciantes se produce de distintos ámbitos del Derecho social: el Derecho del Trabajo, el Derecho de protección de los consumidores, etcétera; sectores diferenciados del ordenamiento jurídico del constitucionalismo social que intentan reducir las posiciones de ventaja de los más fuertes, buscando a través de un sistema de Derecho más igualitario (esto es, el Derecho social en sentido amplio) un equilibrio entre las posiciones de poder jurídico-económico ostentadas por los empresarios, trabajadores y consumidores. Estos son conjuntos normativos que están pensados para *ciertas categorías particulares de personas*¹⁸⁵.

Sin embargo, la fuerza de los hechos de relevancia jurídica está poniendo de relieve la potencialidad del esquema o técnica contractual para afrontar de forma rápida y flexible las exigencias del tráfico económico-jurídico: para formalizar las relaciones comerciales y para establecer reglas jurídicas objetivas dotadas de fuerza vinculante para sus destinatarios. Pero, además, este fenómeno no es aislado, puesto que obedece a una tendencia más general a privilegiar el contrato como fuente de regulación de las relaciones económicas y sociales. Se potencia al contrato a través de políticas públicas de apoyo a la autorregulación colectiva de los sujetos económicos, y asimismo se establecen mecanismos de colaboración internormativa entre el contrato o convención y la norma pública¹⁸⁶. Esta apertura a la técnica contractual supone reconocer resueltamente, superando el estricto dogma positivista (que reconduce el problema de las fuentes al monismo jurídico estatalista), la existencia de *fuentes del Derecho objetivo de origen privado*. De ahí que se ha podido hablar de un nuevo pluralismo jurídico interno e internacional, que rompe como la imagen falseada (desde el mismo paradigma de la *codificación constitucional* del Derecho privado en el siglo diecinueve) del monopolio de las fuentes estatales para crear Derecho objetivo¹⁸⁷. Una expresión gráfica —pero desde luego no exclusiva— es la proliferación de nuevas fuentes del Derecho en el ámbito de las relaciones económicas internacionales. Este pluralismo de las fuentes conlleva también el favorecimiento de nuevas técnicas de resolución extrajudicial de los conflictos, como señaladamente el reclamo del arbitraje internacional, que es un procedimiento especialmente rápido para solucionar las controversias jurídicas. Estos arbitrajes están abstraídos al conocimiento y al control de los poderes públicos. Por otra parte, en las relaciones entre las grandes y las pequeñas empresas auxiliares o subordinadas, los conflictos suscitados se substancian en muchas ocasiones al margen de los procedimientos judiciales ordinarios, ya que a la amenaza de perder las relaciones comerciales persuade a los empresarios de formalizar un proceso judicial. De este modo suele prescindirse de los mecanismos reguladores clásicos del Derecho privado general, los cuales ceden el paso hacia nuevos cauces de regulación y resolución de conflictos declarados en

¹⁸⁴ Cfr. DE CASTRO, F.: El arbitraje y la nueva «lex mercatoria», en *Estudios Jurídicos del profesor Federico de Castro*, Madrid, Centro de Estudios Registrales y otras instituciones, t. II, 1997, págs. 1159 y sigs. (ensayo publicado originariamente en ADC, 1979, fascículo 4, págs. 619 a 725), en particular págs. 1213 y sigs.; DE CASTRO, F.: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios...*(II), cit., págs. 1251 y sigs. (publicado originariamente en ADC, t. 35, fascículo 4, págs. 987 a 1086), donde destaca que «La nueva lex mercatoria suponía atribuir a los empresarios poderes soberanos, de los que las condiciones generales representarían el poder legislativo» (*Ibid.*, pág. 1312). Piensa De Castro, por otra parte, que «la denominación de «nueva lex Mercatoria» viene a disimular su naturaleza anómala y a conferirle la apariencia de ser un renacimiento o continuación del Derecho de los «mercaderes» anterior a los «Códigos». Mas a pesar del nombre común dado, no cabe ocultar la diferencia de la nueva ley respecto de la antigua o tradicional lex mercatoria» (DE CASTRO, F.: *El arbitraje...*, cit., pág. 1195).

¹⁸⁵ Respecto al Derecho del Trabajo, Ripert pudo decir que se trataba de un Derecho de carácter profesional, hecho para una categoría particular de personas. En este sentido, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), de la presente edición, pág.41.

¹⁸⁶ Es el caso de la concertación en sus distintas manifestaciones. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, y bibliografía allí citada.

¹⁸⁷ Véase ya nitidamente, GÉNY, F.: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Tercera Parte, cap. I.

las relaciones económicas y sociales. He aquí que el ordenamiento de la economía de mercado ve reforzado el principio de autonomía privada como principio regulador, en la dirección de un derecho autónomo de los particulares («lex mercatoria»). Al ordenamiento estatal de la autonomía privada se añade el Derecho autónomo de los particulares en la ordenación de las relaciones económica de producción y de intercambio. Se produce una autonomización jurídica de lo económico. La autonomía privada continua siendo, pues, un elemento esencial del Derecho privado, donde se mantiene la centralidad de la forma contractual, como instrumento flexible de formalización de las relaciones económicas. El resultado es un ordenamiento más complejo y pluralista y por tanto más difícil de gobernar desde una racionalidad vertical.

Estamos ante la construcción efectiva de un mercado mundial, con formas de autogobierno de los propios agentes económicos y sin que se halla arbitrado (y no se vislumbra todavía) mecanismos de regulación y control en el plano del Derecho internacional general de las actividades de comercio internacional. En este contexto están emergiendo nuevas formas de la gran empresa transnacional, creando estructuras más flexibles como la empresa-red¹⁸⁸, que permite liberarse a las grandes organizaciones empresariales de las ataduras de la legislación protectora de los Estados nacionales y fragmentar (y debilitar) a los colectivos laborales que integran sus plantillas¹⁸⁹.

Las nuevas formas de organización empresarial, como la empresa-red descentralizada y de personalidad jurídica múltiple, sólo han podido proliferar gracias al actual proceso innovación tecnológica¹⁹⁰. Bajo el nuevo paradigma tecnológico las empresas cada vez más tienden a organizarse en redes, tanto internas como en sus relaciones externas. En este sentido se está fomentando una cultura que interesa para la constitución y el desarrollo del sistema económico global, y que se materializa en una *lógica organizativa*, como base legitimatoria de las relaciones de autoridad institucionalizadas. En este sentido existe una tendencia a desplazar al modelo tradicional de organización industrial, lo cual ha sido gráficamente descrito como el tránsito de la producción en serie del fordismo a la producción flexible del postfordismo¹⁹¹. La época de la gran fábrica en «economías de velocidad», de las «catedrales» fabriles de la época de apogeo industrial, por supuesto no desaparece, pero se rompe su monopolio en una perspectiva de tendencia en el capitalismo actual como sistema-mundo¹⁹².

¹⁸⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación*, Madrid, Ed. Ibidem, 1994; MINEO, G.: «Forma del ciclo y forma de las instituciones», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 32/1995, págs. 139 a 171; CASTELLS, M.: *The Rise of the Network Society (The Information Age: Economy, Society, Culture; v.1)*. Oxford, Blackwell Publishers. 1998; TORRENT, J.: *La empresa-red. Tecnologías de la información y la comunicación, productividad y competitividad*, Barcelona, Ariel, 2007.

¹⁸⁹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho social y del Trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (coord.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 219 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 2017.

¹⁹⁰ La globalización se asienta en los profundos cambios que se han producido en el plano tecnológico, el desarrollo de la economía informacional y en la fluidez de las transferencias financieras. En este sentido, véase CASTELLS, M.: *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I. La sociedad red, Madrid, Tecnos, 1997, págs. 178 y sigs. («La empresa red: cultura, instituciones y organizaciones de la economía informal»); CHESNAIS, F.: *La mondialisation du capital*, París, 1994 passim.

¹⁹¹ Véase, PIORE, M. J. y SABEL, CH. F.: *La segunda ruptura industrial*, Madrid, Alianza, 1990.

¹⁹² En este sentido BECK, U.: *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998, pág.275. Sobre los efectos económicos, sociales y culturales de la «tercera revolución industrial», véase RIFKIN, J.: *Fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Barcelona, Paidós, 1997, Segunda parte. Para las consecuencias de la cuarta revolución industrial (Revolución 4.0); JOYANES AGUILAR, L.: *Industria 4.0 la cuarta revolución industrial*, Madrid, Marcombo, 2017; OIT/UIA: *El futuro del trabajo en el mundo de la Industria 4.0*, Buenos Aires, Oficina de país de la OIT para la Argentina, 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_749337.pdf. Respecto al paradigma de la gran empresa organizada verticalmente en las «economías de la velocidad», véase CHANDLER, A.: *La mano invisible*, Madrid, MTSS, 1988.

El capitalismo como “sistema-mundo” se halla sometido desde hace tiempo a ciclos continuos de inestabilidad, que hasta el momento ha venido sorteando entre reformas y revoluciones “interiores”, es decir, combinando planificación y mercado, en un tensión dialéctica entre distintas racionalidades e intereses contrapuestos. Pero está sobreviviendo a costa de la destrucción de bienes comunes y de limitar su capacidad creadora y redistributiva, es decir, contradicción el proceso de destrucción creativa que, en el modelo de Schumpeter, representaba la esencia del capitalismo moderno organizado¹⁹³.

Con todo se replantea la función de las políticas estatales en el gobierno de la economía mundial. Existe una elección por la desregulación del comercio internacional, lo que supone una política de *laissez-faire como modelo de regulación jurídica autónoma*, intencionalmente propiciada por los Estados nacionales y no sólo por la acción autónoma de las fuerzas económicas dominantes en la esfera económica internacional. Es éste «un modelo de gobierno y de «regulación» de la economía mundial»¹⁹⁴. Esta visión de las tareas del Estado se sitúa frente al paradigma liberal de *Estado comercial cerrado*¹⁹⁵. No obstante, recuérdese que la era moderna se ha caracterizado por la existencia de dos procesos interdependientes: la creación de un sistema nacional de Estados¹⁹⁶ y, ya originariamente, la *formación de un sistema capitalista de alcance mundial*¹⁹⁷. En realidad, la economía liberal suponía que el mercado era un árbitro suficiente del bienestar público o general¹⁹⁸. Por lo demás, el nuevo sistema de poder se caracteriza por la pluralidad de las fuentes de autoridad y poder, siendo el Estado-nación tradicional sólo una de ellos. Ciertamente, lo que se está produciendo es una relativa pérdida poder del Estado-nación dentro del ámbito de la *soberanía compartida* que

¹⁹³ SCHUMPETER, J.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Folio, 1996. La crítica al capitalismo FINANCIERO y especulativo y a la misma idea de destrucción creadora hecho por Veblen fue demoleadora y anticipadora de lo que vendría después. Véase VEBLEN, TH.: *Teoría de la empresa de negocios (1904)*, trad. Carlos Alberto Trípodí, revisión técnica, edición y estudio preliminar, «La teoría de la empresa de negocios en Thorstein Veblen», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2009. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La teoría crítica social de Thortein Veblen. Sociedad opulenta y empresa de negocios*, Granada, Comares, 2010; MONEREO PÉREZ, J. L. (2022). El Institucionalismo americano y la Escuela de Economía del Trabajo y de las Relaciones Laborales: Thorstein Bunde Veblen y la Escuela de Wisconsin. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (5), 20–49. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.15043>; MONEREO PÉREZ, J.L.: La teoría de la empresa moderna: la aportación de Thorstein Veblen. (2023). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 8, 41-66. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/816>

¹⁹⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial*, cit., pág. 233; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomazo, 2017, págs. 9 y sigs., 29 y sigs., 213 y sigs.

¹⁹⁵ Respecto a ese paradigma, véase FICHTE, J. G.: *El Estado comercial cerrado*, trad., y Est. Preliminar, J. Franco Barrios, Madrid, Tecnos, 1991, passim. Fichte considera esencial el acotamiento del mercado nacional para conseguir una armonía perfecta entre producción y consumo. A través de dicha armonía, el artesano puede sentirse seguro de extraer del ejercicio de su profesión lo que necesita para satisfacer sus necesidades; lo cual era —según Fichte— una condición indispensable para que se puede asumir el oficio desempeñado a la propiedad. Véase JOUVENEL, B. DE.: *Los orígenes del estado moderno (1976)*, Madrid, Ed. Magisterio Español, 1977, pág. 207. Para la crisis del dogma histórico-espiritual de la soberanía, véase HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995, págs. 77 y sigs.

¹⁹⁶ El capitalismo de los orígenes sólo triunfará «cuando llega a identificarse con el Estado, cuando es el Estado». En este sentido BRAUDEL, F.: *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, 1977, págs. 64-65. En esa línea de pensamiento, se ha señalado que el capitalismo ha podido desarrollarse precisamente porque la «economía-mundo» ha tenido dentro de sus fronteras no una, sino una multiplicidad de sistemas políticos estatales que han tratado de garantizar su posición competitiva en la «economía-mundo» frente a los demás Estados del sistema mundial. Cfr. WALLERSTEIN, I.: *El moderno sistema mundial*. I, Madrid, Siglo XXI, 1979.

¹⁹⁷ Véase TILLY, CH.: *Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons*, New York, Russel Sage, 1984, pág. 147 (trad. TILLY, CH.: *Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes*, Madrid, Alianza, 1991).

¹⁹⁸ En este sentido BELL, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo (1976)*, Madrid, Alianza, 1994, pág. 37. Sobre el pensamiento económico liberal, véase ampliamente SCHUMPETER, J.: *Historia del análisis económico*, Barcelona, Ariel, 1982.

caracteriza al escenario de la política mundial actual¹⁹⁹. Pero también una ruptura del *modelo de «capitalismo organizado»* implantado durante el siglo veinte, y el caos y la inestabilidad en la *longue durée* que antecede a probables nuevas formas de reorganización del sistema-mundo y de los modos de gestión de la política. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el capitalismo en su largo desarrollo histórico se ha caracterizado por su flexibilidad y capacidad de adaptación a circunstancias siempre cambiantes²⁰⁰. Los Estados del capitalismo avanzado no desaparecen, se abren a los nuevos espacios económicos e intervienen en decisiones fundamentales sobre la conformación del comercio mundial. Sucede, no obstante, que sus decisiones quedan revestidas de un pretendido determinismo técnico, es decir, están marcadas por la racionalidad económica instrumental y, en relación a ella, por la realización del principio de eficiencia. El resultado es una aparente despolitización de las decisiones públicas de gobierno²⁰¹, que más allá de esa apariencia tecnocrática y eficientista concierne a los problemas del poder jurídico en la sociedad contemporánea. La misma opción por una desregulación *legislativa* del comercio internacional, supone en sí una elección intrínsecamente política decidida a privilegiar a las formas de autorregulación de las relaciones económicas, como instrumento regulación flexible de las mismas (principalmente a través de la “*lex mercatoria*”²⁰², que genera un entramado autorregulador que conforma una arquitectura jurídica de impunidad contra el Derecho Internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo democrático social de los Estados nacionales).

Sin embargo, el sistema democrático no puede rehusar su responsabilidad en la garantía de un equilibrio entre el principio de protección de los derechos de ciudadanía y el principio de eficiencia económica. En una sociedad democrática abierta, la economía debe estar subordinada a las necesidades de la sociedad²⁰³. Los desequilibrios económicos y sociales que están producción con el actual modelo de desregulación y es posible que acaben con la ilusión neoliberal de reivindicar una autonomía de la economía liberada de las limitaciones del sistema político. La democracia constitucional con Estado Social exige un gobierno democrático de la economía, y por tanto una implicación más directa de los Estados constitucionales en la organización del sistema económico mundial. En este sentido el sistema económico global exige una regulación democrática, a pesar de que el fundamentalismo liberal del mercado pretende suprimir el lugar de la decisión democrática. Pero ese dogma neoliberal puede constituir la mayor amenaza hoy para la sociedad abierta, porque la economía se ha mostrado incapaz de conseguir un equilibrio natural sin el reclamo de la regulación político-jurídico²⁰⁴. La sociedad compleja contemporánea el problema será encontrar el modelo de regulación jurídica más adecuado. Hay que tener en cuenta que los modelos o paradigmas de regulación jurídica²⁰⁵ han sido cambiantes en la misma intrahistoria del capitalismo moderno.

¹⁹⁹ Véase CASTELLS, M.: *La era de la información*. Vol. 2. El poder de la identidad, Madrid, Alianza, 1998, pág. 334; HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, *passim*, y la amplia bibliografía allí citada.

²⁰⁰ Para Braudel, es un rasgo esencial de la historia general del capitalismo su flexibilidad ilimitada y su capacidad de adaptación a los cambios del entorno. Véase BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*. II, Madrid, Alianza, 1984.

²⁰¹ Véase, MERCADO, P.: El «Estado comercial abierto», *cit.*, pág. 148.

²⁰² Puede consultarse al respecto, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., y RAMIRO, P.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2015, espec., págs. 15 y sigs.

²⁰³ Véase, POLANYI, K.: *La gran transformación*, Madrid, La Piqueta, 1989. Polanyi, defiende en esta obra la tesis de «que la idea de un mercado que se regula a sí mismo era una idea puramente utópica. Una institución como ésta no podía existir de forma duradera sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto» (*Ibid.*, pág. 26).

²⁰⁴ Esto lo viene a afirmar, desde un discurso «interno» SOROS, G.: *Soros por Soros. Anticipando el futuro*, Buenos Aires, Distal, 1995.

²⁰⁵ Sobre los paradigmas del Derecho, véase HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, págs. 469 y sigs.

En la etapa del sistema de *Estado liberal* el modelo de regulación se basaba en el Derecho «formal» igualitario. Se partía de la separación radical entre la sociedad política (regida por el Derecho público) y la sociedad civil (regida, a su vez, por el Derecho privado, en el que predominaba el principio de máxima autonomía privada negocial). El substrato del sistema económico era el capitalismo concurrencial, del cual se predicaba el régimen de competencia perfecta. Por el contrario en el sistema del Estado social constitucional, el capitalismo ha venido siendo organizado sobre la base de una combinación entre el Derecho «formal» y el Derecho «material» construido éste sobre la expansión de los derechos de ciudadanía al campo de lo social (derechos sociales de ciudadanía). Se trata de realizar con la intervención pública los valores superiores de la libertad y de la igualdad social, sin renunciar al esquema del Estado de Derecho (significativamente el modelo del Estado del Bienestar se ha denominado «Estado social de Derecho»)²⁰⁶.

El modelo de Estado constitucional en la sociedad compleja actual, pudiese decirse que está en una situación de transición, siendo aventurado afirmar que el Estado social como tal ha sido desplazado ya por otra forma estatal. Lo que sí existe es una tendencia hacia la implantación de un Estado neoliberal en el contexto de la globalización. Es un capitalismo abierto, con una organización jurídico-política descentralizada y con el predominio en la regulación de las relaciones económicas internacionales de la regulación directa a través de fuentes extralegislativas. Efectivamente, ese proceso de fragmentación y descentralización del sistema jurídico puede ser comprendido haciendo reclamo de la teoría procedimental del Derecho. Puede verse en ella una tendencia hacia la descentralización en el proceso de formación y toma de decisiones jurídicas. Esa procedimentalización del Derecho como subsistema dentro del sistema social, sería funcional a la resolución de los problemas de las sociedades complejas²⁰⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta los límites que presenta en el momento presente la racionalidad legal material. Esas limitaciones a la capacidad del sistema legal garantizan el funcionamiento sin fisuras del sistema social, no deriva sólo —ni principalmente— de causas técnicas y de límites intrínsecos a las formas de gobierno jurídico²⁰⁸, como sobre todo de factores de carácter nítidamente político-jurídico. El Estado social actual tiene en efecto dificultades para conciliar la lógica de la acumulación (que es la lógica específica del capitalismo) y la lógica de la protección social. El principio de eficiencia requiere cada vez más del poder público un trato preferente y los recursos de que éste dispone son escasos²⁰⁹.

²⁰⁶ No obstante, se advirtió, no sin cierto exceso, sobre las dificultades de juridificación del Estado social, véase la postura paradigmática de FORSTHOFF, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975; y los dos ensayos («Problemas constitucionales del Estado social» y «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático»), recogidos en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E., y DOERING, K.: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, págs. 43 y sigs., y 107 y sigs.

²⁰⁷ Véase TEUBNER, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, PUF, 1993; TEUBNER, G.: *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993, págs. 66 y sigs.; TEUBNER, G.: *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Perú, Ara Editores, 2005, Capítulo I, págs. 19 y sigs., Capítulo II, pág. 71 y sigs., y Capítulo III, págs. 115 y sigs.

²⁰⁸ Que son las que le hacen defender a Teubner la necesidad de una autolimitación legal en el Derecho privado moderno, favoreciendo la autonomía privada en la regulación de las relaciones sociales y económicas, y haciéndolo a la manera sutil de una realidad invisible de la realidad formalmente establecida. Véase TEUBNER, G.: *Elementos materiales y reflexivos en el Derecho moderno*, cit., págs. 136 y sigs. Asimismo, TEUBNER, G.: “Elementos materiales y reflexivos en el Derecho Moderno”, en BOURDIEU, P. y TEUBNER, G.: *La fuerza del Derecho*, trad., y estudio preliminar C. Morales de Setián Ravina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000 (reimpresión, 2005), págs. 81 y sigs.

²⁰⁹ Véase la obra clásica al respecto, O’CONNOR, J.: *Estado y capitalismo en la sociedad norteamericana* (1973) («La crisis fiscal del Estado»), Buenos Aires, Ed. Periferia, 1974; y en el plano jurídico-político, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

Un planteamiento crítico respecto la explicación que ofrecen los teóricos del derecho reflexivo, en SOUSA, S.: *Toward a New Common Sense*, Nueva York, Routledge, 1995, págs. 86-89. En una perspectiva crítica y discursiva se pronuncia Habermas respecto al derecho reflexivo, véase HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, cit., págs. 492 y sigs.

Desde el paradigma procedimental del Derecho, la intención no es restablecer la autonomía privada en detrimento del Estado social. Se parte que la idea rectora ha de seguir siendo la domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de reestructurarlo social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa «refrenar» el empleo de poder administrativo, es decir, que entrenar a éste desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como vincularlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vistas de legitimidad, inmunizándolo al propio tiempo contra el poder ilegítimo. Este podría ser un cauce adecuado de realización del «sistema de derechos» en las condiciones de una sociedad compleja. En esa perspectiva, la elección de la forma de Derecho —de gobierno jurídico de la sociedad— que convenga debe referir al sentido originario del sistema de los derechos, es decir: debe tratar de asegurar «uno actu» la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse al mismo tiempo como una contribución a la configuración política autónoma de los derechos fundamentales en el marco del proyecto constituyente del Estado social constitucional. El camino, entonces, no tiene por qué ser el de continuar profundizando en una suerte de «paternalismo» del Estado social clásico, puede combinarse la heteronomía pública con la autonomía privada²¹⁰. En este contexto la procedimentalización del Derecho, implica en sí una combinación de fuentes heterónomas y autónomas como mecanismo para desarrollar la democratización de los procesos decisionales tanto en el plano legislativo como del derecho autónomo. Los términos no son, pues, de necesaria sustitución. Dicho en otras palabras: el sistema de racionalidad legislativa no puede reducirse al derecho reflexivo (que si opera exclusivamente en la lógica de la desregulación puede favorecer la primacía de las fuerzas económicas y sociales más poderosas), tiene que combinar ésta racionalidad horizontal con la racionalidad vertical sino se quiere traicionar el modelo constitucional o garantista de derechos fundamentales de los ciudadanos como «estado de civilización» alcanzado en la evolución de la humanidad. Sin embargo, se constata que el modelo de procedimentalización que viene realizando en las últimas décadas es de carácter desregulador y privatizador, ocasionando una reducción del sistema de garantías propio del constitucionalismo socio-económico²¹¹. Éste no tiene porqué ser el único modelo de procedimentalización del Derecho contemporáneo, ya que puede formularse como alternativa de viable realización un modelo democrático-social de procedimentalización que suponga una mayor participación de los grupos sociales en la organización jurídica de la sociedad, sin que ello tenga que implicar un restricción del sistema de garantías propias del constitucionalismo socio-económico. Resulta paradigmática la potenciación legislativa de autonomía colectiva negocial, la cual ha mostrado sus virtuales históricas para garantizar un equilibrio de poder en el marco del sistema de relaciones laborales, pero que por sí misma no siempre tiene el valor de liberar al trabajador individual, ya que en muchos casos queda inalterada la estructura jurídica interna de la relación laboral²¹². En este sentido es relevante la función de la heteronomía propia de la regulación pública y también la potenciación (controlada, pública y colectivamente) de la autonomía privada individual, en la medida en que pueda reflejar un poder real compartido de determinación de las posiciones asumidas en las relaciones individuales de trabajo.

2. CONSTITUCIÓN ECONÓMICO-JURÍDICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL ORDEN ECONÓMICO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO SOCIAL

Hay una perspectiva esencialmente constitucional que suele escapar a los analistas del Derecho público y privado, y sin la cual no puede entenderse su estructura y morfología interna. Se

²¹⁰ . Véase HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, cit., págs. 492-493.

²¹¹ Sobre el modelo garantista de Estado social constitucional, véase FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, cap. V, págs. 849 y sigs.; y en una perspectiva histórica general, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordena miento laboral*, Madrid, CES, 1996, passim.

²¹² Véase SMITIS, S.: «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen», en *Sinzheimer Cahiers*, núm. 2 (1991), pág. 10.

trata de la forma del Estado democrático-social de Derecho²¹³, que incide en todos los elementos de la constitución económica y social de los sistemas democráticos del capitalismo avanzado. Esta forma de Estado atiende a la doble vertiente del principio de igualdad formal y al principio de igualdad en sentido material o sustancial.

El Estado social aparece como una función del orden constitucional de carácter social en sentido amplio (pues se proyecta, como se verá de inmediato, en todos los subsistemas del sistema social). Su función es compleja, asume un haz de funciones: de estabilización social, de progreso y reforma social permanente. Ella implica la integración funcional de la sociedad capitalista avanzada mediante las necesarias intervenciones públicas. Son las contradicciones estructurales de la sociedad los factores determinantes de la función social del Estado. De manera que el Estado queda obligado a utilizar de modo finalísticamente preordenado su *poder público de regulación para preservar a la sociedad de sus tendencias autodestructivas*. La función social del Estado comporta que éste ostenta una autonomía relativa (como todos los ámbitos de autonomía que existe en el *espacio y campo de lo político* en sociedades complejas) respecto a la configuración de su función activa de constitución de la sociedad.

Así, la constitución económica queda penetrada horizontalmente por la cláusula del Estado social. El Estado social encuentra un rasgo distintivo en la regulación y conducción de los procesos sociales mediante intervenciones públicas. Es también un tipo de Estado que debe garantizar el bienestar social de los ciudadanos, garante de la procura existencial²¹⁴. Los textos constitucionales contemporáneos cuando formalizan y construyen el Estado social, encomiendan a éste la tarea y competencia para configurar efectivamente el orden social de convivencia²¹⁵. Los preceptos relativos a los derechos fundamentales y, en general, todos los preceptos referidos a la constitución económica y social, han de ser interpretados a la luz del principio del Estado social de Derecho. Es éste un principio jurídico y político inspirador y *articulador* del Estado constitucional contemporáneo. Así, el alcance específico del elemento social del Estado formalizado en el texto constitucional²¹⁶ reside en que aquél se proyecta a través de las formas propias del Estado de Derecho, *en el orden social y económico*²¹⁷. En los sistemas de constitucionalismo social se considera que la garantía efectiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico implica la intervención correctora de los poderes públicos, como una instancia fundamental para que en una sociedad compleja avanzada aquéllos valores se realicen plenamente. Esto significa que los poderes públicos deben tener atribuido un poder de gobierno del orden económico y social, que permite alcanzar el programa constitucional adaptando el sistema social y económico a la realización de dicho programa.

²¹³ Esta fórmula aparece en un ensayo de HELLER, H.: «¿Estado de Derecho o dictadura?» (1903), ahora en HELLER, H.: *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, págs. 283 y sigs. Ensayo recogido también en HELLER, H.: *Europa y el fascismo* (1934), incluye el ensayo “¿Estado de Derecho o Dictadura? (1929-1930), trad. F. J. Conde, edición y estudio preliminar, “Fascismo y crisis política de Europa: crítica del fascismo en Hermann Heller”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

²¹⁴ Véase FORSTHOFF, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1975.

²¹⁵ Véase IPSEN, H. P.: *Über das Grundgesetz. Rede, gehalten anlässlich des Beginns des neuen Amtsjahres des Rektors der Universität Hamburg am 17 november 1949*, Hamburgo, Ed. Universidad de Hamburgo, 1950, págs. 19 y sigs.

²¹⁶ V. gr., la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, configura un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE; “cláusula” del Estado Social de Derecho que se materializa a lo largo de la Norma Fundamental, como es el caso significativo de los artículos 9.2, 10, apartados 1º y 2º, 7, 27, 28, 33.2, 35, 40, 37, 38, párrafo 2º, 39 a 52, 53, 128, 129, 131, etcétera). Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España (CES), 1996; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 1917, espec., págs. 137 y sigs., y 213 y sigs.

²¹⁷ Véase ABENDROTH, W.: El Estado del Derecho democrático y social como proyecto político, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOERING, K.: *El Estado social*, Madrid, CEC, 1986, págs. 9 y sigs

Todo ello supone que la cláusula del Estado social se proyecta sobre todo la constitución social y económica preordenada en los textos constitucionales de los países occidentales. En particular, la «constitución económica» comprende un conjunto integrado de principios y normas constitucionales relativos a las relaciones y a las instituciones del sistema económico. La cláusula del Estado social impone directamente el compromiso estatal respecto a la instauración de formas de gobierno democrático de la economía que permitan conjugar una distribución justa de la riqueza y la eficiencia del sistema económico²¹⁸. Ello comporta realizar una política legislativa de gobierno regida por la *primacía de la política democrática sobre la economía de mercado*.

Las constituciones europeas en este sentido, suelen optar por una solución de compromiso en los diversos modelos de organización económica y social posibles, con la finalidad de que existan posibilidades distintas de gobierno según legítimas opciones de carácter político e ideológico. Para conseguirlo suele dotarse de distintos instrumentos, como la programación económica, iniciativa pública y control público de la iniciativa privada en materia económica; la posibilidad de intervención o nacionalización de empresas, la política fiscal, la política de subvenciones, la política monetarias, etcétera. Todo este complejo de instrumentos reconocidos por los textos constitucionales contemporáneos puede hacer posible, en efecto, aquella primacía de la política sobre la economía. En este sistema de economía mixta, la iniciativa económica privada se inserta en un sistema de límites legales (que la oriente hacia fines sociales generales), pero siempre que no suponga una neutralización de su espacio vital de libertad. De cualquier modo, atendiendo a la cláusula del Estado social, cabe decir, que ni la empresa ni la propiedad privada constituyen el eje principal de la estructura de la sociedad, aunque ambas instituciones han de gozar de una protección constitucionalmente garantizada.

En este sentido, existen distintos modelos posibles de organización económica. En concreto, hay dos paradigmas (o modelos tipo ideales) de organización de la economía:

a) El modelo liberal está regido por la libre iniciativa económica. Elemento esencial es la propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado no intervenida. La fuente principal de regulación del mercado es la autonomía privada y su principio base es el individualismo propietario y la orientación de las actividades empresarial hacia la realización del principio de maximización de los beneficios privados²¹⁹. En esta forma de organización económica (la economía de tráfico), la «coordinación» de las actividades económicas se realiza a través de los precios del mercado. En tal caso, existe una coordinación descentralizada, ya que la planeación y la organización de las actividades económicas se confieren a la autonomía privada.

b) El modelo de regulación intervencionista (que puede alcanzar hasta la planificación centralizada, pero que no se identifica necesariamente con ella), que parte de una implicación directa del poder público en la marcha de la economía. Una expresión típica de este modelo abierto es el sistema socialista, caracterizado por ser un sistema de dirección o planificación central, presidido por el gobierno público de la economía. En este modelo, incumbe al poder público la responsabilidad de la organización de la economía, donde se inserta la actividad de iniciativa privada de los individuos en aquellos espacios prefijados por la dirección pública, para garantizar la fluidez en el funcionamiento de la economía²²⁰.

²¹⁸ Véase, en una perspectiva de conjunto, LIBERTINI, M.: «Il mercato: I modelli di organizzazione», en Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia, Dir., por FRANCESCO GALGANO, Padova, Cedam, 1979, págs. 337 y sigs., passim. Igualmente, GALGANO, F.: Intervención en VV.AA.: *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, Laterza, 1979, págs.135 y sigs.

²¹⁹ STOBER, R.: *Derecho administrativo económico*, Madrid, MAP, 1992, pág. 50.

²²⁰ STOBER, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 51. Commons había subrayado también el papel de la intervención pública de apoyo a la iniciativa privada. Cfr. COMMONS, J. R.: *I fondamenti giuridici del capitalismo* (1924), Bologna, Il Mulino, 1981.

c) Pero, en realidad, la mayoría de los modelos *reales* se inclinan por sistemas de economía mixta o los así llamados en Alemania, sistemas de «economía social de mercado». Estos modelos reales son mixtos, en el sentido de que combinan, en diverso grado, elementos de mercado y elementos de planificación económica. En dichos modelos mixtos se produce una suerte de combinación de los dos modelos de organización de la vida económica y social (liberal o gobierno privado y de gobierno público)²²¹. La configuración de la constitución económica dependerá del modelo seguido, es decir, el conjunto de principios y normas que ordena la vida económica y social del sistema económico nacional o comunitario.

Ciertamente, la dirección de la economía aparece como una exigencia de racionalización del funcionamiento del sistema económico del capitalismo organizado. Por lo demás, la acción del Estado en el gobierno de la economía tiene un carácter político y eminentemente jurídico²²², que deja en gran medida *intacto el armazón jurídico del capitalismo moderno* (propiedad privada, contrato libre, libertad de iniciativa económica, empresa capitalista, régimen salarial, etcétera). Ello permite al capitalismo organizar el mercado y la organización interna de la empresa (trabajo asalariado incluido²²³). En la actualidad, el particular modelo económico intervencionista es una exigencia de racionalización *funcional* del sistema económico²²⁴. Es lo cierto que el capitalismo reclama la intervención del Estado²²⁵, como reflejo de la política (vale decir también de la política del Derecho) sobre la economía.

Se ha hablado, sobre todo en la doctrina constitucionalista alemana, de *la economía social de mercado como fórmula intermedia*, porque la economía social de mercado implica una *combinación* de elementos de la economía de mercado y, en menor medida, de la economía centralista (socialista), con la intención de reducir las deficiencias de ambos modelos. Aunque tiene un carácter ambiguo (quizás deliberadamente ambiguo), puede decirse que se trata de un tipo de economía de mercado que tiene en consideración la dimensión social y, en coherencia, supone la intervención pública en la vida económica para garantizar un equilibrio entre el principio social y el principio de eficiencia económica. Esta *inserción del principio social* se especifica en la tutela de ciertas categorías de ciudadanos: el ciudadano trabajador (en su situación activa y pasiva), el ciudadano consumidor, etcétera²²⁶.

²²¹ Véase PAPIER, J. J.: *Ley fundamental y orden económico*, en BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 564. En otra perspectiva, HALL, P.: *El gobierno de la economía. Implicaciones políticas de la intervención estatal en la economía en Gran Bretaña y Francia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, incidiendo en la conexión entre la política económica y los paradigmas políticos en la praxis histórica, en la tensión entre las relaciones entre mercado y planificación dentro de la lógica institucional que preside la organización de las relaciones sociedad-Estado (*Ibid.*, págs. 15 y sigs., 41 y sigs., 183 y sigs., y 293 y sigs.).

²²² Véase ampliamente, RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., cap. 5.º, págs. 205 y sigs. («Liberalismo y economía dirigida»). Por otra parte, hace notar Ripert que «cuando se habla de leyes de la economía, no se trata de leyes naturales que tienen un carácter de fatalidad. Las leyes que deben regir la economía son leyes positivas, es decir, reglas dictadas y sancionadas por la autoridad pública. La economía dirigida es una economía que se coloca bajo la obediencia del derecho positivo» (*Ibid.*, pág. 208).

²²³ A lo cual contribuye no sólo el reconocimiento jurídico de los poderes directivos empresariales, sino el mismo sistema de convenios colectivos que permite racionalizar la organización de los recursos humanos en la empresa, y que cada vez más se ocupan de la organización de la producción.

²²⁴ Ripert pudo afirmar con naturalidad, que «el capitalismo es una forma de la economía, el dirigismo es una política, por lo tanto no puede haber oposición entre ellos», aunque se cambie el antiguo liberalismo, «el capitalismo solamente puede hacerlo si el dirigismo no le amenaza seriamente» (*Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit. pág. 245).

²²⁵ RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1946), cit., pág. 248.

²²⁶ Véase STOBER, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 51. La aportación, sin embargo, más importante sobre la incidencia del principio social se debe a los teóricos del socialismo y del pluralismo jurídico. Véase GURVITCH, G.: *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle, Préface de Louis le Fur*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972). Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo*

Frente a la posición mantenida desde la doctrina liberal contemporánea las constituciones de la postguerra, como la nuestra, son neutrales «en materia de orden económico, dejando abiertas distintas posibilidades al legislador con el sólo de observar los preceptos constitucionales»²²⁷. Es ese el criterio que se mantiene mayoritariamente en los Tribunales Constitucionales europeos (incluido el de nuestro país). Así, en Alemania se afirma la neutralidad de la Constitución Económica. En efecto, según el Tribunal Constitucional «la Ley Fundamental no vincula al Legislador a que éste realice un determinado modelo económico, tampoco a la economía social de mercado. La ordenación actual de la economía es, así, sólo una de las posibles soluciones concretas de tipo económico que permite materializar la Ley Fundamental, la cual se está basando en una decisión concreta social y económica del Legislador, que podría cambiarse o quebrarse por otra nueva decisión»²²⁸.

No puede considerarse, al respecto, que por el momento el avance de la construcción de la Unión Europea suponga un cambio en la neutralidad de los textos de valor constitucional respecto de la definición del modelo económico y social. En este sentido, sí debe advertirse, sin embargo, que la dimensión económica y la dimensión social del modelo europeo está ciertamente descompensada, porque falta todavía una verdadera constitución social y un auténtico sistema democrático de la Unión Europea como ámbito geopolítico²²⁹. Mientras esta deficiencia se mantenga será más que dudoso

XIX, traducción, edición y Estudio preliminar, “La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch” (pp. VII-LV), de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Editorial Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas. GURVITCH, G.: *Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, París, Pedone, 1935. Sobre pensamiento de Gurvitch, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. Para la construcción e incidencia en los orígenes de la forma política del Estado social, véase HELLER, H.: «Democracia política y homogeneidad social», en Escritos políticos, Madrid, Alianza Editorial, 1985, págs.257 y sigs. Sobre el pensamiento de Hermann Heller, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. De interés para la lógica socio-económica del Estado Social de Derecho, como Estado de intervención y planificación del orden económico, son las observaciones de SEN, A.: *Sobre ética y economía*, Madrid, Alianza editorial, 1989, págs. 47 y sigs., y 75 y sigs.; SEN, A.: *La idea de justicia*, Madrid, Taurus, 2010, espec., págs. 255 y sigs. (“Los materiales de la justicia”) y págs. 351 y sigs. (Razón pública y democracia), dejando claro que la preservación de la democracia –que opera sobre la base de la razón pública– requiera de una ordenación pública de la economía y la garantía efectiva de los derechos humanos como imperativos globales, esto es, globalmente exigibles.

²²⁷ GARCÍA PELAYO, M.: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas», *Estudios sobre la Constitución Económica de sobre la Constitución de 1978*, ed. M. Ramírez, Zaragoza, 1989, págs. 33 y sigs. GARCÍA PELAYO, M.: *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, Tomo III, pp. 2855-2874.

²²⁸ STOBER, R.: *Derecho administrativo económico*, cit., pág. 64. Se ha afirmado igualmente la neutralidad político-económica de la Ley Fundamental alemana, indicando que la misma no recoge una garantía de un modelo económico concreto, limitándose a encomendar el sistema económico en cuestión al legislador infraconstitucional. Es a éste a quien incumbe establecerlo, respetando, eso sí, los límites establecidos por el texto constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional se ha opuesto a todos los intentos de extraer de la Ley Fundamental un modelo económico definido por el constituyente, que pudiera quedar objetivado por encima de los derechos fundamentales y vinculase al Estado en tal concepto. El Estado no quedaría sometido a una específica doctrina económica prefigurada en el texto constitucional. Ni siquiera el Tribunal Constitucional alemán, ha tomado como parámetro la adecuación de las medidas legislativas de ordenación económica a la economía de mercado; como tampoco se ha valorado la normativa legal sobre cogestión o sobre la estructura interna de las empresas desde el punto de vista de un hipotético contexto institucional determinado en la constitución económica, ni menos todavía desde su fidelidad a los principios de la libre competencia. No es que no exista un marco constitucional de la ordenación económica, sino que el legislador constituyente ha rehusado establecer un específico modelo económico y social; pero sí ha reconocido un conjunto de derechos fundamentales que permite al legislador la configuración o reforma económica y social del sistema económico y social actualmente existente. Véase PAPIER, J. J.: *Ley fundamental y orden económico*, en BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 562 y sigs.

²²⁹ Puede verse, al respecto, SCHMITTER, PH. C.: «La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política», en BENEDICTO, J. y REINARES, F. (EDS.): *Las transformaciones de lo político*, Madrid, Alianza, 1992, págs. 158 y sigs. Véase STRECK, W.: *Comprando tiempo. La crisis pospuesta del capitalismo democrático*, 1ª ed. En alemán 2013, Buenos Aires-Madrid, Katz Editores, 2016; STRECK, W.: *Entre globalismo y democracia. Economía política y el neoliberalismo saliente* (2021), Buenos Aires, Katz Editores, 2023.

que pueda hablarse de una economía «social» de mercado o de un sistema de economía mixta que tengan en cuenta la cláusula social en el gobierno público de la economía. Y es que, efectivamente, la Constitución económica *comunitaria* declara que su finalidad principal (ya no exclusiva) es la constitución de un mercado interior sin fronteras. Éste mercado unitario expresa la conjunción de una serie de principios económicos explicitados en los textos fundacionales constitutivos de la Unión Europea. Básicamente se pueden resumir en el reconocimiento del principio general de liberalización económica que se resuelve, a su vez, en un haz de libertades económicas fundamentales: libertad de mercancías, libertad de circulación de personas, de prestación de servicios, y tráfico libre de capital y pagos. En este modelo europeo se establecen mecanismos de coordinación del mercado y de liberalización de las actividades económicas y del sistema de recursos a ellas correspondientes²³⁰. Es, por el momento, un Proyecto inacabado, pues debería configurarse como un Proyecto de federación de Estados que comparten un mismo Tratado Constitucional de la Unión Europea, con todas las garantías propias de una nueva forma de decisión política y jurídica, dotada de un equilibrado modelo de constitución económica y social en la tradición del constitucionalismo democrático social y pluralista.

De los textos constitucionales contemporáneos se puede inferir una serie de principios esenciales de la constitución económica. Se trata de los principios relativos a los derechos económicos de propiedad y libertad de empresa (garantía de la propiedad privada y la libertad de empresa²³¹), derecho al trabajo y libertad de desplazamiento. Pero hay que incluir también entre esas libertades económico-sociales el Derecho constitucional a la negociación colectiva. Supone el reconocimiento del principio de autonomía colectiva, que actúa como mecanismos delimitador de la autonomía privada en la iniciativa económica²³². Por tanto, su garantía constitucional resulta fundamental *en el marco*

²³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Interpretación y aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Título VII)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 1299-1456, y la bibliografía allí citada; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Alacorte, Bormarzo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Jurídica del Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 5, espec., págs. 359 y sigs. (“La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea. Ilusión constitucional y “nuevas” formas de soberanía”; “El desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal”, “Las consecuencias de una “constitución económica” de la Unión Europea que se impone de manera determinante al constitucionalismo social”). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert. (2021). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 1*, 197-264. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525>; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social”, en *lacittadinzaeuropea. Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea* <https://www.lceonline.eu/wp-content/uploads/2022/04/Ia.01-Saggi-Monereo-Perez.pdf>

²³¹ Téngase en cuenta que el derecho a la libertad económica en general comprende la libertad de decisión del empresario (que garantiza a los individuos la libertad de iniciativa en el ámbito económico, la libertad de acceso al mercado y la libertad profesional a ella asociada, entendida como el derecho a combinar diversos factores de producción —mediante una actividad de ordenación y dirección descentralizada y autónoma— para el logro del éxito productivo, esto es, el derecho a fundar una empresa y a dirigirla de acuerdo con criterios de racionalidad instrumental); la libertad contractual; y la libertad de competencia (que atribuye al empresario el derecho a ejercer su libertad de disposición empresarial en competencia con otros, sin interferencias estatales ilegítimas. Véase PAPIER, J.J.: Ley fundamental y orden económico, en BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pág. 596.

²³² El reconocimiento de la autonomía colectiva se contraponen al esquema de pensamiento liberal que enfatizaba el dogma de la autonomía individual en el cuadro del sistema del Derecho codificado. La autonomía colectiva de los grupos sociales toma en consideración los diferentes ámbitos donde se desarrolla la personalidad del hombre, con lo que supone de ruptura de la ficción de la unidad del sujeto jurídico, uniforme y aislado propia de la cosmovisión liberal. Ahora, el sujeto se contempla en el marco de grupos y clases sociales, cuya pertenencia es tomada en consideración en un nuevo modo de ver la ciudadanía plena y diferenciada. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996. Sobre la relevancia de la autonomía colectiva en el Estado constitucional y su lugar en el sistema de relaciones laborales, véase KAH-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. M. Galiana Moreno, “IN MEMORIAM” por J. Luján Alcáraz y F. Cavas Martínez, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2019.

de la configuración genérica de la constitución económica. La negociación colectiva es reconocida como fuente de autoorganización social en el mundo del trabajo. Pero debe repararse en la expansión de las funciones y de los contenidos de la negociación colectiva, que han supuesto la regulación a través de convenios y acuerdos colectivos de poderes empresariales, e importantes aspectos del funcionamiento de la vida de las empresas, e incluso de las actividades extraempresariales o de mercado²³³. El reconocimiento del principio de autonomía colectiva negocial (que es una proyección o manifestación específica del más amplio principio de autonomía colectiva garantizado en los textos constitucionales contemporáneos; que abarca el reconocimiento de derechos de las asociaciones profesionales y sindicatos para la defensa de sus respectivos intereses particularistas), supone (tanto más si se toma en consideración su interpenetración con los procesos de concertación y diálogo social) que las asociaciones de Derecho privado participan en el proceso de decisión política. Efectivamente, el sistema de convenios colectivos viene a constituir una tupida red reguladora que constituye un instrumento relevante para establecer parámetros macroeconómicos. Por otra parte, pone de relieve la fuerza configuradora en el plano económico y social de la autonomía privada, en los términos constitucionalmente garantizados²³⁴.

Este el reconocimiento, en la dimensión económica, de las libertades económicas fundamentales. Estas libertades no son ilimitadas, ya que la cláusula del Estado social supone el mandato constitucional a los poderes públicos para que garanticen los equilibrios económicos y sociales mediante intervenciones adecuadas. Así, la cláusula del Estado social *obliga al poder público a que configure el orden social en cada momento para queden garantizados plenamente el ejercicio de los derechos fundamentales*. Responsabilidad pública que sólo puede actuarse a través de la articulación de distintas políticas públicas (política económica, social, financiera, presupuestaria, educativa, etcétera). Todo ello es coherente con el carácter mixto del sistema económico, en el cual coexisten los derechos económicos de la propiedad y las libertades económicas junto con los derechos económico-sociales, cuya garantía debe establecerse haciendo reclamo activo de la cláusula del Estado social. Basta reparar en esta coexistencia contradictoria de derechos y libertades para comprender que, mitificaciones ideológicas aparte, en estos modelos mixtos es necesaria una actividad de programación o planificación económica realizada por los poderes públicos (incluso en el ámbito de la Unión Europea). Esta responsabilidad pública implica el establecimiento de medidas de equilibrio entre la garantía de los derechos sociales y el desenvolvimiento de las libertades económicas con arreglo al principio de autonomía privada. La función intervencionista de los poderes públicos en la ordenación del sistema económico se impone en las normas delimitadoras de los fines del Estado (y de los poderes públicos en general). Estas normas de finalidad tienen un carácter vinculante vertical y suponen una orientación de su quehacer en la vida económica y social. Dichas normas definidoras de tareas del Estado, son normas constitucionales vinculantes que ordenan a la actividad estatal hacia la permanente observancia o satisfacción de determinadas tareas o fines objetivamente especificados²³⁵.

²³³ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: El tratamiento postcontractual en el marco de una negociación colectiva renovada, en VV. AA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno, Barcelona, Atelier, 2024, espec., Capítulo 4 (“Las funciones y contenidos de la negociación colectiva en la “sociedad del riesgo”, postfordista y digitalizada”) y capítulo 6 (“Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de “lege ferenda” de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria”), págs. 101 y sigs., y págs. 289 y sigs., respectivamente.

²³⁴ Véanse las consideraciones hechas más arriba sobre el fortalecimiento actual de un Derecho estatal procedimental, que deja amplísimos espacios de autorregulación a la autonomía privada, incluida la autonomía colectiva negocial de las organizaciones de intereses que actúan en ámbito del sistema de relaciones laborales.

²³⁵ Véase HESSE, C.: «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, cit., pág. 98.