

LA LEY, EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

EMILIO SÁNCHEZ PINTADO*

El Derecho y la Economía están estrechamente interrelacionadas en la realidad social y, en particular, en la actividad económica, pero parecen ignorarse en cuanto saberes. Además, la proliferación y la complejidad de las normas que rigen la actividad empresarial generan incertidumbre entre los empresarios. Esta situación puede agravarse por el impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la Nueva Economía. Los servicios de las sociedades de la información y la evolución tecnológica reclaman soluciones jurídicas innovadoras que no pueden olvidar las exigencias de una noción del Derecho indisolublemente ligada a la idea de Justicia. De acuerdo con este planteamiento básico, se argumenta a favor del papel que corresponde al Derecho y a los juristas en un mercado libre y globalizado.

Palabras clave: Justicia, ley, Derecho, Economía, principios y valores del ordenamiento jurídico, inseguridad jurídica.

*¿Qué pueden hacer las leyes,
donde reina únicamente el dinero?*

Petronio, *Satiricon* 14,2

1.- LA ECONOMÍA Y EL DERECHO, DE ESPALDAS

LA EXPERIENCIA demuestra el distanciamiento o, más exactamente, la ignorancia mutua, existente entre Economía y

Derecho acerca de lo que pueden hacer conjuntamente a favor de las personas, en especial de los agentes económicos, y para lograr una justa y eficiente organización de la actividad económica.

El hecho se puede constatar, en primer lugar, en el ámbito académico y docente, donde es notoria la separación entre ambas disciplinas. El forma-

* Emilio Sánchez Pintado es abogado del ICAM, profesor de Derecho Internacional Público en el CES Villanueva y Socio Director del Despacho Sánchez Pintado, Nuñez & Asociados.

lismo predominante tanto en los estudios de Derecho como en los de Economía favorece esta tendencia. Los primeros se enfocan generalmente desde una perspectiva jurídico-formal de raíz kelseniana, que concibe el Derecho como un conjunto de normas, las cuales constituyen un ordenamiento jurídico e implican un orden de la conducta humana¹. Los segundos, desde una perspectiva utilitarista o conductivista, que toma en cuenta, sobre todo, la optimización del beneficio o de las preferencias individuales.

El profesor Fernández Buey ha extendido este diagnóstico al entero campo de las Humanidades y ha preconizado la conveniencia de ampliar la dimensión humanística de los estudios de Economía, impulsando, para evitar enfoques unilaterales y problemáticos, el diálogo entre los tres conceptos tradicionales de ciencia: - como análisis, como crítica social y como cosmovisión-, cuyo trasfondo teórico filosófico -afirma- lo han formado el empirismo inglés, la ilustración francesa y el romanticismo alemán, respectivamente².

El estudio del Derecho pertenece a las Humanidades, no a las ciencias sociales³, por ello debería quedar incluido en este diálogo interdisciplinar, al que tanto tiene que aportar. Las cada vez más frecuentes invocaciones a la ética en los negocios, hasta el punto de permitir sostener que "*los negocios son negocios si son éticos*"⁴, deberían llevar a subrayar con igual énfasis el papel del otro conjunto normativo integrante del orden moral: el Derecho. Carnelutti consideraba que la función del Derecho es, precisamente, la de someter la Economía a la Ética, la cual, en su sistema, se integra en el Derecho natural, mientras que el Derecho positivo se entiende como un mínimo ético⁵.

Los estudios jurídicos, a su vez, vienen prestando poca o ninguna atención a los avances de la ciencia económica y, lo que es peor, en muchos casos, las normas legales parecen otorgar un escaso interés a los aspectos económicos de la realidad social que, junto con los principios generales en los que descansa la organización jurídica y las propias normas, son los elementos de los que resulta el Derecho⁶.

Esta desatención tendría relación con la constitución de la Economía como saber independiente en el siglo XVIII con Adam Smith, sin perjuicio del carácter de filosofía social que tiene gran parte de su obra. El desarrollo formidable de la ciencia económica desde los siglos posteriores hasta nuestros días, y su actual primacía jerárquica entre las ciencias sociales, habrían hecho el resto. En este sentido, el profesor Jesús Ballesteros ha identificado el avance del economicismo, en cuanto interpretación hegemónica de la realidad humana y social desde categorías económicas, y la implantación del mercado como institución central de la sociedad, como rasgos definitorios de la modernidad⁷.

Con anterioridad, los problemas de la actividad económica y del comercio eran objeto de la Teología Moral, nacida como disciplina independiente en el siglo XVI⁸. En ese marco los estudiaron los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca: Domingo de Soto en el *Tratado de Iustitia et Iure* dedica los libros IV, V y VI a las cuestiones relacionadas con el Derecho de dominio, es decir, de propiedad, que analiza

en el ámbito de la Economía y del comercio en relación con materias tan mercantiles como los contratos de compra, los cambios y otras cuestiones relativas a la banca y a los intercambios comerciales⁹.

En 1779, tan sólo tres años después de la aparición de *La riqueza de las naciones*, se publicaron en Madrid unas *Leciones de Economía civil o de el comercio* cuyo autor era D. Bernardo Joaquín Danvila y Villarrasa, Abogado, Académico de la Historia y Catedrático de Filosofía Moral y Derecho Público del Real Seminario de Nobles, para cuyos caballeros-alumnos se escribieron. El ilustre escritor justifica su empresa en la queja que, con justa razón, -dice-, hace un "juicioso escritor de nuestros tiempos, que habiendo tantos jurisconsultos empleados en interpretar la parte didáctica de las leyes, sean tan pocos los que se han dedicado a la económica; siendo así -añade- que en los códigos de todas las naciones ocupan la mayor parte las leyes de esta materia". La ciencia de la Economía civil quedaba encuadrada en la Filosofía práctica, junto con la Ética y el Derecho natural y de gentes. La nueva ciencia "no tanto se

ocupa en buscar los medios de conservar el Estado y defenderlo de sus enemigos, quanto en los de aumentar sus riquezas, haciendo que florezcan en él la agricultura, las artes y el comercio"¹⁰. En cuanto a lo que ahora nos interesa, el testimonio reproducido demuestra que el desdén de los juristas por la Economía no es reciente y que tampoco lo es la conciencia del problema.

2. LAS FUERZAS CENTRÍPETAS

ESTA TENDENCIA separatista de Economía y Derecho tiene serios y fundados contrapesos, tanto desde un campo como desde el otro. En el lado de la Economía existe un consenso bastante generalizado acerca de la importancia del marco jurídico-jurisdiccional para el buen funcionamiento y el correcto desarrollo del mercado. En una entrevista que concedió a la revista *Atlántida*, en 1993, James M. Buchanan recalca que el mercado no es independiente de las características del orden político e institucional y que requiere un orden legal que funcione¹¹. Von Hayek ha insistido no pocas veces en la importancia del

entorno legal para la eficacia del sistema económico.

Entre nosotros, Rafael Termes ha subrayado la dependencia del resultado del proceso de asignación de recursos, desde el punto de vista ético, de la configuración por las leyes y normas del marco político-jurisdiccional¹².

Dentro de una economía global, refiriéndose a los mercados financieros, a los que no considera inmorales, sino amorales, George Soros reconoce la importancia de que las autoridades formulen adecuadamente las reglas que los rigen. En este sentido se distancia de los "fundamentalistas del mercado", es decir, de quienes consideran que toda limitación a la competencia interfiere con el mecanismo del mercado, el cual, con su tendencia al equilibrio, garantiza la más eficiente asignación de recursos; por lo que deben rechazarse¹³.

Desde el campo jurídico, la Escuela del Análisis Económico del Derecho, surgida en EE.UU. hacia 1960, trata de explicar el mayor número posible de fenómenos legales mediante la Economía. En su aspecto positivo, lo que se

afirma es que muchas áreas jurídicas "*tienen el sello del razonamiento económico*"; tienen una lógica económica implícita, por lo que se entienden mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos.

Otra formulación de la misma posición teórica, la denominada Teoría de la Eficiencia del Derecho común (*common law*), postula una meta económica específica para cada conjunto o subconjunto de normas e instituciones legales. La tesis es que el *common law* se explica mejor como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad, lo que también ocurre, aunque en menor medida, con el Derecho estatutario o constitucional¹⁴.

La Escuela del Análisis Económico del Derecho ha recibido críticas acerbadas de quienes rechazan que la lógica del Derecho pueda ser económica. Sin embargo, su evocación a los efectos de este trabajo no resulta baldía.

Asimismo, aunque no existe un Derecho económico, o un Derecho de la empresa, por evidentes razones de especialización y diversificación, son cada vez más frecuentes los

planteamientos metodológicos que reducen el ámbito de estudio a aquellas ramas del Derecho que tienen un mayor contenido económico o que interesan más a la Economía. Los numerosos estudios sobre el modelo económico constitucional y el Derecho público económico, así como la atención creciente a los aspectos patrimoniales del Derecho privado, son buena prueba de ese interés.

El constitucionalismo económico se ha ocupado del estudio de las normas constitucionales que regulan la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones jurídicas de los ciudadanos y del propio Estado, como protagonista del desarrollo de la vida económica, con especial atención al modelo económico que se deriva de ellas y cuyas líneas maestras han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional¹⁵.

En el ámbito del Derecho privado, el profesor Díez Picazo considera el Derecho civil patrimonial como aquella parte del Derecho civil que comprende las normas e instituciones a través de las cuales se ordenan las actividades económicas del hombre¹⁶.

En último término, el apartamiento disciplinar entre Economía y Derecho ignora en primer lugar la íntima relación existente entre ambas en la realidad. El Estado de Derecho, que es el principal agente económico de las actuales sociedades, está sujeto al principio de legalidad y, por lo tanto, actúa necesariamente con sometimiento al Derecho y al ordenamiento jurídico, y sus actos deben estar justificados por una ley previa¹⁷.

Por su parte, en la actividad económica del sector privado, las operaciones de los negocios reclaman casi siempre, y más bien pronto que tarde, un ropaje jurídico, al mismo tiempo que los conflictos de intereses, que son el objeto de la experiencia jurídica primaria¹⁸, tienen cada vez más un contenido económico. La misma tendencia de dotar de significado económico a las relaciones jurídicas, mediante el llamado cumplimiento equivalente o el recurso a las indemnizaciones, se extiende a todas las esferas de la realidad reguladas por el Derecho, como la familia, la intimidad y el honor, la integridad física e, incluso, la muerte.

La conclusión que puede extraerse de lo expuesto es que resulta incuestionable que las mejores intenciones de los legisladores, de los gobernantes, de los jueces o de los abogados en su labor de asesoramiento, actuando cada uno en su respectiva esfera de competencia y de actividad, pueden producir resultados perversos, en cuanto no deseados, si desconocen o desprecian las leyes de carácter general que rigen la actividad económica o no prestan atención a sus costes y efectos económicos¹⁹.

3. LAS RAZONES DE UN RECELO

LA PRÁCTICA del ejercicio de la abogacía tropieza con una experiencia similar de apartamiento entre Economía y Derecho. El escenario habitual es el aparente enfrentamiento entre los intereses del negocio y las exigencias legales, y su síntoma más perceptible es el comprensible recelo hacia estas últimas de los hombres de empresa, que las perciben frecuentemente como un obstáculo, la mayoría de las veces poco justificado, cuando no totalmente innecesario, para el

buen fin de sus negocios. Como es sabido, en EE.UU. es habitual calificar a los abogados de *dealbreakers*, o sea, "estropea negocios", auténticos aguafiestas que, más a menudo de lo que sería deseable, impiden o deshacen acuerdos que a todas las partes parecen viables y francamente beneficiosos como negocios. En el ámbito de los acuerdos societarios, los problemas que originan los memorandos de intenciones y los acuerdos entre accionistas, concertados al margen de los Estatutos sociales y, en no pocos casos, en clara oposición a ellos y a la legislación aplicable en la materia, son buena muestra de esta cuestión. De igual manera, la aplicación de las normas de protección de datos, de defensa de la competencia, de protección de usuarios y consumidores o las que regulan las condiciones generales de contratación, entre otras, proporcionan también abundantes ejemplos al respecto.

La pregunta que suscita de inmediato esta percepción por parte de los empresarios es si está justificada. Los principales argumentos que se aducen en apoyo de esa postura son, en resumen:

1º.- El Derecho va siempre por detrás de la realidad y actúa como freno, como factor retardatorio. Cuando el intervalo entre la realidad social y económica y las normas llega a ser excesivo, se crean situaciones de "alegalidad" en los negocios, que son fuente de serios problemas. La realidad no espera al Derecho.

2º.- Las normas de intervención de las Administraciones Públicas -Central, Autonómica y Local- son excesivas y, en muchos casos, no obedecen a fines de interés general de la Economía o de regulación de una actividad, sino a pactos políticos a corto plazo o a intereses coyunturales.

3º.- El cambio social, el rápido desarrollo, el acelerado avance tecnológico y la globalización de la finanzas y del comercio hacen que muchas de las normas de intervención hayan dejado de ser útiles y resulten inadecuadas para regular las nuevas formas de hacer negocios.

4º.- Hay normas que nacen ya obsoletas, por haber cambiado radicalmente o haber incluso desaparecido elementos esenciales de los supuestos de hecho que se integran en ellas,

resultando, en consecuencia, inaplicables. Aún así, al estar vigentes, su cumplimiento puede exigirse en cualquier momento, posibilidad que genera inseguridad.

5º.- La multiplicidad y la complejidad normativas suponen un coste de gestión empresarial para el cumplimiento de las obligaciones legales que grava los costes empresariales y, lo que es peor, entorpece la gestión de la empresa, sumergiéndola en un verdadero laberinto, en el que el empresario acaba siempre perdiéndose.

6º.- El formalismo predominante en muchas áreas del ordenamiento jurídico es contrario a la rapidez y a la flexibilidad, en definitiva, a la competitividad que exige la Economía de mercado globalizada. El formalismo es contrario al *management* de las empresas globales y altamente tecnificadas.

7º.- La tardanza en la resolución de los expedientes administrativos y la lentitud en la tramitación y resolución de los pleitos y de los recursos jurisdiccionales, resulta cada vez más incompatible con el ritmo acelerado de los negocios y con la agilidad que exige su

gestión. Este retraso puede hacer que la tutela judicial resulte nada o poco operativa para el mundo de los negocios.

Todas estas razones y algunas más que, sin duda, podrían añadirse justifican y fundamentan un cierto sentimiento de incertidumbre, pues los empresarios consideran que no disponen de un margen razonable de previsibilidad para sus negocios. Esta incertidumbre puede convertirse en auténtica inseguridad jurídica si se tiene la percepción de que es imposible o muy difícil predecir las consecuencias jurídicas de los actos. Con ello se mina la confianza que los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, puedan tener frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles o respecto de la observancia y respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes²⁰.

4. POLÍTICA DE DERECHO

LA RESPUESTA a este repertorio de críticas debe surgir, en primer lugar, de la política y, más concretamente, de un aspecto de

las relaciones entre política y Derecho que Federico de Castro denomina "política de Derecho, o sea la política -modo de legislar, gobernar y aplicar las normas- que impone o aconseja la misma idea de Derecho". Esta política del respeto al Derecho, que supone siempre una tensión constante entre la realidad social y las exigencias de sus principios, es responsabilidad de todos los juristas, a quienes incumbe el deber de buscar en todo momento lo que es justo y la aplicación de la justicia²¹.

El Derecho puede entenderse como un conjunto de normas, positivas y extra-positivas, como una relación ó como un orden. Al primero de esos aspectos se ha hecho ya referencia anteriormente; el segundo queda recogido en la definición de que "Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias"²². Al tercero corresponde el enfoque del Derecho dentro de los órdenes del ser, dentro de los cuales se constituye en "un orden del deber ser que regula los comportamientos en las relaciones interhumanas y en las relaciones con la sociedad"²³.

En cualquier caso, lo que interesa es subrayar que el Derecho está indiscutiblemente unido a la idea de Justicia, a la vez que constituye la realización de la Justicia, siendo las leyes un instrumento para lograrlo²⁴.

La noción de Derecho es, por lo tanto, más amplia que la de ley positiva, pues incluye también principios y valores sobre los que descansa la organización jurídica, que informan todo el ordenamiento y determinan cómo lo jurídico incide sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas.

La formulación de esos principios y valores en las constituciones y mediante los tratados internacionales equivale al reconocimiento de la vigencia de un orden moral, preexistente a los ordenamientos jurídicos positivos. En concreto, el acatamiento general de los derechos humanos y fundamentales, aceptados como directamente ligados a la dignidad ontológica de la persona, constituyen la principal instancia legitimadora de las normas del Derecho positivo, cuya validez queda condicionada por su respeto a esos derechos. El control de ese so-

metimiento corresponde a los jueces y a los tribunales constitucionales, que pueden declarar la invalidez de las normas positivas, cualquiera que sea su rango, incluso constitucional, que se opongan a ellos.

Toda la teoría jurídica de Ronald Dworkin se basa en los derechos individuales, que abarcan tanto derechos legales como derechos morales, y cuya garantía es la primera función del sistema jurídico. Los derechos individuales constituyen un valladar infranqueable frente a la mayoría y a los poderes públicos. Desde esta postura individualista Dworkin ha criticado el utilitarismo jurídico²⁵.

En efecto, la primacía del Derecho sobre la ley positiva se opone a su concepción utilitarista, cuyo único principio rector es el de maximizar la utilidad general, que tiende a ver en la sociedad un cuerpo en el que está permitido legítimamente sacrificar a unos en favor de otros. Por el contrario -sostiene John Rawls- las instituciones básicas de la sociedad no tienen que ser sólo ordenadas y eficientes, sino que deben ser, sobre todo, justas y si no lo son -concluye- deben reformarse o abolirse²⁶. Asi-

mismo, rechaza la idea de que la ley pueda ser a menudo la resultante de la confrontación y la negociación políticas, o de la transacción entre intereses de grupos contrapuestos, lo que inevitablemente genera desconfianza en ella.

En un ordenamiento jurídico que reconoce el pluralismo político como uno de sus valores superiores, como hace el artículo 1 de la Constitución Española, parece natural que las leyes sean casi inevitable resultado de la transacción política en el Parlamento. Sin embargo, nunca deberán perderse de vista los demás valores superiores como la justicia, la libertad y la igualdad, que igualmente consagran el mismo precepto constitucional.

Como se ha señalado antes, corresponde a los Tribunales preocuparse de que esos principios y valores queden protegidos o, en su caso, restablecidos o salvaguardados. De ahí, el peligro que para la paz jurídica representa la llamada "politización de la Justicia"²⁷. De hecho, la crisis institucional más profunda de un Estado es, sin duda, la quiebra de su Administración de Justicia y la

pérdida de la confianza ciudadana en su función.

El desprecio al Derecho y a la ley y su frecuente vulneración, cuando es conocida y tolerada sin sanción, es decir, sin reacción del propio ordenamiento jurídico a su violación, conduce inexorablemente a la sociedad a una situación de "anomia" que, en cuanto condición general de la estructura social, favorece la separación entre las normas y los objetivos de los individuos. Es lo que Emile Durkheim llamó, en 1897, "el suicidio anómico"²⁸.

5. LEYES Y NEGOCIOS

EN ESTE CONTEXTO de la Política de Derecho, se comprende más plenamente la exigencia de Juan Pablo II de que la Economía de mercado, para no ser "capitalismo", necesita estar encuadrada en "un sólido contexto jurídico que ponga la libertad económica al servicio de la libertad humana integral", de la que aquella es, tan sólo, un elemento más²⁹.

Asimismo, desde este enfoque, las funciones del Derecho presentan su verdadera dimen-

sión respecto a la actividad económica:

— La protección de bienes y de derechos, que se transforman así en bienes jurídicos.

— La prevención de posibles controversias jurídicas -litigios- sobre conflictos de intereses protegidos jurídicamente.

— La resolución de conflictos de intereses colectivos o individuales mediante la función de pacificación, por la que se restablece la paz jurídica y de acuerdo con la función satisfactoria, que exige que la solución adoptada para restablecerla sea aceptable³⁰.

— La posibilidad de traducir los términos de un conflicto a un lenguaje que reúna a los contendientes, integrándoles y dándoles la posibilidad de comunicación, mediante el conocimiento de lo que es justo que corresponda a cada uno, según lo que cada uno es y cada uno hace³¹.

— Sirven de instrumento de cambios políticos, económicos y sociales, señalando pautas de configuración del futuro.

En definitiva, se trata de atribuir a la ley y al Derecho en el mundo de la Economía

una función institucionalizadora y, por tanto, estabilizadora, a la vez que impulsora del cambio económico y social. Según Dahrendorf, esa misión se cumple con la "construcción de instituciones", es decir, con "la creación y, a menudo, la recreación de normas llenas de sentido a partir de sus principios. Las instituciones -afirma- nos protegen de la codicia incontrolada de cosas y de poder, por parte de los demás"³².

6. DERECHO Y NUEVA ECONOMÍA

EL CAMINO recorrido ha pretendido apartarnos de una percepción del Derecho como inconveniente para la actividad económica y llevarnos hacia una visión institucionalizadora de esa misma actividad y, por lo tanto, favorecedora del funcionamiento y del equilibrio del sistema de economía de libre mercado.

Sin embargo, hay que preguntarse si esta concepción del marco jurídico institucional del mercado no resulta inadecuada, por retrógrada, con los cambios derivados de la Nueva Economía y, en especial, de los

relacionados con la globalización y con las nuevas tecnologías.

El impacto de las nuevas tecnologías, en especial las relacionadas con comunicaciones electrónicas -término que abarca las telecomunicaciones, el sector audiovisual e Internet- ha hecho surgir nuevos modos de organización social, como la Sociedad de la Información, en la que, al parecer, ya estaríamos, y la Sociedad del Conocimiento, en cuyos umbrales nos encontramos. En la primera, la generación, el tratamiento y la transmisión de la información, entendida como un conocimiento práctico que opera en el cuerpo social para cambiarlo, se convierten en elementos esenciales de la productividad y del poder, no sólo político, si no también económico³³.

Desde una perspectiva operativa, Sociedad de la Información sería aquella en la que se prestan determinados servicios, con específicas características de extensión, intensidad y medios tecnológicos. Esos servicios incluyen, entre otros, las comunicaciones comerciales, la contratación y el suministro de información por vía electrónica, la transmisión de da-

tos por redes de telecomunicaciones, las actividades de intermediación para la provisión de acceso a la red y cualesquiera otros que se presten a petición individual de los usuarios³⁴.

El catálogo de problemas legales que plantea la sociedad de la información es muy diverso y de gran amplitud. Así, por ejemplo:

— El pronunciamiento sobre las alternativas de regulación, autorregulación o ausencia total de regulación de la Red: el modelo europeo se inclina hacia la regulación específica de los servicios; el estadounidense, por lo menos antes del 11 de septiembre, hacia la regulación de algunas áreas, dejando otras a la autorregulación; los usuarios se inclinan en muchos casos hacia la libertad, la carencia de toda regulación.

— Los problemas de identidad de las partes, la integridad del contenido, el lugar y el momento del perfeccionamiento de los contratos electrónicos.

— La solución de los conflictos, con el problema de determinar la jurisdicción competente, el arbitraje en la Red o los medios alternativos que

puedan determinar los códigos de conducta.

— La comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas.

— La protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Red.

— Los problemas de responsabilidad contractual y extra-contratual y las condiciones para su exigibilidad.

— La protección de los derechos de la personalidad y de los datos de carácter personal.

— El ejercicio del Derecho de participación política por medios electrónicos.

— La tipificación de los denominados "ciberdelitos" y su sanción.

La enumeración podría ampliarse a otros aspectos de la ley significativos para la Sociedad de la Información³⁵, pero lo que es relevante a nuestro propósito es que todas esas materias se presentan con unos rasgos de innovación que exigirían de los juristas soluciones radicalmente novedosas o un enfoque y una interpretación de las normas vigentes muy distinta, de alguna manera, a su tradicional aplicación.

Las ventajas de la incorporación de las nuevas tecnologías a la vida económica y social, tales como la mejora de la eficiencia empresarial, la mayor productividad, la creación de nuevas fuentes de empleo y las mayores posibilidades de elección de los usuarios, pueden tropezar con la incertidumbre que genera su rápido desarrollo y para cuya supresión se exige "un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores la confianza necesaria para el uso de los nuevos medios"³⁶.

Ciertamente, no se pueden ignorar ni minusvalorar los elementos de innovación que las nuevas tecnologías representan en relación con algunos negocios jurídicos y, en general, con la aplicación del Derecho. El profesor Gómez Segade ha estudiado ese impacto en un área del ordenamiento especialmente sensible a la innovación tecnológica, como es la propiedad industrial y la propiedad intelectual³⁷.

Sin embargo, a fin de formar una opinión ponderada, conviene tener en cuenta algunos factores que puedan contribuir a moderar el entusiasmo inicial que despierta

toda innovación. Entre ellos, están los siguientes:

1º.- Los servicios de la Sociedad de la Información y los negocios jurídicos relacionados con ellos siguen sujetos a los principios y normas correspondientes a su naturaleza jurídica; por ejemplo, las normas de los Códigos Civil y Mercantil sobre los contratos³⁸.

2º.- Las empresas de la Nueva Economía están experimentando un visible acercamiento a formas más tradicionales de la actividad empresarial. Las empresas virtuales son menos virtuales y se asemejan, cada vez más, a las no virtuales, los *brick & mortar business* en la jerga americana de los negocios. Este proceso es mucho más detectable desde el estallido de la burbuja financiera de los valores tecnológicos, en marzo del año 2000.

3º.- Los requisitos jurídicos de fondo exigibles para la validez y la eficacia de los negocios jurídicos no se han modificado substancialmente, aunque sí revisten nuevas modalidades de realización, a veces muy complejas, como los mecanismos de autenticación e identificación mediante la

firma electrónica de los usuarios y datos en la red³⁹.

Los elementos más dinámicos de este escenario son:

1º.- La introducción del factor rapidez en los negocios jurídicos, que es inherente a las nuevas tecnologías de la comunicación. En ellas y, por tanto, en la Nueva Economía, se prima la velocidad, por encima de la reflexión. Como ha escrito Michael Lewis, que es buen conocedor de los entresijos de *Wall Street*, el progreso consiste, al parecer, en ir más deprisa. La conclusión a la que llega, en un libro pleno de ingenio que acaba de publicar, es que hay que acabar con el progreso antes de que el progreso acabe con nosotros⁴⁰.

2º.- La globalización, entendida como la construcción de un libre mercado de ámbito mundial, especialmente desarrollado en el sector financiero y, en concreto, respecto a los movimientos de capital. La reciente incorporación de China a la Organización Mundial del Comercio parece consolidar esa tendencia hacia un mercado global para aquellos sectores de la economía abiertos a los intercambios.

3º.- La demanda de nuevos bienes colectivos, como la educación, la salud y el medio ambiente por parte de los ciudadanos de los países de mayor desarrollo, lo que dará lugar, sin duda, a nuevas normas de regulación y control.

Es cierto que el Derecho necesita, sobre todo, reflexión y que se compagina mal con las prisas; pero, precisamente, por ser un elemento de consideración ponderada de los casos desde el punto de vista de la Ley y del Derecho, debe jugar un papel insustituible en el mundo de los negocios. Como escribió Piero Calamandrei, en el ejercicio de su profesión, un buen abogado debe contribuir con su experiencia y conocimiento a que sus clientes hagan negocios de acuerdo con las leyes y nunca ingeniarse para encontrar en las leyes preceptos que les permitan violarlas⁴¹. Esa labor requiere tiempo, por lo menos algún tiempo, si se pretende que tenga un buen fundamento en Derecho.

La globalización está planteando problemas cuyo tratamiento jurídico desborda las fronteras de los Estados nacionales que, sin embargo, siguen siendo los únicos sujetos pri-

marios y plenos del Derecho internacional público. Las normas sobre propiedad intelectual y concurrencia, la libre circulación de bienes, servicios y capitales no reclaman medidas de unificación legislativa, que serían incluso inviables en el momento actual, pero sí de coordinación o de armonización.

Una respuesta decidida en el mismo sentido es también necesaria para la regulación de las nuevas tecnologías, no sólo de la comunicación, sino de la biotecnología humana, animal y ambiental.

Por último, como se ha apuntado más arriba, es innegable la necesidad de nuevas regulaciones jurídicas para hacer frente a la fuerte y creciente demanda de bienes colectivos, como la salud, la educación o el medio ambiente, directamente relacionados con la calidad de vida, cuya satisfacción exige una respuesta global, que tenga en cuenta los enormes intereses humanos y económicos implicados. Estos bienes colectivos, cuya salvaguardia no queda asegurada por los simples mecanismos del mercado, requieren regulación y control⁴².

Como ha señalado Adair Turner, el hecho de que esa demanda proceda de los grupos de consumidores de mayor poder económico no es obstáculo para que genere complejos problemas económicos, cuya solución exigirá un diálogo franco y abierto entre las Administraciones Públicas, las ONG, los organismos internacionales y los agentes económicos⁴³.

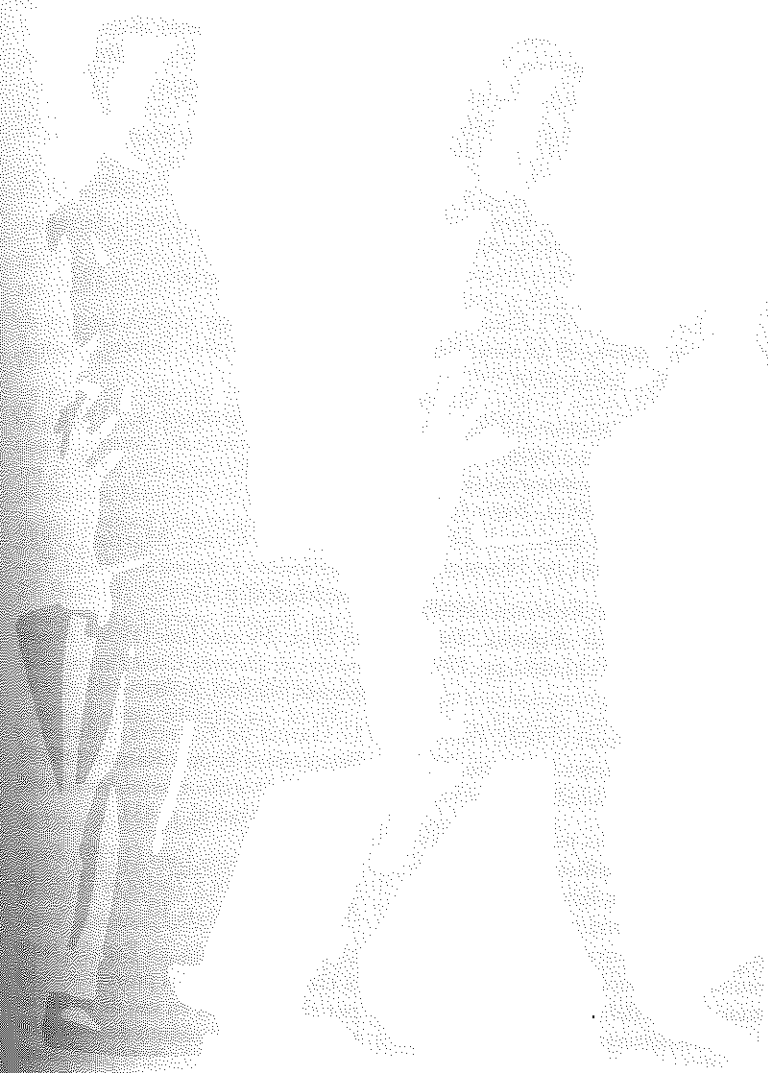
CONCLUSIÓN

EN ESTE ESCENARIO, a los juristas les corresponde una responsabilidad de primer orden para contribuir a buscar soluciones justas a cuestiones tales como el alcance de las regulaciones y controles, de manera que garanticen los derechos individuales; la creación de normas que ofrezcan a todos una razonable igualdad de oportunidades y que tengan en cuenta las exigencias de la productividad y el empleo; y la ponderación de las exigencias de la justicia distributiva respecto a la proporcionada distribución de cargas y beneficios, entre otras muchas.

Como final, parece necesario retomar la pregunta de Pe-

tronio, en su *Satiricon*, que encabeza este trabajo. ¿Qué pueden hacer las leyes, donde reina únicamente el dinero?

La respuesta es muy sencilla: realizar la Justicia en donde, sin ella, impera irremediablemente la ley del más fuerte.



NOTAS

- 1 Cfr. Kelsen, Hans (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 3.
- 2 Fernández Buey, Francisco (2001), "Economistas y humanistas. Propuestas para un diálogo" en García Tuñón, Angel Marina (coord.) *Economía y Derecho ante el Siglo XXI*, Valladolid, pp. 134-136.
- 3 D'Ors, Álvaro (1987), *Introducción al Estudio del Derecho*, Rialp, Madrid, p. 15.
- 4 Polo, Leonardo (1997), *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, AEDOS, Madrid, p. 19.
- 5 Carnelutti, Francesco (1940), *Metodología del Derecho*, Unión Tipográfica-Editorial Hispano-Americana, México, p. 55, y (1941), *Teoría General del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 56 y ss.
- 6 Castro y Bravo, Federico (1949), *Derecho Civil de España. Parte General*, vol I, IEP, Madrid, pp. 19-53 y ss.
- 7 Ballesteros, Jesús (1989), *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, pp. 12-29.
- 8 Juan Pablo II ha puesto de relieve en repetidas ocasiones que la Doctrina Social de la Iglesia se integra en la Teología Moral y ha subrayado su papel fundamental ante los retos del mundo contemporáneo y la desorientación ética del hombre. Vid. *Encíclica Centesimus Annus*, n° 5 y *Encíclica Fides et Ratio*, n° 98.
- 9 Cfr. Belda Plans, Juan (2000), *La Escuela de Salamanca*, BAC, Madrid, p. 491.
- 10 Danvila y Villarasa, Joaquín Bernardo (1779), *Lecciones de economía civil o de el comercio*, Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M, Prólogo, pp. I y IV, Edición facsímil no venal, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- 11 *Atlántida* (1993), n° 13, pp. 35 y 42.
- 12 Termes, Rafael (1992), *Antropología del capitalismo. Un debate abierto*. Plaza y Janés, Barcelona, p. 198.
- 13 Soros, George (1999), *La crisis del Capitalismo Global*, Debate, Madrid, p. 229.
- 14 Posner, Richard A. (1998), *El análisis económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica. México, pp. 28-30.
- 15 Bassols Coma, Martín (1988), *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, p. 17.
- 16 Díez-Picazo, Luis (1996), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, p. 38.
- 17 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1989), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, p. 433.
- 18 Díez-Picazo, Luis (1999), *Experiencia jurídica y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, p. 10.
- 19 En ese sentido, en España, tanto la elaboración de los proyectos de ley por el Gobierno, en uso de su iniciativa legislativa, como de los reglamentos, en ejercicio de la potestad re-

- glamentaria, deben incorporar una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar (arts. 22.2 y 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).
 - 20 SSTC 147/1986, de 25 de noviembre y 273/2000, de 15 de noviembre, entre otras.
 - 21 Castro y Bravo, Federico (1949), pp. 44-45.
 - 22 Guasp, Jaime (1971), *Derecho*, Hergón, Madrid, p. 7.
 - 23 Henkel, Heinrich (1968), *Introducción a la filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, pp. 23 y ss.
 - 24 Castro y Bravo, Federico (1949), pp. 20 y ss.
 - 25 Dworkin, Ronald (1999), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, pp. 276 y ss.
 - 26 Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, pp. 5 y ss.
 - 27 Bachof, Otto (1985), *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, pp. 54 y 62.
 - 28 Cfr. Dahrendorf, Ralf (1998), *Ley y orden*, Civitas, Madrid, pp. 36-39.
 - 29 *Encíclica Centesimus Annus*, nums. 40 y 42.
 - 30 Díez-Picazo, Luis, Op. cit., p. 16.
 - 31 D'Agustino, Francesco (1990), "Repensar el Derecho en clave postmoderna", *Atlántida*, n° 3, vol. 1, p. 324.
 - 32 Dahrendorf, Ralf (1998), pp. 157-158.
 - 33 Cfr. Castells, Manuel (1997), "La era de la información", *Economía*, so-
- ciudad y cultura. La sociedad real*, Alianza, Madrid.
- 34 Ministerio de Ciencia y Tecnología (10-09-2001) *Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Exposición de Motivos, 2.
 - 35 Vid. Lloyd, Ian (2000), *Legal Aspects of the Information Society*, Butterworths, Londres.
 - 36 Ministerio de Ciencia y Tecnología, Exposición de motivos, 1.
 - 37 Gómez Segade, José A. (2001), *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, p. 53 y ss.
 - 38 El art. 23 del *Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* determina que los contratos electrónicos se regirán, además de por lo dispuesto en esa Ley, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles y mercantiles sobre contratos.
 - 39 Directiva 1999/93 del Parlamento y del Consejo de 13 de Diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, DOCE, 19/1/2000.
 - 40 Lewis, Michael (2001), *The Future just Happened*, Hodder & Stoughton, Londres, p. 221.
 - 41 Calamandrei, Piero (1936), *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Góngora, Madrid, p. 89.
 - 42 *Encíclica Centesimus Annus*, n° 40.
 - 43 Turner, Adair (2001), *Just Capital. The liberal Economy*, Macmillan, Londres, pp. 97-98.