

Estado y mercado:

La ósmosis como elemento cualificador y legitimante

Alberto Predieri

1. MÁS mercado y menos Estado; desde hace tiempo se repite cada día. Es una fórmula simple, simplista, casi burda, pero significativa por dos motivos. El primero es que Estado y mercado constituyen una endiádis necesaria¹ y así les parece también a los que creen cerrada la experiencia del *Welfare State* después de la ráfaga neoliberal o de *deregulation*, entendida como restitución al mercado de actividades sujetas a *regulations* públicas², que ha reforzado los mecanismos de acumulación del capital y de integración del mercado a nivel mundial³. El segundo es que entre uno y otro hay una frontera móvil, una variación, una ósmosis continua. En nuestra sociedad ninguna forma de mercado o de cambio económico puede funcionar sin el poder público, el Estado, cualquiera que sea el modo en que el Estado se considere, es decir, en el triple perfil de redes de informaciones, de complejo de instituciones jurídicas, de poder. El mercado no puede funcionar prescindiendo del Estado, al contemplar tanto las redes de informaciones de cara a fijar los precios en la contratación, desde aquél del pequeño empresario que compra materias semielaboradas o máquinas, al de la gran empresa que determina el precio para el consumidor, que únicamente puede tomarlo o dejarlo, yendo a comprar a otro vendedor, se trate de tarros de mermelada de fresa o de automóviles, como la acción de comunicación⁴, más allá de aquel fin, como instrumento de difusión

1 La economía no puede no regularse, dice A.E. Kahn, *The Economic of Regulation. Principles and Institutions*, Cambridge (Mass.), Mit Press, 1988.

2 Sobre la materia, sobre varios significados con un análisis de la problemática, Pg. MONATERI, *Deregulation*, en *Dig.disc.priv.sez.civ.*, vol. V, Torino, Utet,

1989, 299 ss., con amplias indicaciones bibliográficas.

3 A.MUSCI, *L'«Ecological State»*, en J. JACOBELLI (ed.), *Il pensiero verde tra utopia e realismo*, Roma-Bari, Laterza, 1989, 128 ss..

4 J.HABERMAS, *Osservazioni propedeutiche per una teoria della competenza comunica-*

de información⁵, que trasciende con sus efectos a la finalidad del cambio para convertirse en norma social de conversación⁶, más que en producción de contratos como garantía de derechos, en una sociedad en la cual la conversación, el proceso, la negociación, tanto la transformadora como la conservadora del equilibrio, son exigencias fundamentales, que el Estado debe garantizar como tarea basilar y legitimadora de su acción, de cara a asegurar el flujo del diálogo, para intentar evitar la disputa y reconducirla al diálogo.

La procedimentalidad de la actuación se convierte en óptica, categoría fundamental, valor de la sociedad, de la comunidad, que se reconoce en el movimiento, en el proceso⁷, en los procedimientos⁸, en los procedimentales univer-

tiva, en J.HABERMAS, N.LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale*, Milano, Etas Libri, 1973, 67 ss.; ID., *Auszug aus «Wahrheitstheorien» in Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für Walter Schulz*, Pfullingen, Neske, 1973, tr.it., *Discorso e verità*, en ID., *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, 319 ss.; ID., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, tr.it., *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. 2, Bologna, 1986; ID., *La concezione comunicativa del potere in H. Arendt*, en *Comunità*, 1981, n. 143, 56 ss.; ID., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, tr.it., *Etica del discorso*, Bari, Laterza, 1985; ID., *Der philosophische Diskurs der Modern, Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985, tr.it., *Il discorso filosofico della modernità*, Bari, Laterza, 1987.

5 F.A. Von HAYEK, *Individualism and Economic Order*, London, Routledge, 1949, 106.

6 Sobre la comunidad humana interactiva, C.R.DECHERT, *The Development of Cybernetics*, en ID. (ed.), *The Social Impact of Cybernetics*, New York, Clarion Book, 1966, 23 ss..

7 «Proceso» no se entiende en la acepción reductiva de juicio para castigar un delito o decidir una lid; en este sentido, F.CARNE-LUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, 3.

8 Permitáseme recoger viejas definiciones (aun con todas las cautelas que debemos

usar al emplear estas nociones, N.BOBBIIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, en *Riv.fil.*, 1967, 235 ss., sobre el cual se volverá más adelante). «Procedimiento» en el derecho público (para mí) indica la sucesión preordenada y causante de actos de sujetos o de instituciones, cuya secuencia está dispuesta por actos normativos, con el fin de ejercer un poder atribuido, obteniendo la formación de una decisión o acto final, A.M.SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano Giuffrè, 1959, 13 s.; S.GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, en *Jus*, 1955, 519 ss.; ID., *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957. Para una extensión del procedimiento también para las secuencias no sólo de actos no necesarios, sino en todo caso incidentes sobre el resultado final, y a aquellas de actos a los que no se les habría consentido insertarse en la frecuencia, pero que, de hecho, se han insertado, A.M.SANDULLI, *procedimento amministrativo*, en *Noviss.dig.it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 1022. La palabra proceso, sin embargo, la empleo yo (para una crítica a mis opiniones, A.RUGGIERI, *Gerarchia, competenze e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1977, 279; sobre la cuestión M.A.BARTOLI, *La formazione del progetto di legge. Processi e procedimenti preparlamentari*, en *Il processo legislativo nel parlamento italiano*, vol. IX, investigación financiada por el Consejo Nacional de Investigaciones y dirigida por Alberto Predieri, Milano, Giuffrè, 1983) para indicar un fenómeno dinámico de la realidad social, la sucesión de actos, de hechos vin-

sales, en el diálogo, en el discurso que está ínsito en ellos y por los que algunos de ellos están específicamente instituidos y forman el título para aceptar una composición de conflictos⁹. Contemplar el derecho desde una perspectiva procesal,

culados a una investigación, pero descomponibles, no dispuestos en una secuencia regulada por el ordenamiento. La noción de proceso no se atiene al orden normativo o, en términos de semántica, al lenguaje prescriptivo, o bien al descriptivo. Tiene carácter historiográfico o -si queremos utilizar una palabra usada por algunos juristas- «existencial». En este sentido, la noción de «proceso» se utiliza ampliamente por los estudiosos de la ciencia política, de la sociología, del derecho. Esta atribución de significados a las palabras «procedimiento» y «proceso» es convencional y arbitraria. El término «proceso» podría usarse para indicar otra referencia, o significado. La distinción entre «proceso» y «procedimiento» podría indicarse con otras palabras. Por ejemplo en G.BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 795. Para F.BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, en *Riv.dir.pubbl.*, 1952, 118 ss., aquí 126, la «característica de ser una serie de operaciones que se suceden en el tiempo, como la única observación que en la serie cooperan órganos y a menudo sujetos diversos de aquel del que emanará el acto, no son suficientes para caracterizar el fenómeno del procedimiento ni bajo el aspecto objetivo ni bajo el objetivo»: en efecto, «delimitar el procedimiento es la historia causal del acto...se resuelve sólo con una cualificación del acto, a la que conduce el procedimiento, según un criterio temporal». Bajo el procedimiento como tipificación de la acción en cuanto que logra «tipificarse a sí misma, consolidarse de manera típica (*das Typischwerden*) en función de las exigencias que se imponen o son requeridas por los resultados que es necesario conseguir. En ese sentido, la tipificación es un elemento constitutivo que logra así que el actuar no represente un algo puramente casual (un simple suceso), sino para el inicio de una acción... «Es gracias a la estructura procesal de la acción, como puede desarrollarse aquella esencial acción típica que está constituida

por el procedimiento en sentido jurídico; viceversa, será a su vez precisamente el procedimiento en sentido jurídico el que determinará el surgimiento y la necesidad de particulares institutos», S.ANDRINI, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano, Franco Angeli, 1990, 24 ss. (aun con todas las cautelas que debemos utilizar empleando estas nociones, N.BOBBIO, *op.ult.cit.*, 235, ss.). Benvenuti estuvo entre los primeros juristas italianos en captar la importancia de la eurística introducida en el procedimiento como proyección de la función, ya visto, es decir en el nexo con la actividad que la institución o el ente cumplen en el ejercicio de la propia competencia, de la propia misión (como dice el lenguaje comunitario, art. 90 del Tratado de Roma o administrativo).

⁹ De modo que de consuno el procedimiento está predispuesto por la composición de intereses también mediante decisión autoritaria, cuyo mérito se establece en el propio procedimiento selectivo al determinar los interesados, al identificar los intereses y en el conseguir una salida, mejor que otra, de composición. El procedimiento es un método bien conocido por la identificación y la composición de intereses, aun cuando no neutro, porque selecciona y gradúa los intereses. Otra cosa es que se reconozca la legitimación o cualquiera en un procedimiento jurisdiccional, otro que se reconozca sólo a titulares de intereses propietarios o en cualquier caso individuales o de intereses de grupo. La reciente historia de la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos, ha puesto a su disposición un laboratorio bien provisto.

Sobre el procedimiento como método de formación de decisiones basado sobre la participación de los interesados G.BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento*, Milano, Giuffrè, 1969, 181 ss.; T.R.MURPHY, J.E.HOFFMAN, *Current model for improving public representation in the administrative process*, en *Adm.Law Rev.*, 1976; sobre la dialéctica entre el

constituye patrimonio común¹⁰. Es el proceso interpretativo el que atribuye a la norma el significado que no tiene, sino como producto de aquel proceso¹¹. El proceso une y simboliza la acción y la razón¹² en el binomio ochocentista de pensamiento y acción¹³, que legitima el Estado como garante del proceso, garante autorizador de procesos libres o, en cualquier caso, de momentos de libertad en aquella particular estructura o en aquel particular subsistema¹⁴. La procedimentalidad consolida su fluir en las reglas procedimentales. Justicia y democracia se convierten en procedimientos, procedimentales universales¹⁵, bases de convi-

modelo procedimental basado en la participación y el modelo basado en la racionalidad, P.BILANCIA, *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, Padova, Cedam, 1986, 99 nota 16; sobre la participación en el procedimiento administrativo como instrumento de juridificación de los intereses con dimensiones superindividuales, M.S.GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, en *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di Studio, pavia, 11-12 giugno 1974*, Padova, Cedam, 1976, 2 ss.. Ampliamente E.CARDI, *Le manifestazioni di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol I, Rimini, Maggioli, 1983.

10 En general, V.FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, 1987, en particular *Il conflitto giuridico come processo*, 149 ss.. También en las metáforas donde se usan las convicciones sobre la procedimentalidad dominan, escribe G.ZACREBELSKY, *La Corte Costituzionale e il legislatore*, en P.BARILE, E.CHELI, S.GRASSI (ed), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo*, Bologna, 1982, 103 ss., hablan de la constitución, del hecho que ella, más que un cuadro que da una imagen demasiado estática, resulta un álveo por el cual deben discurrir las políticas. Sobre la distinción entre visión procedimental de la actividad administrativa y visión meramente procedimental, L.ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, 2ª ed., Genova, Ecig, 1988, 79 ss., aquí 86). Colateralmente no de hoy, sino del periodo entre las dos guerras mundiales, el derecho procesal ha conquistado posiciones eminentes: están bien lejanos los tiempos de F.SANDER, *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie*

und der Begriff des Rechtsverfahrens, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I, 1919, 469, citado por S.ANDRINI, *La pratica della razionalità*, cit., 40, nt. 27, según el cual el derecho procesal era la Cenicenta.

- 11 G.TARELLO, *Diritti enunciati, usi*, Bologna, 1974, 396 s..
- 12 Sobre la racionalidad como proceso, F. Von HAYEK, *Nuovi studi di filosofia politica economica e storia delle idee*, Roma, Curcio, 1988. Sobre la racionalidad condicionada, H.A.SIMON, *Models of Man, Social and Rational: mathematical essays on rational behavior in a social setting*, New York, Wiley, 1957. Sobre la racionalidad, M.WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it., *Economia e Società*, Milano, Comunità, 1961.
- 13 B.CROCE, *Storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1938, 184 ss., habla de unidad-distinción.
- 14 No existe ninguna discusión sobre la distinción entre los dos significados.
- 15 Para la *theory of justice* de J. Rawls, P.RICOEUR, *A propos de la 'Théorie de la justice' de John Rawls: une théorie purement procédural de la justice est-elle possible?*, en *Rev.intern.sc.soc.*, 1990, 609 ss.; para los universales procedimentales, N.BOBBIO, *Democrazia*, en G.ZACCARIA, (ed.), *Lessico della politica*, Roma, Edizioni Lavoro, 1987, 160 ss..

vencia, según los grados de interpretación de Kelsen¹⁶ y de Schumpeter; al método seguirán efectos secundarios y compuestos, según la previsibilidad de las reacciones¹⁷: el procedimiento se convierte en producción de valores, el medio es el mensaje para obtener integraciones, reconocer conflictos para evitar rupturas¹⁸.

El mercado no puede prescindir del Estado, cuando se contempla como facultad de iniciativa económica y de decisión de opciones estratégicas, de autonomías organizativas, que lo configura como transformador de la entropía de los intereses individuales en órdenes sociales, incrustado en la red de empresas protagonistas de los procesos económicos, en cuyo interior y exterior de la empresa resultan recíprocamente interagentes, para los que, en términos jurídicos, la libertad de actividad empresarial exige autonomía interna y organizatoria. Ni puede el mercado prescindir del Estado, al tomar en consideración, por su parte, en la tercera acepción, como lugar y modo de ejercicio del poder económico de empresas y de grupos, que se concreta en las cuotas del mercado, en las posiciones dominantes y en su abuso, que se convierte en contrapoder, en algunos aspectos, contrapuesto a los distintos poderes de los operadores y de los consumidores y también al del Estado¹⁹, poder, según los

16 H.KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1949, tr. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1952; A.CARRINO, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, en *Dem.dir.*, 1991, 265 ss. C.MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Milano, Giuffrè, 1984, 112, afirma que si quisiese salir de las comunes ascendencias teóricas, los derechos de autor de la constitución estarían igualmente repartidos a partes iguales entre Weber y Kelsen; al primero reenvía la convergencia de las posiciones hacia una concepción de la legitimidad del poder, entendida como mera legalidad, es decir racionalidad con respecto al fin; a ambos la adhesión a los postulados del relativismo crítico; al segundo la idea, que estaba sin embargo ya en Weber, de la democracia como pura forma separada de cualquier determinación de valor.

17 C.FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn, 1941, cap. 25; G.SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, 1993, 108, combinando la definición procedimental de democracia de Schumpeter con la de Friedrich, define la

democracia como el mecanismo que genera una poliarquía abierta cuya competición en el mercado electoral atribuye poder al pueblo, y específicamente impone la responsabilidad de los elegidos frente a sus electores: es una definición mínima que establece la condición necesaria y suficiente con el fin de poner en práctica un sistema que puede en buen derecho denominarse democrático. Sin el modelo de Schumpeter el funcionamiento efectivo de la democracia representativa queda todo él por comprender; pero desde aquí, o hasta aquí, en el discurso prescriptivo destinado a incrementar la democracia aun resta todo por hacer. Democracia es una cosa: grado de democracia y democratización otra.

18 Puede verse para estos temas en general, E.A.NORDLINGER, *Conflict Regulation in Divided Societies*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1972.

19 Sobre las relaciones conflictivas entre Estado y mercado, en general, P.EVANS, D.RUESCHMEYER, E. STEPHEN HUBER (dir.), *States vs. markets in the World System*, London, Sage, 1985; J.H.GOLDTHORPE (ed.), *Order and Conflict in Contempo-*

casos, visible e invisible²⁰; porque no se trata sólo de la regulación política, está también la de los grupos y la de los poderes²¹; y el poder económico llega a desafiar al del Estado²², tanto en el interior del Estado, como, y aún más, más allá del Estado. Me refiero, en particular, al mercado internacional en el cual los grandes complejos transnacionales se sitúan como contrapoderes de más Estados, que a menudo tienen dimensiones económicas inferiores a las de una sociedad gigante.

La planetarización impone constataciones y cambios de modelos: el mercado es internacional, la dialéctica entre Estado y mercado se realiza entre operadores que no resultan más homogéneos por tener una base territorial común, la territorialidad del Estado es insuficiente, la producción de riqueza se sitúa fuera de los confines en los cuales se ejerce el poder del Estado que ya no puede controlar ni crear impuestos²³. El Estado no puede reaccionar a las deseconomías que se producen fuera de su territorio, ni puede corregir las asimetrías, más que en parte, y en cuanto parte de una organización, de una estructura internacional: pensemos en las deseconomías de los ataques contaminantes del planeta y en las asimetrías del hambre²⁴. El Estado sigue re-

rary Capitalism, Oxford, Oxford University Press, 1984, tr. it., *Ordine e conflitto nel capitalismo contemporaneo*, Bologna, 1989.

20 S.E.FINER, *Private Industry and Political Power*, Pall Mall, Ramsay Muir Memorial lecturer, 1958, pamphlet n.3; F.PERROUX, *L'economia come scienza e l'ispirazione termodinamica*, en *Rass.econ.*, 1981, n.2, 317 ss., aquí 323, escribe que «entre operadores distintos unos de otros y desiguales, la relación se caracteriza por aspectos de lucha y conflicto y por elementos de concurso y cooperación, en proporciones variables. El cambio económico tiene, pues, dos caras: libre transferencia de utilidad y relación de fuerza».

21 M.WEBER, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press of Glencoe, 1964, 182 ss..

22 No solo imponiendo su peso a los concurrentes débiles con contratos y cláusulas contractuales en las que se sustancia el abuso de la posición dominante, sino desduplicando las leyes, imponiendo de hecho el recurso al juez con la amenaza de represalias, como la interrupción de suministro o de relaciones.

23 Sobre la insuficiencia de las máquinas constitucionales de los Estados individuales frente a los problemas salidos de la internacionalización de los mercados, E.U.PETERSMANN, *Constitutional Functions of Public Economic Law*, en P. Van HOOFF, A.KOERS, K.MORTELMANS (ed.), *Restructuring the International Economic Order: The Role of Law and Lawyers. Proceedings of the Colloquium, organized by the Department of International and Economic Law on June 12 and 13, 1986 on the occasion of the 350th anniversary of the University of Utrecht*, Deventer, Antwerp, London, Frankfurt, Boston, New York, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, 49 ss.. Estos temas han sido tratados recientemente en un librito que engloba cuatro contribuciones tan ágiles como densas: F.GALGANO, *Le istituzioni della società postindustriale*, en F.GALGANO, S.CASSESE, G.TREMONTI, T.TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, 13 ss.; S.CASSESE, *Oltre lo Stato: i limiti dei governi nazionali nel controllo dell'economia*, *ivi*, 35 ss.; G.TREMONTI, *Il futuro del fisco*, *ivi*, 49 ss.; T.TREU, *Il diritto del lavoro fra internazionalizzazione e segmentazione*, *ivi*, 93 ss..

24 Por todos, S.GEORGE, *Come muore l'altra metà del mondo*, Milano, Feltrinelli, 1978;

gulado el mercado en su interior, lucha contra las deseconomías en base al principio de la solidaridad, consagrado en el art. 2 de la Constitución italiana²⁵, pero ésto debería de convertirse en regla planetaria, destinada a actuar sobre la producción, que podría aumentarse en parte (o incluso sólo) en base a la solidaridad (bastaría «un porcentaje modesto del PIB de los países ricos para ayudar a los países pobres a satisfacer las necesidades esenciales, escribe Giorgio Fua²⁶).

En cualquier caso, el mercado no puede funcionar sin el Estado en su aspecto de conjunto de conjuntos (para usar una expresión cara a Georges Gurvitch y a Fernand Braudel²⁷, de un subsistema diferenciado, inserto en un flujo de intercambios con la sociedad²⁸ en una continua interdependencia²⁹, en una

E.M.LAPPE', J.COLLINS, *Food First. Beyond the Myth of Scarcity*, Boston, Houghton Mifflin, 1977; B.WARD, *The home of man*, New York, Norton, 1976; O.O'NEILL, *The moral Perplexities of Famine Relief*, en T.REAGAN (ed.), *Matters of Life and Death*, New York, Random House, 1980, 260 ss.; ID., *Faces of Hunger. An Essay on Poverty Justice and Development*, London, Allen & Unwin, 1986.

25 Sobre el concepto constitucional de solidaridad, G.M.LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, 45 ss.. Esta ha sido interpretada, por añadidura, en ocasiones, como una subversión de los principios del Estado de derecho en relación con los límites que puede poner a las situaciones individuales (A.BARBERA, *Commento all'art. 2*, en G.BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1975, 50 ss., aquí 101). Sobre el tema, J.CHEVALLIER, D.COCHART, *La solidarité, un sentiment républicain?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992. Sobre la solidaridad como norma supraconstitucional junto al respeto de la dignidad de la persona humana y de la igualdad (la solidaridad es un nuevo modo de ver la igualdad, S.ARNÉ, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité* en *Rev.dr.publ.*, 1993, 459 ss., aquí 475). Sobre la solidaridad en el tratado de Maastricht recuerdo que según el art.

A, párrafo tercero, la tarea de la Unión es la de las relaciones entre los Estados miembros y sus pueblos.

26 G.FUA', *Crescita economica. Le insidie delle cifre*, Bologna, 1993; Fua' revela que mientras el crecimiento de la producción lleva consigo (dentro de determinados límites y con las debidas reservas) un empleo más racional de los recursos, una circulación social más vivaz y nuevas libertades, una mayor satisfacción de las necesidades, una ampliación de los horizontes culturales, en las economías desarrolladas, sin embargo, la extensión del mercado a los diferentes aspectos de la vida y la cantidad de mercancías producidas han alcanzado dimensiones tales que posteriores aumentos no presentan connotaciones tan netamente positivas desde el punto de vista del bienestar de la población.

27 G.GEMELLI, *Fernand Braudel e l'Europa universale*, Venezia, Marsilio, 1990, 76.

28 T.PARSONS, N.J.SMELSER, *Economy and Society*, New York, Roulledge & Kegan, 1964, tr.it., *Economia e società*, Milano, Franco Angeli, 1970, hablan de subsistema diferenciado de sociedad. Sobre el pensamiento de Parsons, P.HAMILTON, *Talcott Parsons*, London-New York, Tavistock publications, 1983, tr.it., *Talcott Parsons*, Bologna, 1989.

29 «Cualquier sociedad -ya sea un Estado socialista completamente colectivizado, una

ósmosis continua³⁰. Estos conjuntos actúan en un sistema de relaciones de conflictividad cooperativa, esto es, en contextos ambivalentes de lucha y de cooperación, en el que interactúan las relaciones entre agregados cuantificados, en los que los factores económicos encuentran su principio de coordinación con los sistemas sociales, con reglas de juego bastante complejas, con un reenvío continuo de interacciones y de implicaciones que no pueden reducirse a las relaciones entre precios y cantidad. El mercado es siempre conjunto en un conjunto de la sociedad, que no puede ser operante, ni pensable, sin el Estado. Existen procesos o estructuras de lo social que no se gestionan o cogenestonan por las estructuras de los grupos del poder político; el mercado no está entre estas estructuras o entre estos procesos. Sin el Estado, las estructuras del mercado perderían eficiencia y poder³¹; incluso, no existiría un mercado³². La armazón de un sistema jurídico, aunque esté, en el límite, centrado en un solo uso o en la única costumbre practicada por los operadores, como terreno que constituye la base de su acción, si no el único, o el principal punto de referencia (y que es, viceversa, en nuestras sociedades, un tejido finísimo de normas del

nación industrial capitalista, una tribu de isleños de los Mares del Sur o, incluso, una colmena—debe en cierto modo cumplir algunas opciones fundamentales e interdependientes. ¿Cuáles y cuántos bienes produce?...¿Cómo es decir, con qué recursos y técnicas, y por obra de quién produce estos bienes?...¿Cómo distribuir lo que se ha producido entre los individuos, las familias, los grupos o las clases?», P.A.SAMUELSON, *Economía*, 9ªed., Torino, Utet, 1977, 25. El mercado como conjunto en la sociedad tiene, como recaída de las relaciones económicas, la creación de relaciones sociales, A.L.STINCHCOMBE, *Stratification and organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

30 «Sólo en los últimos años se ha afirmado el convencimiento de que la empresa, el mercado, merecen un gran respeto dentro del interés general y que, por otra parte, las formas de mercado ordenadas, transparentes, que se aproximan a aquélla de la competencia, no existen en la naturaleza. Son el producto de las instituciones de los poderes públicos...», M.MONTI, *Intervento*, en CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *I valori della concorrenza*, *Atti del Congresso internazionale*, Milano, 26-

28 marzo 1992, Milano, Cariplo, 1992, 409.

31 R.DAHL, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven-London, Yale University Press, 1982, tr. it. *I dilemmi della democrazia pluralista*, Milano, Il Saggiatore, 1988, 169 ss.; en el mismo orden de ideas, J.F.A.TAYLOR, *The Masks of Society*, New York, Appleton—Century-Crofts, 1966, 109: «la propiedad o es un hecho público o no es nada».

32 Icásticamente G.AMATO, *Due anni al Tesoro*, Bologna, 1990, 113, hablando de modernización de los mercados internacionales, titula su conferencia *Gli intermediari finanziari. Dalla giungla al mercato*, primera en *Conferenza di «Business International»*, Roma, 18 aprile 1988. La actividad económica, en particular la de la economía de mercado, no puede desarrollarse en un vacío institucional, jurídico y político. Supone, al contrario, seguridad acerca de las garantías de la libertad individual y de las propiedades, además de una moneda estable y servicios públicos eficientes, dice la Encíclica *Centesimus Annus* de primero de mayo de 1991.

poder público³³, o por él reconocido, como en las normas técnicas, fundamentales en nuestros tiempos), es el presupuesto para que el mercado subsista;

33 En la realidad de hoy día, en el derecho vigente de todos los países la armazón de un sistema jurídico sobre el mercado está articulada mediante un tejido de normas y de provisiones reguladoras. Decian A. y S.TUNC, *Le système constitutionnel de Etats Unis d'Amérique*, Paris, Domat-Montchrestien, vol. II, 1954, 90 ss., que el problema no es saber qué actividad está sometida a una ley del Congreso, sino qué actividad los elude: «el mercado no opera ya en base a los simples instrumentos jurídicos del Common Law. A ésta se sobreponen millones de normas especiales contenidas en las decenas de millones de páginas del U.S.Code, en las más de cien mil páginas del Code of Federal Regulations en vigor (las cuales se renuevan a la velocidad de 8.000 páginas al año) y en los correspondientes textos normativos de los cincuenta Estados miembros». Recordaban M.F.TOINET, H.KEMPF, D.LACORNE, *Le libéralisme à l'américaine. L'Etat et le marché*, Paris, Economica, 1989, como la obra de L.LOSS, *Securities Regulation*, Boston, Little Brown, 1961-69, 3 vols. más 3 vols. suplementarios, inicialmente en un volumen, se ha convertido en tres, después en seis, y hoy es de diez con suplementos. Las cien mil páginas del Code of Federal Regulations, si las hubieran soñado los autores de *El Federalista* los que casi identificaban la multitud y la rápida mutabilidad de las leyes con el fin mismo de la libertad del individuo les habrían parecido el horror de una catástrofe irreparable, la pesadilla de las pesadillas de la de despertarse con los cabellos súbitamente blancos. Alguien sonreirá de este ridículo, más que exagerado temor por la suerte de la libertad: «después de todo, hoy convivimos con aquella avalancha móvil de normas, en los Estados Unidos y por doquier, y no hemos perdido la libertad», escribe limpiamente G.BOGNETTI, *Il «Federalista» e lo stato liberale*, en G.NEGRI (ed.). *Il Federalista: 200 anni dopo*, Bologna, 1988, 169 ss. aquí 199 ss.; y en el mismo volumen, sobre los pobres constituyentes que vistos por sus descendientes estarían llenos de terror y de pesadillas, véase R.B.STEWART, *L'incubo di Madison: federa-*

lismo e stato assistenziale regolamentatore, 249 ss. que es la traducción italiana de ID., *Madison's Nightmare*, en *The University of Chicago Rev.*, vol. 57, 1990, n.2, 335 ss.; a propósito de lo que escribe Boggetti, hay que recordar también E.A.JJOHNSON, *The Foundations of American Economic Freedom: Government and Enterprise in the Age of Washington*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1973, 305, citado por A.M.SCHLESINGER Jr., *The Cycles of American History*, Boston, Houghton Mifflin, 1986, tr.it., *I cicli della storia americana*, Pordenone, Studio Tesi, 1991: a continuación de la independencia norteamericana, «un nudo de leyes estatales circunscribía y limitaba la libertad empresarial. Un dédalo de normas de inspección controlaba la calidad de los productos en venta, y a veces también los precios a los que podían venderse. Ni, en los años 1790, la cantidad anual de las leyes estatales sobre la reglamentación de las empresas tendía a disminuir; cuando no, crecía la producción legislativa». No distinto era el cuadro que podía derivarse de la legislación inglesa. Siempre dentro de las anotaciones que pueden hacerse sobre la variedad del libre mercado o, sucesivamente, de reconstrucciones basadas sobre estereotipos, podría recordar las diferencias de valoración sobre la realidad inglesa de fin de siglo pasado, entre las cuales las protestas de H.SPENCER, *The Man versus the State*, London, Williams & Norgate, 1884 y de A.V.DICEY, *Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the 19th Century*, London, Macmillan, 1905, demostrando como la realidad de la praxis del derecho vigente y de la constitución económica (C.J.FRIEDRICH, *Englische Verfassungsideologie im 19. Jahrhundert*, *Dicey's Law and Public Opinion*, en K.D.BRACHER, Ch.DAWSON, W.GEIGER, R.SMEND (eds.), *Die moderne Demokratie und ihr Recht: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, vol. I, Tübingen, Mohr, 1966, 101 ss.) sería muy distinta de las tradicionales afirmaciones de liberalismo y de espontaneidad reguladora del mercado. Sobre la considerable analogía entre la

no existe una actividad del mercado que no tenga relevancia jurídica, incluso de derecho público³⁴. No existe una zona en la que el Estado no pueda intervenir a través de regulaciones y correcciones³⁵, con la promoción positiva de la interacción³⁶, mediante sus fines de intereses y de bienestar común, con sus

regulación alemana y la de los Estados Unidos, en el sentido de que en la segunda mitad de los años setenta, la economía alemana estaba regulada en menor medida que la estadounidense antes de la serie de *deregulation* iniciada en 1978, con la abolición de las regulaciones impuestas a las aerolíneas USA, I.VOGELSANG, *Deregolamentazione e Privatizzazione in Germania*, en G.PENNELLA (ed.), *Regolazione e/o Privatizzazione*, Bologna, 1992, 445 ss.; cfr. F.M.SCHERER, *Regulatory Dynamics and Economic Growth*, en M.L.WACHTER, S.M.WACHTER (ed.), *Toward a New U.S. Industrial policy?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1981, *ivi* citado; J.MÜLLER, i.VOGELSANG, *Staatliche Regulierung*, Baden-Baden, Nomos, 1979, *ivi*, citados.

34 Podemos recordar, en el mismo orden de constataciones y de interpretaciones, la frase de la sentencia de Casación, Sec.un.pen., 7 de julio de 1989, Cresti y otros, en *Dir.banca merc.fin.*, 1990, I, 70 ss., para quien del contexto de las normas constitucionales «se puede recavar el principio, imposible de negar, de que no existen actividades empresariales que no tengan un reflejo publicista» sin que por esto la empresa pierda su naturaleza intrínseca, (cuando se reafirma que la ordinaria actividad bancaria es de naturaleza privada y los operadores bancarios no pueden referirse a las calificaciones penales de los oficiales públicos o de encargados del servicio público en relación con los arts. 357 y 358 c.p.). Decía E.Cefis que también quien tiene un puesto de hortalizas debe de tener relaciones con el asesor de comercio y lo reitera en la entrevista con E.BIAGI, *Pentiti della razza padrona*, en *Panorama*, 1993, n.1412, 87.

raciones polémicas, de convencidos afirmadores del liberalismo puro y de la competencia tendente a aquella perfecta. Escribía L.EINAUDI, *Dell'origine economica della grande guerra*, en *Riv. Storia Econ.*, 1937, 283 ss. (citado por L.AMOROSO, *Economia de mercato*, Bologna, Zuffi, 1949, 392) que «sistemas de propiedad y normas contractuales, son institutos espontáneos, son el fruto de experiencias seculares, renovándose continuamente, que legisladores y juristas codifican en fórmulas sabias cada día perfeccionadas y renovadas. ¿Qué ha sucedido en el siglo XIX? Ha sucedido que semejante trabajo de corrección y de innovación ha venido a menos. Legisladores, juristas y economistas no han estado a la altura de los técnicos. Superados por la complejidad de los problemas creados debido al desarrollo de la gran industria, han creído resolverlos anulando los mercados, poniendo obstáculos al comercio de las mercancías, de los capitales y de los hombres, anulando con las barreras económicas los progresos de la técnica, encadenando los capitales, endureciendo el mercado de trabajo, añadiendo hasta destruir voluntariamente los bienes producidos con el fin de valorizarlos a través de la rarefacción». «El capitalismo histórico (así también L.EINAUDI en otro lugar, y precisamente en *Riv. Storia Econ.*, 1942, n.2, 62, la cita es siempre de Amoroso) nació, de este modo, viciado: la elefantiasis de las grandes ciudades, de las grandes empresas, de los cárteles industriales monopolistas no es la criatura del caso o de la técnica, sino de la historia y de la estructura social preexistente, perpetuada por legisladores y juristas mal aconsejados. El capitalismo histórico no está fundado sobre el orden natural de las cosas, sino sobre instituciones queridas por los hombres, las cuales, lejos de ser propias de la economía competencial, contribuyen a su deformación».

35 No por esto se sobrevalora el peso de las estructuras jurídicas y de la obra de los juristas, como a menudo se ha hecho, con exage-

36 Sobre la diversidad de las posiciones de Adam Smith sobre la función de interacción y la de simple alejamiento de la anarquía,

adjudicaciones que constituyen base para la distribución de recursos financieros y jurídicos, de compras y de regulaciones, que compete al Estado, y sólo al Estado. Las tareas más importantes del Estado «se refieren, no a aquellas actividades que ya están cumpliendo los particulares, sino a aquellas funciones que quedan fuera de la esfera individual, aquellas decisiones que nadie asume sino lo hace el Estado», escribía J.M. Keynes³⁷, a aquellas opciones que son la proyección, en terminos de compra y de abastecimiento, de las estrategias del poder. No de otro modo K.J. Arrow recordaba que una cosa son los recursos y otra el mercado³⁸. Las opciones (Polanyi lo ha enseñado) no son sólo las del mercado, sino también aquellas hechas mediante un acto de autoridad y por reciprocidad: existe, también, en nuestra sociedad, el mundo distinto de los

G.BRENNAN, J.M.BUCHANAN, *The Reason of Rules - Constitutional Political Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, tr.it., A.VILLANI (ed.), *La ragione delle regole. Economia politica costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 1991, 105. Adam Smith escribía que el Estado tiene un papel decisivo en la aseguración del marco institucional en el que deben moverse las fuerzas motrices del desarrollo; cfr. G.ANSELMINI, *Introduzione* en C.L.SCHULTZE, *The Public Use of Private Interest*, New York, The Brookings Institution, 1977, tr.it., *L'uso pubblico dell'interesse privato*, Milano, Guerini e Associati, 1993, 9ss., aquí 10.

37 J.M.KEYNES, *The end of Laissez-faire*, London, Hogarth Press, 1926, reproducido en *The collected Writings of J.M. Keynes*, vol. IX, London, Macmillan, 1971-1983, 294 ss.. Sobre la gran influencia que en general ha tenido la obra de Keynes, cuyas ideas han influido a un gran número de economistas y de políticos occidentales y que ha permitido hablar de constituciones keynesianas, y dividir en los manuales la economía en prekeynesiana, keynesiana y postkeynesiana, las indicaciones estarían de más. Se ha dicho que la gestión moderna de la economía nace empíricamente con el *New Deal* del presidente americano Roosevelt y, científicamente, con la *General Theory* de Keynes. Presupone una visión no mecanicista del sistema económico, con el contrapeso de los límites -además de la virtud- del mercado, una visión política que asocia a las funciones terapéuticas de las acciones gubernativas, una función innovativa y

modificadora del sistema, G.SCIFO, *Gestione*, en *Enc.Einaudi*, vol. VI, Torino, Einaudi, 1979, 747ss., aquí 772. Sobre las distinciones entre modelos keynesianos, neoclásicos y neoricardianos, M.D'ANTONIO, *Sviluppo e crisi del capitalismo italiano, 1951-1972*, Bari, De Donato, 1973; sobre las diferencias entre el modelo clásico y el modelo keynesiano, A.HEERTJE, *De Kern van Economie*, Leiden, Stenfort Kroese, 1974, tr.it., *Elementi di economia politica*, Bologna, 1980, 201 ss.. Friedman y sus discípulos monetaristas han afirmado, que las colocaciones públicas producen sólo un efecto de desplazamiento, de alejamiento (*crowding-out effect*) de las inversiones privadas, P.LLAU, *Economie financière*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985; puede recordarse, más allá de las discusiones, los análisis de la ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, *Financement du déficit budgétaire et contrôle monétaire*, en *Etudes monétaires*, Paris, 1982, que demuestran los efectos positivos de las políticas presupuestarias, por otra parte diferentes según los países, P.LLAU, F.RENVERSEZ Beds.), *Stratégies de financement des soldes budgétaires: une comparaison internationale*, Paris, Economica, 1988.

38 K.J.ARROW, L.HURWICZ (eds.), *Studies in the Resource Allocation Processes*; Cambridge, Cambridge University Press, 1977; cfr. A.PETRETTO, *Enrico Barone e i fondamenti della moderna teoria dell'allocatione delle risorse*, en *Riv.int.sc.soc.*, 1982, n. 1-2, 89 ss.

donantes de sangre, del voluntariado, del *potlach* de mecenazgo. Una sociedad fundada sobre el mercado no puede determinar una distribución de las suertes de los diferentes individuos de acuerdo con cualquier principio de justicia reconocido, dice Von Hayek: aun cuando el juego se desarrolla en base a reglas justas, no puede asegurar resultados justos³⁹. J.K. Galbraith, por su parte, recordaba que la teoría económica tradicional ha mantenido siempre que, al perseguir el beneficio privado, la economía capitalista produce un mecanismo suficientemente eficiente para la satisfacción de las necesidades, pero que aquel concepto de eficiencia pierde significado si las necesidades mismas pueden definirse sólo en función de lo que se impone al consumidor de la producción⁴⁰, de modo que los problemas derivados de la sociedad opulenta están pidiendo planteamientos prácticos dirigidos a la ampliación de la esfera pública en los límites con la esfera privada, sustrayendo partes siempre mayores de la demanda global a las incertidumbres derivadas de la dificultad de expandir más allá de ciertos límites, los consumos privados, aumentando las adjudicaciones estatales, lo que no quiere decir restando espacio a la actividad privada, sino incrementando, en los auspicios al menos, las ayudas a los países en vías de desarrollo o los gastos para la instrucción.

Especulando, sin mercado, sin competencia, la regulación autoritaria de la producción y de la distribución llevaría a la ineficacia⁴¹ y a la parálisis (la caída del sistema soviético es un útil ejemplo). Sin la regulación, si el mercado fuera el único elemento director del destino de los hombres, o aún sólo de la economía⁴², y todo estuviese vinculado a la racionalidad formal maximizada que se convierte en entropía, y en consecuencia en desorden, o pasar al orden sólo a través del desorden, llegaríamos a la destrucción de la sociedad (escribía Karl Polany⁴³) y de la dignidad del hombre⁴⁴ (escribía Max Weber⁴⁵), que es

39 F.A. Von HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. II. The Mirage of Social Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, 66 ss.

40 J.K. GALBRAITH, *The Affluent Society*, Boston, Houghton Mifflin, 1958, tr. it., *Economia e benessere*, Milano, Comunità, 1959.

41 M. WEIDENBAUM, *The Modern Public Sector*, New York, Basic Book, 1969; F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, Zanichelli, 1974.

42 Sobre las leyes instituidas por el hombre y por el Estado, contrapuestas al orden natural de la economía, E. ROLL, *A History of Economic Thought*, London, Faber & Faber, 1945, tr. it., *Storia del pensiero economico*, Torino, Boringhieri, 1977, 169; sobre el equilibrio clásico de los economistas como orden natural, G. LUNGHINI, *Equilibrio*, en G. LUNGHINI, M. D'ANTONIO (eds.), *Dizionario di economia politica. xiv. Equilibrio. Politica economica*, Torino, Boringhieri, 1988, 11 ss.; C. BIANCHI, *Politica economica*, ivi, 107 ss.

43 «Permitir al mecanismo de mercado ser el único elemento directivo del destino de los

seres humanos y de su ambiente natural y así mismo de la cantidad y del empeño del poder adquisitivo llevar a la demolición de la sociedad», K.POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economics Origins of our Time*, New York, Farrar & Rinehart, 1944, tr.it., *La grande trasformazione. Le origini politiche ed economiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 1974, 94; el autor veía el comunismo y el fascismo como reacciones frente a una sociedad que pretendía regular mediante el mercado estrangulador el vivir de la sociedad. Sobre el pensamiento de Polanyi, F.BLOCK, R.SOMERS, *Beyond the Economic Fallacy - the Holistic Social Science of Karl Polanyi*, en T.SKOCPOŁ (ed.), *Vision and Method of Historical Sociology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984, 47 ss.; M.MENDEL, D.SALÉE (eds.), *The Legacy of Karl Polanyi. Market, State and Society at the End of the Twentieth Century*, London, Macmillan, 1991, y en particular F.BLOCK, *Contradictions of Self-Regulating Markets*, *ivi*, 86 ss., e I.SZELENYI, *Karl Polanyi and the Theory of a Socialist Mixed Economy*, *ivi*, 231 ss., aquí 234, que nota como Polanyi no era contrario al mercado sino a las economías de mercado cuando eliminan los mecanismos económicos alternativos y destruyen las autodefensas de la sociedad; críticamente, M.A.SIEVERS, *Has Market Capitalism Collapsed? A Critique of Karl Polanyi's New Economics*, New York, Columbia University Press, 1949; F.GROSSI, *Le idee economiche di Karl Polanyi*, en *Rass. Econ.*, 1978, 7 ss.. Sobre los desarrollos del pensamiento de Polanyi sobre el mercado autodestructor si se abandona a sí mismo, por lo que exige medidas de protección, con referencia a la economía internacional, H.PLASCHKE, *Hinsides stat og marked i den internationale poliske okonomi*, en *Politica*, 1992, 188 ss.; F.BLOCK, M.R.SOMERS, *Beyond an Economic Fallacy*, *cit.*; en general sobre la obra de Polanyi, G.DALTON, *Symposium: Economic anthropology and History: The Work of Karl Polanyi*, en *Research in Economic Anthropology*, 1981, n.4.; D.C.NORTH, *Markets and other Allocation systems in History: The Challenge of*

Karl Polanyi, en *Journal Eur.Econ.History*, 1977, n.6, 703 ss.; R.C.ELLICKSON, *Property in Land*, en *Yale Law Journal*, 1993, n.6, 1315 ss., aquí 1375.

44 Con estas afirmaciones sobre la dignidad del hombre, no se quiere recurrir a juicios morales, que aunque tienen su peso (recientemente el problema ha sido retomado particularmente por R.NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, 160 ss., sobre el que críticamente S.ZAMAGNI, *Il rapporto tra Stato e mercato e la teoria dell'intervento pubblico: un riesame critico*, en ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI «LUIGI EINAUDI», *Il disavanzo pubblico in Italia: natura strutturale e politiche di rientro: problemi macro e microeconomici dell'aggiustamento*, Bologna, 1992, 357 ss. aquí 374), ni olvidar los riesgos de las reivindicaciones de monopolio del poder estatal (escribe G.E.RUSCONI, *Scambio, minaccia, decisione*, Bologna, 1984, 26: «La definición clásica del Estado como depositario del monopolio de la violencia legítima, encuentra su corolario en la asignación al Estado del monopolio del establecimiento de las reglas del mercado. Desde esta perspectiva puede releerse toda la historia del Estado moderno liberal y post-liberal frente al desarrollo capitalista: la inevitabilidad de su creciente intervención de apoyo indirecto, el cambio continuo de calidad de tal intervención hasta las formas actuales de Estado social), que constituyen otra cara peligrosa.

45 «Donde el mercado está abandonado a su autonomía es decir, donde el mercado no está regulado y la racionalidad formal está maximizada, conoce sólo una dignidad de la cosa y no de la persona, no deberes de fraternidad y de piedad, no relaciones humanas originarias de las que son portadoras las comunidades personales», M.WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, *cit.*, 620. Dignidad es una palabra clave de nuestro concepto de constitución económica, explícitamente usada por el art. 41, párrafo 2.

quía⁴⁷ y reacciones tiránicas. Lo han confirmado las experiencias de la economía de mercado en los países excoloniales que no encontraban una sociedad y un Estado estructurados de modo adecuado. Lo confirman aquellos temores que acompañan las instauraciones del mercado en los países del ex imperio soviético en los cuales, de igual modo, no corresponden ni a un aparato, ni a una cultura de la sociedad adecuadas⁴⁸. Lo confirman también los inconvenientes de los mercados sumergidos o no formales, triunfo de deseconomías externas a cargo de quien trabaja infrapagado, privado de asistencia y los daños que causan en el mercado formal. Los ejemplos del abuso urbanístico (como otro caso de deseconomía) pueden ser suficientes, aun cuando un componente haya sido la omisión (o fallo⁴⁹) del Estado; la parcelación abusiva se hace paso a paso tanto más ventajosa para el promotor o el constructor fuera de la ley cuanto más una legislación urbanística haya reforzado el método de adosar, al menos en parte, los costes de urbanizar al constructor, con la asunción directa de la construcción de las infraestructuras de urbanización, como instrumento para la reducción de las deseconomías.

Tanto desde el punto de vista objetivo, como desde el ontológico, el mercado es sobre todo paridad, ordenación equitativa, concurrencia, mientras que el Estado es jerarquía y coordinación⁵⁰. Son dos polos. La realidad

46 Base de la justicia y del derecho, porque la justicia es el respeto de la dignidad P.J. PROUDHON, *De la Justice dans la révolution et dans l'Eglise*, Bruxelles-Leipzig, Schœne, 1860. Sobre la dignidad humana como premisa antropológica del Estado, P. HABERLE, *Menschenwürde als Grundlage der staatliche Gemeinschaft*, en *HdbStR*, vol. I, 1987, 815 ss.; L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 144, que ve en el nuevo derecho la aceptación de un modelo antropológico nuevo en base al cual el individuo «no es mera subjetividad, simple ser ontológico, sino que es también estructura de valor, un ser axiológico».

47 K. POLANYI, *The great transformation*, cit., 95.

48 «La reunificación alemana y la apertura del centro y del Este europeo han mostrado que las fuerzas de mercado se desarrollan sólo en presencia de determinadas condiciones, como una administración y gestión del derecho eficiente, infraestructuras públicas adecuadas, un sistema educativo y oca-

démico avanzado, etc.. Son, por otra parte, necesarios una eficaz regulación de la competencia y una economía y una cultura del trabajo competitivas que, a su vez, deben ser garantizadas también por las instituciones públicas», H. SCHMIDT, M. DÖNHOF, M. MIEGEL, W. NÖLLING, E. REUTER, R. THIERSE, *Weil das Land sich ändern muss. Ein Manifest*, Reinbeck bei Hamburg, Rowolth, 1992, tr. it., *Perché la Germania deve cambiare. Un manifesto*, Venezia, Marsilio, 1993, 50.

49 Sobre los aspectos terminológicos, más adelante, nt. 106.

50 R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, en *Economica*, 1937, n. 16, 386 ss., después en G.J. STIGLER, E.K. BOULDING (ed.), *Readings in Price Theory*, London, Allen & Unwin, 1952; ID., *The problem of Social Cost*, en *Journal Law Econ.*, 1960, n. 3, 1 ss., después en W. BREIT, H.M. HOCHMAN, *Readings in Microeconomics*, New York, Rinehart & Winston, 1968, 423 ss., tr. it., *Il problema del costo sociale*, en W. BREIT,

es más compleja: también la empresa, que opera en el mercado, es jerarquía, en función de reducción alternativa de costes de transacción⁵¹ y de concentraciones sobre un tema sin una presencia simultánea de operadores⁵²; aún más es polo jerárquico la gran empresa transnacional que supera los mercados y, en un cierto sentido, los Estados⁵³. Las funciones coordinadoras de la empresa no son distintas a las del aparato de gobierno, pueden ser sub-

H.M.HOCHMAN, *Problemi di microeconomia*, vol. I, Milano, Etas Kompass, 1970; K.J.ARROW, *The Limits of Organization*, New York, Norton, 1974, tr.it., *I limiti dell'organizzazione*, Milano, Il Saggiatore, 1986, que han introducido el estudio de la empresa como forma jerárquica de organización de la actividad económica; A.ALCHIAN, W.R.ALLEN, *Exchange and Production: Competition, Co-ordination and Control*, Belmont (Cal.), Wadsworth, 1977; R.CLARKE, T.McGUINNESS (eds.), *The Economics of the Firm*, Oxford, Basil Blackwell, 1987; U.PAGANO, *Firms, Co-ordination and Disequilibrium*, Siena, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di economia politica, Mimeo, 1989, en el cuadro de las teorías de la empresa como organización y de las teorías neoinstitucionalistas que estudian el mercado como forma institucional apta para gobernar la interacción entre actores sociales y asumida como relevante para la explicación de hechos que son objeto de estudio por los economistas; reenvío puesto a punto por parte de M.DARDI, *Il mercato nell'analisi economica contemporanea*, en G.BECATTINI (ed.), *Il pensiero economico: temi, problemi, scuole*, Torino, Utet, 1990, 51 ss..

51 Como han dicho con mayor o menor fortuna los economistas, pero también los juristas; cfr. F.DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988. Sobre este término, volveré más adelante. Las empresas tienden a sustituir transacciones internas y transacciones de mercado: realizar un tipo de cambio por medio de contratos o, por el contrario, en el interior de una sola empresa, dependerá de la eficiencia relativa de los dos mecanismos; cfr. O.E.WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis of Antitrust Implications*, New York, Free Press, 1975; ID., *The*

Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes, en *Journal Econ.Lit.*, vol. 19, 1981, 1537 ss.; ID., *The Economist Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1985, tr.it., *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, Franco Angeli, 1987, cuyas contribuciones son importantísimas; O.E.WILLIAMSON, W.G.OUCHI, *The Markets and Hierarchies and Visible Hands Perspectives*, en A.H. Van de VEN, W.C.JOYCE (eds.), *Perspectives on Organization Design and Behavior*, New York, Wiley, 1981; A.M.RUGMAN, *Inside the Multinationals. The Economics of Internal Markets*, London, Croom Helm, 1981, 89 ss., con particular referencia a los bancos canadienses; la tesis de Rugman tiene la condición de suministrar una explicación general que deja alguna perplejidad. Las empresas tienden a imponer también un control cuando las diferencias entre tasas de intereses no son suficientes para explicar los flujos de inversión, S.H.HYMER, *The International Operations of National Firms: A Study of Direct Foreign Investment*, Cambridge (Mass.), Mit Press, 1976. Consideraciones generales sobre las distintas tesis en P.DE SURY, *Il processo di espansione internazionale delle banche: una rassegna della letteratura*, en L.ANDERLONI, I.BASILE, C.DABRASSI, O.MORO, A.PORIERI, P.DE SURY, *Banche, assicurazioni e mercato unico europeo*, Milano, Egea, 1992, 3ss..

52 N.LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, tr. it., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria sociale*, Bologna, 1990, 222.

53 A.AMIN, M.DIETRICH, *From Hierarchy to Hierarchy: the Dynamics of Contemporary Corporate Restructuring in Europe*, en ID.

subsidiarias, alternativas o contrapuestas con respecto a aquellas del aparato público⁵⁴.

Esto es tanto más cierto cuanto más grande sea la empresa en un mundo en el cual el papel de la gran empresa y de los grupos de empresas resultan fundamentales⁵⁵. El plano, público o privado de que se trate, es siempre un mecanismo de coordinación, de jerarquía, contrapuesto al del mercado⁵⁶.

[ed.], *Towards a New Europe?*, Elgar, Aldershot, Hants, 1991; A.AMIN, D.R.CHARLES, H.HOWELLS, *Corporate Restructuring and Cohesion in the New Europe*, en *Regional Studies*, 1992, n.4, 3219 ss..

54 Sobre las jerarquías y el mercado y los respectivos papeles, J.R.HOLLINGSWORTH, L.N.LINDBERG, *The Governance of the American Economy: the Role of Markets, Clans, Hierarchies and Associative Behavior*, en W.STREECK, P.C.SCHMITTER (dir.), *Private Interest Government. Beyond Market and State*, London, Sage, 1985, 221 ss.; W.G.OUCHI, *Market, Bureaucracies and Clans*, en *Adm.Sc.Quart.*, 1977, n. 25, 95 ss.; O.E.WILLIAMSON, *Market and Hierarchies: Analysis of Antitrust Implications*, cit.; ID., *The modern corporation: origins, evolution, attributes*, cit.; M.AOKI, *Horizontal versus vertical information structure of the firm*, en *Am.Econ.Rev.*, vol 76, 1986, 971 ss.; R.RADNER, *The internal economy of large firms*, en *Econ.Journal*, vol. 96, 1 ss.; A.CAILLÉ, *Mitologia delle scienze sociali*. Braudel, Levi-Strauss, Bordieu, Torino, Boringhieri, 1988; A.FRANCIS, *Markets and Hierarchies. Efficiency or Domination?*, en A.FRANCIS, J.TURK, B.WILLMANN (eds.), *Power Efficiency and Institutions*, London, Heinemann, 1983, 105 ss.; G.CALVO, S.WELUSZ, *Hierarchy, Ability and Income Distribution*, en *Journal Pol.Econ.*, vol. 87, 1979, 991 ss.; M.AOKI, *The Cooperative Game of the Firm*, Oxford, Clarendon Press, 1984; R.SCHAMALENSEE, *The new industrial organization and the economic analysis of modern markets*, en *Advances in Economic Theory*, Hildebrand, Cambridge University Press, 1982; sobre el análisis estructural del mercado, E.M.LEIFER, H.C.WHITE, *A Structural Analysis of Business*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 85 ss., tr.it., *Un approccio strutturale ai mercati*, en M.MAGATTI (ed.), *Azione economica come azione sociale*, Milano, Franco

Angeli, 1991, 213 ss. En un cuadro amplio en el cual mercado, Estado, comunidad y asociaciones vengan dadas como fuentes del orden social, W.STREECK, P.C.SCHMITTER, *Comunità, mercato, stato e associazione? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, en *Stato e Mercato*, 1985, n.26, 49 ss..

55 Sobre esto resta siempre válido, J.A.SCHUMPETER, *Capitalismo. Socialismo. Democrazia*, Milano, Comunità, 1964, 77 ss.; afirmador del papel de distribución creadora que caracteriza la empresa, aunque no necesariamente: en la práctica, prevalentemente el gran empuje hacia dimensiones mayores y concentraciones que son fuente de dinamismo, reduce, por un lado, la variedad entre empresa a distinto nivel de eficiencia y permite, por otro, la apertura hacia mercados cada vez más vastos, con el posterior resultado de asegurar la probable demolición de posiciones de monopolio y eventualmente detenidas por empresas nunca más adecuadas desde el punto de vista dimensional y tecnológico, R.PRODI, *Concorrenza dinamica e potere di mercato*, Milano, Franco Angeli, 1969, 74 ss.; en el mismo sentido AA.BERLE Jr., *The 20th century capitalist revolution*, New York: Harcourt, Brace, 1954, tr. it, *La rivoluzione capitalistica del XX secolo*, Milano, Il Mercurio, 1956, 130 ss.; J.K.GALBRAITH, *New Industrial State*, Boston, Houghton Mifflin, 1967, 22 ss., tr. it, *Il nuovo stato industriale*, Torino, Einaudi, 1968; C.D.EDWARDS, *The Changing Dimensions of Business Power*, en *Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für H.Kronstein*, Karlsruhe, Müller, 1967, 238 ss.; G.RUFFOLO, *La grande impresa nella società moderna*, Torino, Einaudi, 1967.

56 Aunque la jerarquía, la coordinación, la planificación están presentes en el sistema

El mercado es un cuño⁵⁷, un instrumento con fines de bienestar y de eficiencia, a su vez, fines de acción humana para contemplar con otros fines, y es a la vez instrumento de poder, pero también de adjudicación de poder y de contrapoder por parte del Estado, de colaboración y de competición; que se utiliza por el poder público en la dosificación entre Estado y sociedad. El Estado es, a la vez, señor y servidor del proceso económico⁵⁸. Deja un espacio mayor o menor al mercado, o bien ofrece más o menos mercado, o más o menos espacio a aquel tipo de mercado controlado o regulado, en función de valoraciones y relaciones de poder meritorias, a diversos niveles, en distintas áreas. De cuando en cuando, area por area, usará una técnica autoritaria de imposición de obligaciones y de prohibiciones, o bien una técnica de igual modo autoritaria, porque usa los mismos instrumentos que la ley y el acto administrativo, de incentivaciones y de promociones, de primas para regular el derecho recompensador, la otra cara del derecho y del Estado de nuestros tiempos⁵⁹, como Norberto Bobbio ha enseñado sistematizando una realidad confusa⁶⁰, o bien una técnica de no intervención, también ésta dispuesta mediante instrumentos de autoridad, dejando áreas en las que el individuo es libre para elegir sin encontrar prohibiciones ni gozar de incentivos porque al Estado le resulta conveniente valerse de intereses privados para lograr su finalidad⁶¹. Resulta

de mercado, donde aparecen como acción del Estado o como actividad de la empresa. O.E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis of Antitrust Implications*, cit.; ID., *The Modern Corporation: Origins, Evolution, Atributos*, cit..

(ed.), *Krise des Staates?*, Darmstadt, Luchterhand, 1975, 13 ss..

57 «El mercado único ha sido durante largo tiempo el objetivo ideológico hacia el cual todo estaba instrumentalmente predispuesto, mientras que en el nuevo sistema se ha convertido en una de las partes, de igual modo que otras, en la construcción del desarrollo económico. La tutela de la competencia, por su parte, ha perdido su centralismo ideológico y operativo a favor de su mayor coordinación sin posiciones de supremacía con otros intereses de la Comunidad», G.VILELLA, *L'Unione economica e monetaria come passaggio verso un governo dell'economia comunitaria*, en P.V.DASTOLI, G.VILELLA, *La nuova Europa. Dalla Comunità all'Europa*, Bologna, 1992, 153 ss., aquí 195.

59 Lo que, si queremos volver a los clásicos, ha sido objeto de atención particular por parte de los utilitaristas, particularmente en Helvétius, precursor de Beccaria, del cual recuerdo su papel en el pensamiento de los utilitaristas, predecesores del análisis económico del derecho; se recuerda también en MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), en *Oeuvres Complètes*, vol. II, Gallimard, 1951, 225 ss., II, 22, I, 243, III, 4, II, 30-1 y 189; sobre la breve anotación hecha de C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. XLIV, cfr. la edición preparada por A.Burgio, Milano, Feltrinelli, 1991, 192, con prefacio de Stefano Rodotà.

60 N.BOBPIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977.

58 B.GUGGENBERGER, *Herrschaftslegitimation und Staatskrise*, en M.Th.GREVEN

61 C.I.SCHULTZE, *The Public Use of Private Interest*, cit., sostiene que gran parte de la intervención del gobierno sigue una aproxi-

superfluo decir que este planteamiento es el del basamento estatal; el sujeto privado buscará rehacerse en aquellos que configurará como derechos inalienables de operador del mercado y, en las protestas contra el Estado, contrapondrá sus derechos y las leyes del mercado, más o menos confusamente al referirse a cualquier cosa a la que el Estado deba conformarse, porque tiene valor normativo superior al estatal⁶².

Podremos, en relación con ciertos aspectos desencantados, invertir el punto de vista, y decir que es el mercado —conjunto de estructuras y procesos económicos, un enorme conglomerado de mercados independientes⁶³— quien ofrece un espacio mayor o menor al Estado, y, en conclusión, reconocer que el mercado está dominado por fuerzas e intereses privados. Hay fuerzas que actúan sobre el mercado para transformarlo, dominarlo en el propio interés, tratando de utilizar el aparato del Estado y, al mismo tiempo, simbolizándolo como su contrapoder frente al Estado que tratan de conformar. Así como, por su parte, el aparato del Estado trata de dominar estas fuerzas económicas con sus medios, pero también con el uso del mercado, en cuanto se convierte en su instrumento, en la doble acepción de área parcialmente inmune con sus intervenciones para su determinación⁶⁴ y de área en la que se desarrollan sus intervenciones no autoritarias, efectuadas con las técnicas de cambio: recordemos lo que hace un banco central, instituto fundamental de nuestros tiempos, que alterna intervenciones autoritarias y operaciones de mercado.

El mercado es un conjunto que, precisamente en cuanto tal, por el carácter de economía mixta que es el presupuesto que permea en nuestro Estado (y en la Comunidad europea), no es ni enteramente privado, ni enteramente público, en el que la racionalidad del mercado continúa siendo encuadrada y perseguida mediante decisiones exógenas al mercado. Hay un palimpsesto subyacente a la economía mixta en el que los oligopolios estabilizados son una institución estructural, que es parte del paisaje institucional, en su forma vi-

mación ineficaz de estrecho control del comportamiento, mientras que sí podrían obtener mejoras sustanciales recurriendo en mayor medida a los procesos decisorios descentralizados y a los incentivos.

62 Algunas veces detrás de estas protestas existen presupuestos conceptualmente más refinados, como la referencia a la constitución económica material que (prosiguiendo en la sofisticación) tendría efectos normativos superiores a los de la constitución formal (lo que se niega de manera más radical) o bien a la *lex mercatoria* (o a aquella

su subespecie, que sería una suerte de *lex argentaria* cuando para invocarla están los bancos, sobre lo cual PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1992, 720, nt. 343, particularmente par. 1)

63 E.ROLL, *A History of Economic Thought*, cit.

64 Como siempre detrás de la realidad de elecciones normativas, hay una de presupuestos y de encuentros que lleva al Estado o impone al Estado determinadas opciones.

sible, y de la realidad de las estructuras, profundas cuanto puedan serlo la pluralidad de los partidos, la representación de los intereses, la articulación jerárquica de las normas, la proyección jurídica de la complejidad, todos estrechamente interconectados, también en cuanto afecta a la información y a la acción⁶⁵, como datos estructurales del cruce sociedad-Estado basados sobre la interpenetración recíproca, sobre el Estado que penetra en el mercado, sobre el mercado que penetra en el Estado, sobre el Estado que distribuye recursos y adjudicaciones para equilibrar o eliminar asimetrías no tolerables o deseconomías no tolerables, es decir los efectos no convenientes o dañosos para terceros, ventajosos para el sujeto que produce lo inútil para otros —terceros que no han participado en la decisión— en su favor (las palabras son de Giacomo Leopardi). Conocemos todos el egoísmo feroz que genera la contaminación o el rumor; sabemos que, en ocasiones debe localizarse un depurador, un descargo, un aparcamiento, cada uno quiere la utilidad, para que la inutilidad recaiga sobre los otros; y debe intervenir el Estado cuando los particulares no se pongan de acuerdo en el mercado. De modo que la intervención autoritaria, se convierte en indispensable. El principio de solidaridad, clave de nuestra construcción permite moverse para superar las asimetrías y las deseconomías, para que las estructuras de gobierno no sean débiles y fragmentadas, no logrando funcionar, porque entonces las opciones no se llevan a cabo.

2. Aquí por Estado entendemos conjuntamente poder público, organizado y operante como tal. Público quiere decir, según las veces, y en ocasiones conjuntamente, preestatal, estatal, subestatal, metaestatal, interestatal, transestatal, internacional, supranacional, comunitario (con referencia a la Comunidad europea)⁶⁶ y así sucesivamente. Al mercado internacionalizado, transcionalizado, se contraponen un poder que puede ser el de los Estados singulares, que puede estar vinculado y conformado por tratados, que puede ser el de las organizaciones internacionales más o menos amplias, que puede ser, para nosotros, el comunitario, con referencia al sistema Comunidad-Estados miembros, que tienen la connotación de Estados prefederados, destinados a una integración cada vez

65 Sobre el argumento, PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit., 498 ss., e *ivi* referencias bibliográficas.

66 Que podemos entender de forma genérica como poder público común, según la cauta

fórmula utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 14 de noviembre de 1978, causa 1/78; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 3^o ed., Paris, Milan, Barcelona, México, Masson, 1990, 305.

más estrecha, fundada sobre una homogeneidad de sistemas políticos-económicos-sociales, que es elemento fundamental de la europeidad.

De forma que la referencia a las relaciones entre Estado y mercado, cuando se refiere a los italianos, significa siempre, de por sí (esto es, sin necesidad de precisiones), referirse al mercado italiano, en cuanto mercado interno, y al Estado italiano, en cuanto actúa en el ámbito de la Comunidad Europea y en el cuadro conceptual de un Estado prefederal que ha obrado una transferencia de poder a la Comunidad, que es un ordenamiento nuevo y distinto, supraordenado y regido por una constitución rígida que prevalece sobre las constituciones y sobre los actos administrativos de los Estados singulares (salvo para los principios y los derechos fundamentales, según las reglas del derecho de relación entre la Comunidad Europea y los Estados singulares, carácter típico de un Estado federal⁶⁷). La Comunidad determina con los actos constitucionales o normativos de su ordenamiento, prevalente sobre el estatal, reglas de fondo y políticas económicas en un área caracterizada por la copresencia de normas comunitarias y de los Estados singulares. Estas, sin embargo, están subordinadas a las normas comunitarias. Por tanto, toda política del Estado sobre el mercado y sobre las intervenciones públicas, sobre el mercado y en el mercado, encuentra los límites del ordenamiento supraordenado, según el paradigma comunitario del mercado competencial y su modelo de economía mixta o de economía de mercado que coincide, en las estructuras esenciales, con el de nuestro ordenamiento.

La homogeneidad del Estado y de la Comunidad europea son evidentes. La economía social de mercado, tal como se ha consolidado ya en la opinión de los economistas, de los juristas, en la praxis y en el derecho alemán vivo, tal como resulta de las reformas de 1967⁶⁸, es en sus líneas esenciales, hoy en

67 Con esto no intento decir que la Unión europea hoy en día sea un Estado federal, sino que en la Unión hay un complejo de relaciones y de vínculos con los Estados miembros que coinciden con aquellos que un Estado federal tiene frente a los Estados miembros de la federación.

68 Me refiero a la introducción de la ley sobre la estabilidad y sobre el crecimiento de la economía y a la modificación del art. 109 de la Constitución alemana, mediante la ley constitucional de 8 de junio de 1967, sobre la que, en la literatura del momento, K. STERN, P. MÜNCH, *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirts-*

chaft vom Juni 1967, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, Kolhammer, 1967; A. MÖLLER, *Kommentar zum Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, Hannover, Verlag für Literatur und Zeitgeschehen, 1968; E. CELOTTI, *La legge per favorire la stabilità e la crescita della economia nella Repubblica federale tedesca*, en *Il diritto dell'economia*, 1968, 298 ss.; H. MEYER, *Das Finanzreform Gesetz, Wie man eine Verfassung nicht ändern sollte*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 1969, 261 ss.; B. TIEMAN, *Die neue Gemeinschafts Aufgaben (art. 91, a, b, GG) en Systeme des Grundgesetzes*, ivi, 1970, 161 ss.; PREDIERI, *Le società finanziarie regionali*.

día, el denominador común de los Estados de la Comunidad (pero no sólo de ella). No tengo que contemplar aquí si eso es todo uno con una versión de Estado social como *Welfare State*, resultado de conflictos que han cambiado las condiciones materiales, culturales, políticas, de existencia de las clases trabajadoras, que ha funcionado como potente motor de la innovación tecnológica, que ha dado vida a un pacto social duradero y productivo, bajo el que se han colocado los sistemas políticos de Occidente desde los inicios de los años setenta. Ni he de contemplar cuántas versiones o cuántos modelos de economía mixta o de economía social de mercado, como su especie, existen, qué dosis de privado y de público se utilizan, hasta qué punto el capitalismo anglosajón ha de diferenciarse del alemán o del renano⁶⁹ o japonés, con una organización distinta de los derechos de propiedad y de los factores de la producción que pueden dar frutos más establemente ajustados, resultados menos inestables desde una perspectiva de crecimiento tecnológico a largo plazo⁷⁰. Ni ver dónde pueda colocarse el nuestro que ha vivido al día, aún cuando fingía transformarse en un sistema inspirado en la programación, y que, por tanto, es profundamente distinto tanto del norteamericano como del japonés fuertemente estructurado por estrategias a largo plazo; y que, en verdad, es también dis-

Problemi giuridici, Milano, Giuffrè, 1972, 128. Para el ordenamiento español, se hace un reenvío explícito a la estabilidad en el art. 40 CE que se salda con el art. 38 de la Constitución que habla explícitamente de la economía de mercado que no excluye a los poderes públicos en el ámbito económico, los cuales, por ello, garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y eventualmente de la planificación; reenvío por todos a S.MARTIN RETORTILLO, *Derechos administrativo económico*, vol. I, Madrid, La Ley, 1988, 84 ss. y 117 ss.; sobre la unidad de mercado, F.GARRIDO FALLA, *Constitución, modelo económico y nacionalizaciones*, en *Rev. de derecho bancario y bursátil*, 1983, 9 ss.; sobre este tema V.SANTOS, *Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, en M.RAMÍREZ, *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1982, 359 ss.; F.SAINZ MORENO, *El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional*, en S.MARTIN RETORTILLO, A.BALLESTEROS, J.BARRERA TEIJEIRO, A.CASTELLES, A.JIME-

NEZ BLANCO, L.MORELL OCAÑA, F.SAINZ MORENO, *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1989, 231 ss., aquí 246; J.L.FONT GALAN, *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en *Rev.der.merc.*, 1979, n.152, 229 ss.; L.M.CAZORLA PRIETO, Artículo 38, en F.GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, 466 ss.; A.MENENDEZ, *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Madrid, UAM, 1982; M.BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1985, 138 ss..

⁶⁹ Para usar el término acuñado y puesto de moda por M.ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme*, Paris, Seuil, 1991.

⁷⁰ L.THURROW, *Head to Head: the Coming Economic Battle among Japan, Europe and America*, New York, Lester C.Thurrow, 1992, tr. it., *Testa a testa. Usa, Europa, Giappone. La battaglia per la supremazia economica nel mondo*, Milano, Mondadori, 1992.

tinto, hasta hoy, de aquel hacia el cual deberíamos movernos dentro de un paradigma europeo que ofrece un fuerte espacio a la competencia, reconoce ayudas políticas instrumentales para la reestructuración y para el desarrollo, pero niega una asistencia que, por el contrario, a menudo, hemos practicado nosotros. La reestructuración industrial tras la crisis de los años setenta gestada por el mercado en los Estados Unidos y por el MITI en Japón, en Europa se ha producido con las intervenciones financieras y gestoras nacionales⁷¹, que ha llevado a los sistemas económicos de los países singulares a cerrarse en gran medida, disminuyendo el comercio con el exterior, también en el interior del área misma de la Comunidad europea⁷², poniendo así las bases de una carencia dimensional para los sectores industriales caracterizados por mayores economías de escala⁷³. Mientras en los Estados Unidos⁷⁴ ha sido, sobre todo, obra de las fuerzas que actúan en el mercado y en Japón obra del MITI⁷⁵, Centro

71 G.FORNENGO, *Obiettivi e strumenti delle politiche di ristrutturazione industriale in Europa: il caso francese*, en L.PENNACCHI (ed.), *L'industria italiana: Trasformazioni strutturali e possibilità di governo politico*, Milano, Franco Angeli, 1981, 61 ss.; P.GEROSKI, A.JACQUEMIN, *Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy*, en *Economic Policy*, 1985, 169 ss.; S.S.COHEN, S.HALIMI, J.ZYSMAN, *Institutions, Politics and Industrial Policy in France*, en C.E.BARTFIELD, W.A.SCHAMBRA (eds.), *The Politics of Industrial Policy*, Washington, American Enterprise Institute, 1986; J.ZYSMAN, *Governments, Markets and Growth*, Oxford, Oxford University Press, 1983; C.LANE, *Industrial Reorganization in Europe: Patterns of Convergence and Divergence in Germany, France and Britain*, Cambridge, Small Business Research Centre, Working Papers n.11, 1991.

72 R.MALAMN, P.RANCI (ed.), *Le politiche industriali della Cee*, Bologna, 1988.

73 R.GHEDINI, *La ristrutturazione dei sistemi industriali. Il nuovo scenario strategico di concorrenza globale*, Milano, Egea, 1991, 5, y aumentando la necesidad de que las reestructuraciones, para superar la crisis dimensional de los sectores con mayores economías de escala (piénsese en el caso de la siderurgia), pueden encontrar, precisamente en la integración del mercado euro-

peo, el momento de arreglo del mecanismo de redistribución de la oferta necesario para resolverlos, mientras que el mercado interno europeo es el más grande mercado de las tres áreas económicas principales del globo, superior a aquél del área norteamericana (USA y Canadá que cuentan conjuntamente con una población de cerca de 270 millones de habitantes) y al japonés (cerca de 120 millones de habitantes).

74 La tendencia norteamericana a contemplar el mercado y no el Estado (o el gobierno) como soberano está desde hace tiempo, desde la época del *new deal*, en conflicto con la de signo opuesto, según la cual la política no es más que un trámite de las decisiones de los negocios, pero no existe «paridad» alguna entre estos dos ámbitos: por tanto, es completamente legítimo para uno imponer al otro obligaciones quizá desagradables, A.BESUSSI, *La società migliore. Principi e politiche del new deal*, Milano, Il Saggiatore, 1992, 119.

75 C.JOHNSON, *The Institutional Foundations of Japanese Industrial Policy*, en C.E.BARTFIELD, W.A.SCHAMBRA (eds.), *The Politics of Industrial Policy*, cit.; ID., *Miti and Japanese miracle. The Growth of Industrial Policy 1925-1975*, Stanford, Stanford University Press, 1982; T.HOSIMI, A.OKUMURA, *Japanese Industrial Policy*, en J.PINDER (ed.), *National Industrial Strategies and the World Economy*, London, Croom Helm, 1982, 123 ss..

de la programación industrial del país⁷⁶, donde se han tomado las decisiones sobre las prioridades industriales que han señalado la etapas fundamentales del excepcional éxito económico japonés: la electrónica de consumo en los años 60, el motor y el automóvil en los años 70 y, finalmente, los productos industriales para alta tecnología en los años 80, siguiendo un sendero dentro del desarrollo competitivo programado por el Japón netamente delineado por la adquisición de una simple competitividad de costo, hacia una más difícil competitividad de costo/calidad/innovación⁷⁷. De tal modo Japón aparece como portador de su propio modelo no sólo de sistema empresarial o tecnológico o financiero⁷⁸, sino también socioeconómico en el sentido más amplio⁷⁹, y como

76 Revela P.KENNEDY, *The Rise and Fall of the Great Powers*, Random House, 1987, tr. it., *Accesa de declino dei grandi poteri*, Milano, Garzanti, 1993, 628, que si el papel del ministerio como una suerte de equivalente económico del estado mayor prusiano puede ser una exageración de los extranjeros, no hay duda de que las directivas generales que da al desarrollo económico japonés organizando la investigación, financiando las industrias en crecimiento y llevando a cabo una dulce «eutanasia» frente a aquellas en declive, hasta ahora han funcionado mejor que la descoordinada política liberal de los Estados Unidos. El papel del Ministerio es una de las fuerzas fundamentales del modelo japonés, junto con el enorme y creciente cuantitativo de fondos destinados a la investigación y al desarrollo en Japón, la tercera es el altísimo nivel de ahorro nacional japonés, que resulta particularmente evidente si lo confrontamos con el de los Estados Unidos. Esto se explica en parte por las diferencias en el sistema fiscal, que en los Estados Unidos por tradición ha alentado los préstamos y el consumo, mientras que en Japón ha favorecido el ahorro; la cuarta es la disponibilidad de un mercado interno en todos los campos excepto en el de los productos especializados y de prestigio de los que no gozan ni la mayor parte de las empresas americanas ni casi todas las europeas; la quinta es la calidad verdaderamente elevada de la fuerza de trabajo japonesa -por lo menos de acuerdo con las medidas de los distintos tests de actitudes matemáticas y científicos- que no sólo está inserto en un sistema público de educación altamente com-

petitivo sino que también es convenientemente alentado por las empresas mismas.

77 R.GHEDINI, *La ristrutturazione dei sistemi industriali*, cit., 5.

78 El Japón se ha convertido en el mayor acreedor del mundo mientras que Estados Unidos se ha convertido en deudor y no en acreedor. El Japón ha sumado el carácter de potencia industrial («en calculadoras, en robótica, en telecomunicaciones, en automóviles, en autocares y en barcos, y quizá también en la biotecnología y en la industria aeroespacial, el Japón será la primera o la segunda nación», escribe P.KENNEDY, *Ascesa e declino delle grandi potenze*, cit., 633) y de potencia financiera con un bajo gasto público (también porque gasta poco en defensa).

79 Escribe P.F.DRUCKER, *Managing for the future*, New York, Dutton, 1992, tr. it., *Gestire il futuro*, Milano, Sperling & Kupfer, 1993, 57, que el Japón no ha tenido una política económica, ha mantenido una política social. No distintamente D.HALBERSTAM, *Can We Rise to the Japanese Challenge?*, en *Parade*, 9 de octubre de 1983, 4 ss.; T.H.WHITE, *The Danger from Japan*, en *New York Times Magazine*, 28 de julio de 1985. Halberstam sostiene que se trata de una competición que para los Estados Unidos es más dura e intensa que la política militar que ha habido con la Unión Soviética. Hay, por el contrario, quien habla de modelo germano-japonés, R.DORE, *Competition in Japanese Capitalism*, en CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *I valori della concorrenza*, cit., 78 ss..

autor de una lección que otros podrán seguir⁸⁰; aunque recordando cómo, aun cuando sea cierto que hacer trasplantes de experiencia a sociedades distintas es siempre una operación difícil, más que nunca lo es si pensamos en una sociedad compleja y de difícil comprensión como es la japonesa⁸¹.

El denominador común de la economía mixta actúa como forma del ordenamiento metaestatal fundado sobre los actos singulares, caracterizados por una forma común de Estado, entendida como relación con la base socioeconómica⁸². Nuestras sociedades se rigen por una economía social de mercado,

80 K. Wanatabe, Embajador japonés en Italia, decía que «este modelo se caracteriza por un trabajo duro, por el celo, por un cierto énfasis sobre la instrucción, por altos niveles de ahorro, por la aplicación de la investigación y del desarrollo, por una perspectiva a largo plazo acerca de las decisiones concernientes a los negocios y por un significativo papel del gobierno en la política industrial», añadiendo que «el capitalismo ha resultado mejor que el socialismo como modelo aplicable, pero el modelo «ideal» de capitalismo aún está siendo buscado por todos. Nuestros colegas rusos miran a Japón para aprender nuestro modelo económico; por ejemplo, quieren comprender cómo hemos hecho para transformar una economía de guerra en una economía de paz y cómo, al inicio de los años 80, hemos conseguido finalmente desarrollar un proceso de privatización. Mantenemos haber tenido éxito y es por este motivo por el que nuestros colegas rusos y del Este europeo tienen algo que aprender de nosotros», CENTRO NAZIONALE RICERCHE SULLE STRUTTURE AMBIENTALI «PIO MANZU», *La Memoria dei Principi. Da Camelot a Meetropolis: itinerario nelle mutazioni geo-politiche dei poteri nazionali*, XVII ed. delle Giornate internazionali di studio, Università degli Studi di Bologna, octubre 1992, publicado en *Strutture ambientali*, 1992, n. 102, 1447. En el mismo convenio A. Toffler decía que los japoneses en general afirman que la causa de éxito japonés consiste en la homogeneidad de su sociedad. Si es exacta la tesis que Toffler formuló, que nos estamos procurando para sociedades heterogéneas, entonces el Japón podrá perder parte de su homogeneidad, mientras que comenzará a delinarse la pregunta sobre cómo afrontará el paso de la homogeneidad a la heterogeneidad.

81 El temo del modelo económico japonés es profundamente difícil: suscita juicios muy distintos, que van de la exaltación entusiasta a la denuncia de escenarios orwellianos de control total, con un contraste cuyas causas hay que buscar fundamentalmente en la intrínseca ambigüedad de un modelo que exige lo mejor de la inteligencia humana pero también una rendición voluntaria potencialmente ilimitada, G. BONAZZI, *Il tubo di cristallo. Modello giapponese e Fabbrica Integrata alla Fiat Uno*, Bologna, 1993, 8. Muchas de las categorías enfatizadas por los estudios sobre el mercado capitalista, a menudo demasiado abstractas y formalizadas y que olvidan lo que escribía J. HUIZINGA, *L'autunno del Medio Evo*, Firenze, Sansoni, 1989: «la historia de la civilización debe ocuparse también de los sueños de belleza y de la ilusión novelesca, y no sólo de las cifras sobre la población y sobre los impuestos», es decir de los hechos demográficos y económicos, no pueden ser aplicados frente a la compleja realidad de un país de historia y de instituciones socioeconómicas profundamente distintas, hoy caracterizado por una concentración de densidad geográfica, económica, tecnológica, como revela R. TAMAMES, *Un nuevo orden mundial*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, tr. it., *Un nuovo ordine mondiale*, Padova, Muzzio, 1992, recordando una densidad de población de 330 habitantes por kilómetro cuadrado, con un P.I.L. cercano al 45% del de los Estados Unidos.

82 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, 23; ID., *Costituzione [dottrine generali e costituzione della Repubblica italiana]*, en *Enc.dir.*, vol XI, Milano, Giuffrè, 1962, 139 ss., aquí 229; en este sentido G. AMATO, *Forme di Stato e*

o por un neoliberalismo⁸³, o por una economía mixta⁸⁴, que permea la constitución, el derecho público de la economía, el derecho administrativo y así sucesivamente⁸⁵, que constituye hoy una connotación ineliminable del sistema sociopolítico de nuestro mundo, con crisis o sin crisis. Un mercado regulado,

forme di governo, en G.AMATO, A.BARBERA (eds.), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 37 ss.; F.LANCHESTER, *Stato (forme di)*, en *Enc.dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 796 ss..

83 Para esta locución, por otra parte con referencia a la realidad no estatal sino internacional, A.COMBA, *Il neoliberalismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale*, Milano, Giuffrè, 1987.

84 Puesto que quiere (todavía) significar algo; no es un *tertium genus* entre una economía colectivista o de mando (en la experiencia histórica del siglo XX) y una economía capitalista liberal, que en la experiencia histórica no existe; sustancialmente sigo a M.S.GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 3ª ed., Bologna, 1989, 127, nt.1.

Un economista inglés, R.DORE, en un bello libro, *Taking Japan Seriously. A Confucian Perspective on Leading Economic Issues*, London, The Athlone Press, 1987, tr. it., *Bisogna prendere il Giappone sul serio. Saggio sulla varietà dei capitalismi*, Bologna, 1990, escribe que «después de casi un decenio de privatizaciones, de políticas económicas monetarias, y de regulaciones de los mercados, privatizaciones, de políticas económicas monetaristas, y de desregulaciones de los mercados, la expresión «economía mixta» casi ha desaparecido de cualquier discurso político en cualquier sociedad. Su utilidad era únicamente indicar un reconocimiento de la posibilidad de recorrer una vía intermedia entre el libre mercado y la economía completamente planificada. Indicaba, por otra parte, un reconocimiento del hecho de que la gente trabaja por una pluralidad de motivos, que la persecución del propio interés particular puede, y en una sociedad digna de este nombre se mezcla con otro género de ambiciones, desarrollar bien el propio trabajo, dar la propia contribución a la sociedad, compartir con los otros las fatigas y las recompensas de la actividad pro-

ductiva, suscitar en los otros la sonrisa más que ceño fruncido». También para los seguidores de la señora Margaret Thatcher, ex primera ministra británica (entre los que encontramos a R.Dore) el término *demodé*, podemos seguir usándolo, aún es preferible, en muchos casos, hablar de economía social de mercado, para indicar un sistema económico en cuyas opciones de operadores privados y de poderes públicos coexisten y operan de forma continua y normal (es decir no esencial) por cantidad y calidad; en otras palabras el Estado en este sistema no interviene de modo episódico y eventual sino que actúa de modo constante en los procesos económicos en los cuales su acción es esencial. La realidad resulta muy clara; R.DAHERENDORF, *Essays in the Theory of Society*, Stanford, Stanford University Press, 1968, 215 ss.; F.GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, cit.; A.SCHONFIELD, *Il Capitalismo moderno*, Milano Etas Kompass, 1969; M.KIDRON, *Il capitalismo occidentale del dopoguerra*, Bari, Laterza, 1969; P.BRACKET, *L'état-patron, theories et réalités*, Paris, Seuil, 1974; P.K.CROSSER, *State Capitalism in the Economy of the United States*, New York, Bookman Associates, 1960; W.G.SHEPHERD, *The treatment of Market Power*, New York, Columbia University press, 1975; L.D.MUSOLF, *Government and the Economy*, Chicago, Scott Foresman, 1965. En cualquier caso, resulta obvio que aquella etiqueta es poco relevante, como lo es cualquier otra. Una economía mixta, según el HAUT CONSEIL DU SECTEUR PUBLIC, *Le secteur public concurrentiel en 1987-1988, Rapport 1988*, Paris, La Documentation Française, 1990, 201 ss., se caracteriza siempre por una policía económica, un intervencionismo económico, una programación, la existencia de un sector público, la búsqueda del progreso social.

85 R.STOBER, *Zur wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1988, 497 ss..

una economía social de mercado y no de autoridad, una intervención del poder público reguladora pero también distribuidora y promotora, constituyen la base de nuestra constitución económica, así como de la de la Comunidad europea (y de los otros Estados miembros). Hay que recordar una afirmación de gran peso (osaría decir que de significado temporal) de la Corte Constitucional a propósito del precio de mercado, conforme la cual «se forma a través del juego natural de las fuerzas económicas y de la legítima intervención de las autoridades públicas»⁸⁶. Así como hay que recordar como fundamental la distinción, que algunas veces se asume también por las constituciones más recientes, como la española, en otras por otros textos normativos, entre economías de mercado y las otras de autoridad⁸⁷.

La Comunidad es una unión de Estados de economía mixta, social de mercado; es ella misma un ordenamiento basado sobre la propia economía⁸⁸ que reconoce como esenciales la tutela del mercado, para que esté regulado, pero también derogaciones (o si se prefiere distorsiones), con todo el instrumental de intervenciones, de políticas, de ayudas, de fondos. Su estructura y sus funciones se basan en la previsión de acciones coordinadas por el poder público para conseguir fines que de otro modo no se conseguirían, o no lo harían en breve tiempo. Tratamientos jurídicos y económicos diferenciados y planificados, programas, auxilios, subvenciones, ayudas resultan aceptables, legítimos, debidos a la Comunidad si y en cuanto los usa y los determina teniendo en cuenta sus fines primarios y secundarios, sus valores, sus parámetros, que

86 La disyunción, se dice, se convierte en configuración, Tribunal Constitucional, 20 de mayo de 1976, n.123, en *Giur.cost.*, 1976, I, 891 ss..

87 Se encuentra esta distinción en numerosos textos legislativos, del art. 38 de la Constitución española a la regulación europea, por ejemplo art. 2 B, 5º párrafo, del Reglamento CEE, 2176/84 del Consejo, de 23 de julio de 1984, relativo a la defensa contra las importaciones objeto de *dumping* o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea. No siempre resulta clara la distinción. Por ejemplo, los Reglamentos CEE 2800/86 de la Comisión de 9 de septiembre de 1986, que instituye un impuesto *antidumping* definitivo sobre la importación de algunos tipos de congeladores originarios de la Unión soviética, en GUCE L 8/1/1987, 1 ss., consideraban

Yugoslavia como país de economía de mercado: lo que -en aquel tiempo- parecía más dictado por consideraciones políticas que querían introducir una derogación en la aplicación de la normativa comunitaria sobre el *dumping*, que de un examen realista.

88 J.DUTHEIL de la ROCHERE, *Introduction*, en J.DUTHEIL de la ROCHERE, J.VANDAMME (eds.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, 9 ss., con la colaboración de J.MERTENS de WILMARS, J.PINDER, M.WAELBROEK, M.GUERIN, E.GRABITS, J.L.CADIEUS, A.HANNEQUART, P.VAN GEHUCHTEN, A.PAPPALARDO, L.DUBOIS, J.MERTENS de WILMARS, *Réflexions sur l'ordre juridico-economique de la Communauté Européenne*, *ivi*, 15 ss.; J.PINDER, *Quelques questions au sujet de l'ordre économique communautaire*, *ivi*, 37 ss..

la Comunidad quiere en los casos y en los modos previstos y que por ello son legítimos, así como son legítimas las regulaciones y las intervenciones del Estado, si resultan acordes con la normativa comunitaria.

La máquina de la intervención en las estructuras portadoras es conceptualmente la misma. Pero la transferencia de soberanía atribuye a la Comunidad y no a los Estados la decisión sobre la intolerancia de situaciones. Las finalidades no se determinan por los Estados singulares, sino por la Comunidad; así como a causa de las políticas y de los objetivos, cambia el parámetro para valorar un comportamiento, cambian quienes adoptan las decisiones, aunque permanecen los instrumentos operativos y conceptuales, un modo de actuar, una cultura. Actos plenamente legítimos y meritorios como lograr ayudas para las empresas, en una política que contribuya a cambiar situaciones juzgadas intolerables, están prohibidos y se consideran ilegítimos si el parámetro comunitario prevalente es distinto de aquél de los Estados individuales. Las ósmosis entre Estado y mercado, entre Estado y sociedad, esenciales para el Estado de nuestros días, su razón de vida, y los ajustes se sitúan en el nivel de los Estados miembros, pero de forma subordinada a las normas comunitarias, o bien se aplican solo al plano comunitario. La libertad de elección, fundamental en el gobierno de la economía y en la tutela del mercado, se reduce para los Estados miembros a causa de la armazón del ordenamiento comunitario, que prohíbe o condiciona o limita acciones que de otro modo habrían sido libres⁸⁹, con una posición del centro de competencias a un nivel superior y por ello condicionante; todo sigue, pero todo se desplaza. El modelo comunitario de economía social de mercado, añadido inmediatamente, no coincide del todo con el que Italia ha seguido hasta hoy⁹⁰, y que se ha modificado debido a tensiones y residuos, todos más fuertes por la yuxtaposición de la crisis del sistema político, de la coyuntura económica negativa, del desorden de las finanzas públicas, de las exigencias de respeto de las normas del ordenamiento comunitario.

89 Las ósmosis se actúan así mismo a nivel comunitario en las relaciones entre Comunidad y Estados, con una complejidad de problemas y necesidad de soluciones pragmáticas que rechazan aproximaciones jurídicas demasiado sistemáticas y tratan de resolver cuestiones singulares en el cuadro de los principios generales, M. GUERIN, *Mesures trouvant leur origine dans une action des opérateurs privés*, en J. DUTHEIL de la

ROCHERE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, cit., 59 ss., aquí 71.

90 Y que habrá una evolución con el Tratado de Maastricht el cual supone una nueva norma fundamental, condicionante de las políticas económicas de la Comunidad y de los Estados, esto es, la estabilidad monetaria.

El punto fundamental, sin embargo, es que debemos recordar todos los días que resulta oportuno evitar seguir razonando en términos de Estado soberano que, como tal, puede ejercer unos poderes de dirección y control sobre los procesos económicos, cuando ya no somos Estado soberano, precisamente a causa de estos procesos, porque somos un Estado prefederativo, y cuando las fuerzas económicas transnacionales imponentes no están sujetas, de hecho, al control de un Estado que con respecto a ellos ha conservado los límites de la soberanía, por lo que no puede explicar sus funciones más allá de su territorio, habiendo perdido una amplísima parte de los poderes.

3. RESULTARÍA obvio repetir que cuando hablamos de mercado, y de competencia como cualificadores del mercado, o de Estado y de sus interrelaciones, sabemos que nos encontramos frente a estipulaciones definitorias, arbitrarias, no precisas y contingentes. También porque, como se verá a continuación, la antítesis no puede tomarse en consideración si no con distinciones y, conjuntamente, constataciones sobre el olismo de los dos polos. En cualquier caso, el Estado de nuestros días, nuestro Estado, no es sólo la organización necesaria, que, con el monopolio de su fuerza, se sitúa como garante de un ordenamiento jurídico sin el cual no puede haber mercado o contrato, que interviene sólo para asegurar el respeto a las reglas del juego que el mercado, o la sociedad o los grupos sociales, fijan en vía autónoma en el ámbito mínimo de los derechos de propiedad, del contrato y de la responsabilidad civil, sin los cuales no puede existir mercado⁹¹. En una época en la que Estado y sociedad y Estado y economía se caracterizan por una compenetración continua, difusa, recíproca⁹², es el Estado el que determina, o concurre a determinar, aquellas reglas de su interés, conformando el comportamiento del operador⁹³; esto es, en el interés del poder político, para intereses que considera e impone como generales. Es el Estado quien actúa como regulador, como encargado, como operador, como

⁹¹ H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, en *Am. Econ. Rev.*, 1967, 347 ss..

⁹² De modo que hablar de constitución económica o también de constitución monetaria, como a menudo hacen los economistas, y de constitución económica material, deja muy perplejos: en los primeros dos casos, si puede tratarse del título de un estudio o de un examen interpretativo de algunas disposiciones, la síntesis puede ser aceptable; no lo es, sin embargo, el contraponer a una constitución política la económica, como la

material económica a la formal política o formal económica o material económica. No insisto sobre las aporías de la noción de constitución material en la fórmula científica que debemos sobre todo a Mortati; aún menos sobre la inaceptabilidad de una constitución material distinta y yuxtapuesta por su eficacia y por la regularidad de sus violaciones a la constitución formal.

⁹³ A. T. KRONMAN, R. A. POSNER, *The Economics of Contract law*, Boston-Toronto, Little Brown & Co., 1979, 4.

promotor directo o indirecto⁹⁴, como catalizador de procesos económicos. Este papel⁹⁵ no comporta, como no lo comportan los otros, mitificaciones o sacralidad del Estado, la consolidada pérdida de sacralidad deriva del pluralismo político y cultural, que se sitúa a sus espaldas⁹⁶. El Estado se considera de manera realista, desencantado⁹⁷; el derecho es un lenguaje legitimante que se desmitifica⁹⁸, en su globalidad y a menudo en sus simples fórmulas⁹⁹, llegando

94 Sobre el papel de promotor directo e indirecto ejercido por el Estado desde fechas antiguas, F.PERROUX, *La pensée économique de Joseph Schumpeter. Les dynamiques du capitalisme*, Genève, Droz, 1965, 216: «en el nacimiento de toda forma comercial, financiera o industrial en todos los países, el Estado ha ejercido una influencia considerable, específica. Las expediciones lejanas del gran comercio naciente están favorecidas por la piratería, las operaciones bélicas y del intercambio comercial (...), la formación de la gran fortuna mobiliaria está vinculada al ejercicio del poder y al origen de las grandes fortunas financieras y de las potencias bancarias», citado por G.GEMELLI, *Fernand Braudel e l'Europa universale*, cit, 72. Es siempre F.PERROUX, *Peregrinations of an Economist and the Choice of his Routes*, en *Banca Nazionale del Lavoro Quarterly Review*, 1980, 156 ss., que pone de relieve el pensamiento de Augustin Cournot que con su agudeza «veía en la acción económica un componente de libre elección y una derivada, sin embargo, de relaciones de poder, nos suministraba al mismo tiempo una imagen de las relaciones entre partes que se «compenetran» e interactúan entre ellas (...) de forma muy distinta a los distintos mecanismos de la competencia perfecta (...). Cada parte, cada subconjunto estructurado, posee una dimensión y recibe un puesto en un sistema de relaciones, constituyendo un centro de acciones y de retroacciones».

95 En ocasiones es un papel asignado por la constitución, por ejemplo art. 9, par. 1º, 44, par. 1º, 45, par. 1º, 47, par. 1º, Const. it..

96 Destaca cuanto menos a Max Weber la perspectiva por la que los aparatos productores de políticas se ven no en los aspectos jurídico-formales, sino en aquellos decisivos; M.NIGRO, *Il ruolo dei giuristi nello Stato liberale*, en *Scritti in onore di Massi-*

mo Severo Giannini, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, 325 ss., aquí 332 nt.13. La desmitificación, como es evidente, va más allá de las críticas de los textos que mantienen la máscara del misterio con una jerga para iniciados (no hablamos de los tiempos en los que el latín forense inglés con sus «jeroglíficos» lo llamaba J.BENTHAM, *A Fragment on Government*, edición de J.H.Burns, H.L.A.HART, Oxford, Basil Blackwell, 1977, tr. it, *Un frammento sul governo*, Milano, Giuffrè, 1990, 61, suscitaba las censuras de W.BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1763-1769, III, 322.

97 A.BOYER, *Parole magique et modernité*, en *Hermès*, 1991, 287 ss., subraya que la sociedad moderna, como sociedad abierta, no considera lo social como mágico y las instituciones como regularidades naturales, sino como reglas discutibles.

98 D.GAXIE, *Jeux croisés: droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République*, en D.LOCHAK (ed.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 209 ss..

99 Me refiero al uso distorsionado por ambigüedad querida o por engaño, como sucede en el caso de ocupación de las palabras. Recuerdo el uso de «democracia popular», en la cual el descubrimiento de la tautología era un encuentro hábil que hacía más apetecible la democracia adjetivada y por la que los adversarios estaban impelidos, forzados a admitir que su democracia no era popular, G.SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, cuyo pensamiento ha sido oportunamente subrayado por G.BURDEAU, *Traité de Science Politique*, 2º ed., t.X, Paris, Pichon et Duran Auzias, 1977, 159, nt. 103.

hasta la destrucción que debe sacar a la luz como el derecho es una construcción social¹⁰⁰. Lo ha enseñado Max Weber, lo hacen algunos economistas¹⁰¹, o los autores de la escuela de análisis económico del derecho, como aquellos de la escuela de *Policy Analysis* y de aquella, distinta pero que llega a resultados coincidentes¹⁰², de *Public Choice* sin que por esto deba discutirse¹⁰³, o incluso negarse hasta las drásticas afirmaciones según las cuales el Estado no tiene capacidad ordenante, sino que es un aparato sirviente, un ejecutor subordinado, privado de un propio orden de preferencias, una suerte de espacio jurídico aparejado, operante como una cámara de registro o de compensación de la lucha electoral y entre los intereses prepolíticos organizados, una suerte de caja negra cuyas decisiones de *policy* son el resultado de un paralelogramo de fuerzas sociales en equilibrio y cuyos *output* equivalen a los recibos de una caja registradora¹⁰⁴.

Sabemos que el Estado se mueve, sobre todo, para lograr sus fines de ejercicio de poder y para mantener un equilibrio dinámico de contención y de superación de las asimetrías intolerables, esto es de estabilidad sustancial, con cambios que no produzcan rupturas¹⁰⁵ a todos los niveles, en las grandes estrategias que les imponen intervenir, cuando las tensiones minan la misma solidaridad y la misma convivencia (como en la crisis de 1929) en las estrategias de cambio político (como en el *trend* de las privatizaciones), pero también en los casos de nivel inferior. El equilibrio del que hablo es el de la demanda y la

100 B.FRANÇOIS, *Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politiste*, en *Rev.Franç.dr.const.*, 1990, n.1, 49 ss..

101 L. Von MISES, *The Ultimate Foundation of Economic Science*, Kansas City, Sheed Andrews & MacMeel, 1978, 101: «el gobierno es indispensable porque los hombres no están privados de defectos. Sin embargo, aun si sobre él recae la tarea de afrontar algunos aspectos de la imperfección humana, el gobierno nunca puede ser perfecto».

102 Tanto por el poder formular tesis de conciliación y de sinergia entre los dos métodos, G.REGONINI, *Public choice: una teoria per l'analisi delle politiche*, en *Stato e mercato*, 1984, n.11, 299 ss., que no excluye la posibilidad de sinergias con la *policy analysis*.

103 K.Von BEYME, *Die vergleichende Politikwissenschaft und der Paradigmenwechsel in*

der politischen Theorie, en *Politische Vierteljahresschrift*, 1990, 457 ss..

104 S.BELLIGNI, *Paradigmi del politico, Appunti in margine alla «nobile scienza»*, Torino, Giappichelli, 1991, 54, citado por M.DOGLIANI, *Indirizzo politico*, en *Dig.disc.pubbl.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1993, 244 ss., aquí 254; no puede estarse mínimamente de acuerdo, ni sobre la macroantropización del Estado según la figura del estado-persona extendida a todas las funciones y papeles, ni sobre la reconstrucción en un cuadro de automatismo que no tiene comparación con la realidad que el *policy analysis*, al cual indirectamente se hace una llamada, bien conoce.

105 H.ECKSTEIN, *Regarding Politics:Essays on Political Theory, Stability, and Change*, Berkeley, University of California Press, 1992.

oferta de bienes políticos¹⁰⁶, no sólo políticos en el sentido más restringido, esto es de bienes político sociales, sino también económicos; sin que por esto el Estado deba de tener, no diré el monopolio, sino ni siquiera un papel preponderante para determinar el equilibrio económico¹⁰⁷. Las asimetrías son las de poder, de información, de rédito, de riqueza, que se reducen a veces por el Estado, en una ósmosis particular como forma de cambio continua entre Estado y mercado, entre Estado y economía, entre Estado y sociedad con continuos trasvases, continuos movimientos, continuos procesos, que, en parte, se formalizan en procedimientos, continuas correcciones al fracaso o a las carencias del mercado y del Estado. El movimiento debe asegurar la estabilidad acordada como un punto de partida y adquisición irrenunciable en cuanto puede incidir sobre su misma convivencia, pero debe permitir mejoras, en particular reparando los fallos del mercado, movilizándolo el área pública, y la que pasa del área pública a la privada. De cualquier ángulo visual que se mire, reaparece la amalgama de Estado y mercado, inescindible; podríamos repetir, con M. Yourcenar, que se trata de *émanations infiniment égales d'une même force: leurs contradictions n'étaient qu'un de leurs accords*¹⁰⁸.

4. EL mercado como lugar de intercambio económico está, por tanto, regulado por el Estado. El cual, a su vez, es lugar de intercambio político, de mercado político, de un proceso de negociaciones continuas. Todo es mercado, mercado electoral concebido como un consenso político competencial¹⁰⁹ de electores llevados de su personal ventaja de maximizar el propio bienestar¹¹⁰,

106 C.B.McPHERSON, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

107 No es esta la sede, ni yo tendría la competencia, para discutir la noción de equilibrio económico.

108 M.YOURCENAR, *Mémoires d'Adrien*, en *Oeuvres romanesques*, Paris, Gallimard, 1982, 415 ss..

109 Sobre la democracia competencial sobre la estela de J.A. Schumpeter, H.R.LIPP-HARDT, *Die Gleichheit der politischen Parteien von der öffentlichen Gewalt*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1975, 77, ss; H.P.SCHNEIDER, *Die parlamentarische*

Opposition im Verfassungsrecht der BRD, vol. I, Frankfurt am Main, Klostermann, 1974, 171 ss.; H.KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart-Köln-Mainz, Kolhammer, 1966, 454 ss.; K.STROM, *Democracy as political competition*, en *American Behavioral Scientist*, 1992, 375 ss.; M.FERRARA, *Schumpeter e il dibattito sulla teoria «competitiva» della democrazia*, en *Riv.it.sc.pol.*, 1984, n.3, 413 ss..

110 Deberíamos retroceder a M.J.A.CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, publicado en *Corpus des oeuvres de philosophie en langue française*, 1785, con el título *Sur les élections et autres textes*, Paris, Fayard, 1986, 7 ss.; ID., *Pro-*

que está en la base de la democracia competencial¹¹¹; mercado de los gastos públicos¹¹², mercado de las regulaciones de mercado, mercado político y so-

habilité des jugements rendus à la pluralité des voix, 1785 (sobre Condorcet, S.MERRILL, N.TIDEMAN, *The relative efficiency of approval and Condorcet voting procedures*, en *Rationality and Society*, 1991, 65 ss.; E. y R. BADINTER, *Condorcet (1743-1794). Un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988; sobre el tema, 190 ss.), que había identificado la denominada paradoja de la mayoría (cuyos desarrollos han llevado al teorema de imposibilidad de K.J.ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York, Wiley, 1951, tr.it., *Scelte sociali e valori individuali*, Milano, Etas Libri, 1977, en particular, sobre la imposibilidad de agregar en una «razonable» función del bienestar social las preferencias individuales, y a J.S.MILL, *Considerations on representative government*, London, Parker & Bourn, 1861, tr.it., *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Milano, Bompiani, 1946; J.M.BUCHANAN, G.TULLOCK, *The calculus of consent*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1962.

111 Modelo afirmado con vigor por T.B.BOTTOMORE, *Elites and Society*, London, Watts & Co., 1964. En este sentido, G.GALEOTTI, *Introduzione*, en A.DOWNS, *Teoria economica della democrazia*, Bologna, 1988, 19 ss.. Sobre la competencia política, L.CAMPIGLIO, *I motivi della concorrenza: settori non per profitto, concorrenza economica e concorrenza politica*, en CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *I valori della concorrenza*, cit., 100 ss., aquí 109.

112 Sobre lo cual G.PENNISI, E.M.PETERLINI, *Spesa pubblica e bisogno di inefficienza. L'esperienza del Fondo Investimenti e Occupazione (1982-1986)*, Bologna, 1987, 143, que recuerdan como esto, en general, es objeto de análisis de economistas como G.J.STIGLER, *Theory of Economic Regulation*, en *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, n.3, 10 ss.; ID., *Free riders and collective action: an appendix to theories of economic regulation*, *ivi*, 1973, n.2, 359 ss.; R.A. POSNER,

Theory of economic regulation, *ivi*, vol. V, 1974, n.2, 335 ss.; cfr. también G.L.SCHULTZE, *The politics and economics of public spending*, Washington, The Brookings Institution, 1968, cap. 3, según el cual la intervención pública nace de los esfuerzos particulares de los grupos de presión de maximalizar el beneficio de sus componentes. En este contexto de conflictos y de alianzas más o menos transitorias, las decisiones de gasto son consideradas como el resultado de juegos más o menos complejos, así como, en consecuencia, de encuentros, negociaciones y compromisos entre los distintos grupos, que los estudiosos indagan con la ayuda de los instrumentos de análisis económico y en particular de la teoría de los juegos, mientras que en la realidad italiana el mercado se convierte en parte de un «sistema particularista-clientelar», fragmentado y segmentado, gobernado no por objetivos de medio y largo plazo de la sociedad en su conjunto, sino por presiones particulares y negociaciones entre particularismos, tanto a nivel de la definición de las esperanzas, como al nivel de los criterios y de las decisiones de atribución de las prestaciones singulares, o bien de las singulares operaciones de gasto, con la consecuencia de que, mientras que en los demás contextos las reglas del juego de los intercambios relativas al mismo son deudoras, en general, de las reglas del juego del proceso político-parlamentario y filtradas a través de exámenes técnicos transparentes, en el italiano el mercado decide las prestaciones singulares y las operaciones singulares, los simples actos administrativos relativos a los mismos, se hace difuso y estructuralmente diferenciado. Recuerda M.FRIEDMAN, *Money Mischief*, Harcourt Brace, Jonanovich, 1992, tr.it., *Manovre monetarie*, Milano, Garzanti, 1992, 160 ss., que «el programa de los Estados Unidos para las adquisiciones especiales de plata previstas en 1933 por el Presidente Franklin Delano Roosevelt en relación con la enmienda Thomas a la ley de 1933 para el sostenimiento de la agricultura, fue el resultado final de más de diez años de presiones políticas

cial¹¹³; podemos hablar también de mercado del lenguaje¹¹⁴ o mercado de las preferencias religiosas¹¹⁵, de competencia entendida en el más amplio sentido (política), como base de un sistema democrático. Mercado se convierte en sinónimo de negociación, de contratos, de acuerdos a propósito de leyes o de actos que, sin embargo, se presentan como imperativos y unilaterales. Porque si

ejercidas por grupos de interés que solicitaban medidas en favor de la plata. Los grupos de presión para las reformas agrícolas eran favorables a las adquisiciones de plata, en parte porque auspiciaban la puesta en práctica de medidas aptas para producir inflación y, en consecuencia, hacer subir los precios de los productos agrícolas (precios que se habían precipitado durante la gran depresión); en parte, porque deseaban convencer a los grupos de presión pro-plata de solicitar la aprobación de otras cláusulas contenidas en el proyecto de ley para el mantenimiento de la agricultura que afectaban a los precios y que estaban destinados a generar inflación. El Presidente Roosevelt era partidario de las adquisiciones de plata esencialmente para obtener el apoyo a las leyes del New Deal por parte de los miembros del Congreso que representaban a los Estados agrícolas y a los Estados productores de plata. Todos los actores perseguían los propios fines y esto permitía encontrar un punto de encuentro de intereses distintos».

113 PH.A. BLÉRALD, *Théorie de marché politique et rationalité des politiques publiques*, en *Rev.fr.sc.pol.*, 1991, 235 ss.; P.CERI, *Le condizioni dello scambio politico*, en *Quad.soc.*, 1981, n.4, 640 ss.; ID. *Sei tipi di scambio sociale*, en *Rass.it.soc.*, 1984, n.1, 7 ss.; L.PELICANI, *Mercato politico e leadership democratica*, en *VV.AA., Leadership e democrazia*, Padova, Cedam, 1987, 43 ss.; A.PIZZORNO (ed.), *Scambio politico e identità collettiva nel conflitto di classe*, en C.CROUCH, A.PIZZORNO, *Conflitto in Europa, lotte di classe, sindacati e stato dopo il '68*, Milano, Etas Libri, 1977; A.MUTTI, *Stato e scambio politici. Studi e ricerche*, Roma, Lavoro, 1983. La regulación estatal del mercado es en sí misma un mercado en el cual se confrontan las ofertas, se determinan equilibrios, en ocasiones

racionamientos, G.J.STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, cit.; ID., *General Economic Conditions and National Elections*, en *Am.Econ.Rev.*, vol. 63, 1973, 160 ss.; ID., *Micropolitics and Macroeconomics General Economic Conditions and National Elections*, ivi, 160 ss.; ID. *Free Riders and Collective Action: an appendix to theories of economic regulation*, cit., Ch. DE BOISSIEU, Préface, en C.PONDAVEN, *La théorie de la réglementation. Efficacité économique ou efficacité politique?*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1989, así como la competencia y la desregulación se convierten en instrumentos de política económica de un gobierno que intenta y sabe sacar ventaja (como ha hecho el inglés cuando ha desencadenado el *Big Bang* para los mercados financieros).

114 F.ROSSI LANDI, *Il linguaggio come lavoro o come mercato*, Milano, Bompiani, 3ª ed., 1983, cap. VI en particular; P.BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, tr. it., *La parola e il potere*, Napoli, Guida, 1988.

115 Habla de mercado de las preferencias religiosas para acapararse las preferencias de los contribuyentes y de los fieles en el momento de la elección de la cuota del 8 por mil y de la devolución de las limosnas fiscalmente deducibles que ha llevado a la Iglesia Católica a votar una campaña postal, una de sensibilización de los fieles que intervienen en las ceremonias religiosas y también ha recurrido a la utilización de medios de comunicación de masas para añadir a los contribuyentes un mensaje por completo parecido a aquellos de carácter publicitario (los denominados «spots sagrados»), G.VEGAS, *Spesa pubblica e confessioni religiose*, Padova, Cedam, 1990.

para llegar al mandato, que no necesita de aceptación para ser operativo, resulta bastante irrelevante el consenso, siempre en mayor medida se busca preparar el mandato, mediante la discusión, para la contratación o incluso sustituirlo por ésta. Mientras la conclusión de un contrato, como intercambio de consensos o la aceptación en el caso del precio determinado por el productor y por el contrato de adhesión, es absolutamente necesaria para que se llegue al intercambio¹¹⁶. Para la ley o el acto administrativo, no existe necesidad ontológica, si observamos con óptica de jurista; pero la negociación es una exigencia de hecho, política, de las estructuras profundas del sistema. El Estado debe actuar autoritariamente, por ejemplo, para reducir las asimetrías intolerables, pero debe buscar el consenso y hacer tolerable la intervención contra la intolerancia persuadiendo, y siendo persuadido, de que se debe seguir la regla hobbesiana de la tolerancia, para lo que necesita renunciar al derecho ante todo y afirmar que *jus in omnia non retinendum*. Existe, pues, una presencia y una continua demanda de límites, de valores constitucionales, de procedimientos que regulan los cambios, favoreciéndolos, en algunos casos, imponiendo vínculos o retrasos, en otros. El Estado no aparece como monopolista sino como oligopolista, deberíamos llegar a decir, o, si queremos, un *état au pluriel profondément enfoncé dans la société*¹¹⁷, aunque omnipresente y omnipersuasivo, capilar hasta el punto de hacerlo aparecer, si no acéfalo, plurícipe como una hidra y descentrado (*le souverain est partout excepté sur le trône*)¹¹⁸.

Las dimensiones del mercado imponen coaliciones internacionales y superaciones comunitarias. La ósmosis entre Estado y mercado impone articulaciones funcionales para la agregación de aquellas demandas y de sus respuestas. La interpenetración Estado-economía y Estado-mercado se convierte, o para decir mejor, se concibe universalmente (quizás también exageradamente por la tendencia a encontrar en la economía la llave interpretativa de procesos políticos), como connotaciones fundamentales¹¹⁹. Esta se realiza con opciones

116 Particularmente I.R.MACNEAL, *The Many Futures of Contracts*, en *South. Cal. Law Rev.*, 1974, n.47, 691 ss.; ID., *Economic Analysis of Contractual Relations*, en P.BURROWS, C.G.VELJANOVSKI, (eds.), *The Economic Approach to Law*, London, Butterworths, 1981, 61 ss.; ST.LOWRY, *Bargain and Contract in Law and Economics*, en *Journal of Economic Issues*, 1976, 1ss..

117 J.CHEVALIER, *Le service public*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, 123.

118 H. DE BALZAC, *Préface*, en ID., *Un grand homme de province à Paris*, citado

por G.BATAULT, *Le pontifice de la démagogie*. Victor Hugo, Paris, Plon, 1934, 230 ss.. Sobre la pérdida del centro R.ARDIGO', *La politica sociale e la perdita del centro*, en R.ARDIGO', P.DONATI, (eds.), *Politica sociale e perdita del centro: i servizi socio-sanitari nella crisi del Welfare State*, Milano, Franco Angeli, 1982, 7 ss..

119 Podría recordar, para indicar dos ejemplos de hecho y puntuales recientes, que cuando G.SARTORI, escribe su nuevo texto *Democrazia. Cosa è, cit.*, dedica un capítulo (cap.XII) a la temática del «Mercato, capitalismo e pianificazione», 213 ss. (y vuelve

que cambian, con una búsqueda de eficiencia¹²⁰ y del equilibrio fundamental tanto en los procesos económicos como en los políticos (equilibrio que en la economía como en la sociedad, se rompe ininterrumpidamente y se restablece ininterrumpidamente), que se observa, también, para bien y para mal, en el cambio de las instituciones. El aparato estatal se ha cambiado: las instituciones para el mercado se estructuran en una recíproca integración con el mercado y con el mercado de las regulaciones del mercado, que se difunden en todo el aparato estatal, no solo en la tradicional relación con el parlamento y con el gobierno, sino también con la administración estatal, regional, local, fragmentada en subsistemas de organización, con los entes independientes, instituidos como nódulos reguladores de los subsistemas y de los centros dotados de poderes autoritarios, pero también centros de negociación: la banca central, institución predominante de los Estados y de los mercados de nuestros tiempos, es el ejemplo conspicuo. El Estado, instalado sobre un sistema electoral representativo articulado en partidos, se ha modificado hacia un Estado que conoce otro circuito representativo, sin elecciones, articulado sobre grupos de interés, el Estado, ya no *Parteienstaat*, es también *Verbandstaat*. Los grupos participan en los procesos políticos no desde dentro con sus electos, como sucede en el circuito electoral partidista, sino desde fuera mediante sus presiones. Es el mercado de las reglas de mercado. Es el circuito que presiona sobre las

sobre el tema en *Appendice: il futuro, ivi.*, 299 ss., en el apartado sobre «*ritorni, inizi ed entrata nel mercato*»), que en ID., *Democrazia e definizione, cit.*, faltaba. Un proceso no distinto de posterior profundización se produce cuando C.FRIEDRICH, (ed.) *Totalitarianism*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1954, 52 ss., busca las características del Estado totalitario, lo identifica en «una ideología oficial, un partido único de masas controlado por una oligarquía, el monopolio de las armas, el monopolio de todos los instrumentos de comunicación, un sistema terrorista de policía», pero de repente después en C.FRIEDRICH, ZBRZEZINSKI, *Totalitarianism, Dictatorship and Autocracy*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1956, 9 y 177 ss., se le recoge como elemento calificador una «economía dirigida por el centro».

do de un sistema dado es Pareto óptimo sólo cuando no existe ningún estado alternativo realizable en aquel sistema, en el cual al menos una persona al menos está mejor y ninguna está peor. Un estado, S1, es Pareto superior respecto a otro estado, S2, cuando sólo al menos una persona está mejor en S1 que en S2, y nadie está peor en S1 que en S2, V.PARETO, *Cours d'économie politique*, Lausanne, Rouge, 1897, tr.it., *Corso di economia politica*, Torino, Utet, 1972. Otra noción de eficiencia viene dada por Kaldor que la revisa sólo si no existe modo alguno de redistribuir los bienes tal que el beneficio total para aquellos que ganan, medido por la cantidad de dinero que cada uno estaría dispuesto a pagar por el beneficio, es mayor de la pérdida total de aquellos que pierden, medida de manera análoga, J.L.COLEMAN, *Efficiency, utility and Wealth maximization*, en *Hofstra Law Rev.*, Special Issue, vol. 8, 1980, n.3, 509 ss..

120 El concepto de eficiencia se utiliza en este escrito en sentido genérico, aun cuando no se desconoce el paretiano: un esta-

adjudicaciones y sobre los gastos, aquél en el que encuentran su campo también los grupos no económicos, que quieren reducir o eliminar las deseconomías, como las asociaciones proteccionistas, y aquellos que quieren tutelar e incrementar en ventaja de la categoría y del interés de subzonas, miope y contingente. Cada ley y cada providencia se contrata y negocia, porque si para uno es fuente de beneficios, para otro lo es de pérdidas reales o virtuales; cada acto del poder se convierte en *privilegium*, premio o pena. Si el poder político es débil, las adjudicaciones de gastos se convierten en moneda para el disenso¹²¹, que se paga siempre diciendo sí a todos, malvendiendo ingresos fiscales, tolerando las evasiones y premiándolas con las condonaciones, incrementando un crédito público colosal y fuera de norma¹²². Los grupos de presión acrecientan los gastos, llevan a la bancarrota. Todos estos aspectos negativos los conocemos, como los de las degeneraciones del *party System*¹²³. Esto no afecta a que el segundo circuito representativo sea una articulación presente en el pluralismo, elemento constitutivo y forjador necesario del Estado de nuestros días, como lo es el sistema de partidos.

121 Sobre la función del aumento de los gastos para incrementar el consenso con referencia al periodo en el cual Guido Carli ha sido Gobernador del Banco de Italia (aunque también en los periodos posteriores), PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit.; L.TRONTI, *Crescita della spesa sociale e crescita della spesa pubblica. I modelli teorici di riferimento*, en R. BRUNETTA, L.TRONTI (eds.), *Welfare State & redistribuzione. Gli effetti della spesa sanitaria e pensionistica in Italia negli anni '80*, Milano, Franco Angeli, 1991, 23 ss., aquí 40. Con claridad S.RICOSSA, *Agli sgoccioli*, en J.JACOBELLI, 1993. *Dove va l'economia italiana?*, Roma-Bari, Laterza, 1992, 143 ss., dice «como el mal gobierno ha podido tolerarse durante tan largo tiempo no es difícil de explicar. El sistema político, aquél que podemos llamar nuestro «ancien régime», visto que parece que está en las últimas, se fundaba y se funda sobre la consecución del consenso mediante un continuo aumento del gasto público, en general y con respecto al beneficio nacional. El gasto público creciente era y está, pues, distribuido con arte entre las distintas zonas del territorio nacional y entre los dis-

tintos grupos sociales, de manera que se obtenga el fin deseado. En la distribución del dinero público viene acompañada de la parcelación del poder político, un poder ampliado gradualmente y gozado por los mismo partidos de la oposición».

122 Cfr. PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit., 20 ss., 70 ss., 104 ss., 139 ss., 171 ss..

123 PREDIERI, *I partiti politici*, en P.CALAMANDREI, A.LEVI (eds.), *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, I, Firenze, Barbera, 1949, 171 ss., sobre el cual A.MANZELLA, *La casa comune partitocratica*, en *Micromega*, 1990, n.4, 44 ss.. Las mutaciones del sistema derivadas de paso de los partidos ideológicos, portadores de proyectos, a los partidos abarcadores, gestores del poder (A.PIZZORNO, *Per un'analisi teorica dei partiti in Italia*, en ID., *I soggetti del pluralismo. Classi, partiti, sindacati*, Bologna, 1980, 1 ss.), han reforzado el aspecto de comunidad hasta la degeneración de los acuerdos bajo cuerdo para la distribución de las comisiones.

5. El mercado y la competencia con sus diversos tipos son instrumentos utilizados por el poder público, que los conjuga y los mezcla en el cuadro de un diseño general y de un modelo de economía mixta¹²⁴ (lo que no quiere decir en modo alguno rígido en el tiempo, sino, por el contrario, susceptible de cambios), en el cual aparecen como complementarios o como sustitutivos¹²⁵, como

124 La competencia, sea entendida como libertad de acción del empresario individual o como estructura abierta al mercado, es un instrumento de política económica, que se adapta en el tiempo y en el espacio (A.FRIGNANI, M.WAELBROEK, *Disciplina della concorrenza nella CEE, cit.*, 8 ss.), así como lo es el mercado como medio para la eficacia y el bienestar económico. La competencia es el medio mediante el cual se nos asegura que la libertad económica no lleva al caos, sino que constituye el bienestar de la colectividad, F.ROMANI, *Appunti per una legislazione liberale a tutela della concorrenza*, en *Riv. soc.*, 1988, 487 ss., aquí 489. «La competencia bancaria», llega a escribir M.LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, en G.GHIDINI, M.LIBERTINI, G.VOLPE PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, en F.GALGANO (ed.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol IV, Padova, Cedam, 1981, 504 ss. [hay que notar que hoy las cosas han cambiado como consecuencia de la normativa comunitaria, sobre cuyas *Premesse*, en PREDIERI, *Il nuovo assetto, cit.*], «es una eventualidad consentida y practicable dentro de los límites que parecen oportunos para las autoridades crediticias». Para cualquier política antitrust, sigue siendo válido el dilema de ver hasta qué punto se tutela la competencia en el cuadro de la economía social de mercado o si usan un instrumento de gobierno de la economía, obviamente para quien atribuye al mercado y a la competencia un valor distinto del de instrumento; cfr. E.NIEDERLEITHINGER, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Freiheitschutz oder Wirtschaftsverwaltung?*, en *Wirtschaft un Wettbewerb*, 1985, 5 ss. Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1987. Un particular caso de regulación de las prácticas anticompetenciales discriminatorias, que termina por ser instrumento de dirección sectorial, es

el de la ley francesa denominada Royer 73-1193 de 27 de diciembre de 1973, sobre la cual, A.BERNARD SAYEFERT, *Les pratiques discriminatoires (loi 27 décembre 1973)*, Paris, Librairies Tehniques, 1985. Sobre la diferencia competencia-condición del progreso económico y de los equilibrios económicos y la noción de competencia como medio, uno de los medios, del progreso económico, P.BONASSIES, *Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen*, en *Etudes Weil*, 1983, 51 ss.; ID., *L'influence des concepts communautaires sur le droit français*, en J.M.RAINAUD, R.CRISTINI, *Droit public de la concurrence*, Paris, Economica, 1987, 110 ss..C.W.BADEN FULLER, *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, en *European Measurement Issue Revisited*, ivi, 1986, 134 ss.; E.STEINDORFF, *Article 86 and the rule of reason*, en *Common Market Law Rev.*, 1984, 639 ss.; R.MERKIN, *Predatory Pricing or Competitive Pricing: establishing the Truth in English and EEC Law*, en *Oxford Journal of Leg. Stud.*, 1987, 182 ss.; R.PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene, 1979; ID., *Regole antimonopolistiche del trattato CEE e contratti di distribuzione: tutela della concorrenza o dei concorrenti?*, en *Foro it.*, 1978, IV, 82 ss.; R.BECHTOLD, *Neue Entwicklung in der EWG-rechtlichen Beurteilung vertikaler Vertriebsystems*, en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1987, 810 ss..

125 En la Comunidad europea es típico el caso de la alternativa entre política de la competencia y política industrial, afirmándose, en un primer tiempo, que basta la primera para determinar la segunda, G.VILELLA, *L'Unione economica e monetaria come passaggio verso un governo dell'economia comunitaria, cit.*, 137 ss.; L.TSUKALIS, *The New European Economy. The Politics and*

medios para lograr los fines que persigue, debe perseguir, según las normas constitucionales, los acuerdos internacionales (pensemos en el GATT, ciertamente el más importante), o supraconstitucionales (como las comunitarias¹²⁶), y declara perseguir.

La reducción de las asimetrías intolerables es la tarea destacada y legítima del Estado en un régimen de economía social de mercado. Es intolerable que el Estado no tolere más porque ha superado la medida¹²⁷, porque existe una *hybris* que ya no resulta soportable. Esta insoportabilidad se determina por el poder para sus exigencias, para las exigencias de la sociedad de la que

Economics of Integration, Oxford, Oxford University Press, 1991, mientras que hoy la tendencia es distinta.

126 Los cuales se mueven, a su vez, en la misma dirección. En este sentido es emblemático, por un lado el art. 3, letra f), del Tratado de Roma, según el cual la constitución de un ordeamiento destinado a garantizar que la competencia no sea falseada por el mercado común debe incluirse como medio para la realización de los fines de la Comunidad, por otra parte el art. 42, 1º del Tratado de Roma, según el cual la competencia en el sector agrícola se considera instrumental hasta el punto de que la producción y el comercio de los productos agrícolas quedan fuera de las reglas del Tratado, hasta tanto el Consejo no lo decida: lo que sucede con el Reglamento 26/1964 que preveía excepciones a las reglas sobre las inclusiones y no extendía aquellas sobre las ayudas, que han sido aplicadas poco a poco a los productos particulares: contextualmente el art. 46 introducía una tasa de compensación. De modo que, para seguir con el mismo aspecto, la política sobre la competencia y en particular aquella sobre las concentraciones (que no encuentra un fundamento directo en las normas sobre la competencia tanto como el Reglamento CEE 4064/89 del 21 de diciembre de 1989 tiene su base en el art. 235 del Tratado de Roma, de acuerdo con PREDIERI, *Dallo Stato prefederativo all'unione europea*, en curso de publicación) debe encuadrarse en el diseño comunitario. Una formulación distinta del diseño que ve una comunidad reforzada en sus acciones externas, auspiciada por varias partes y que encuentra su fundamento en el Tratado

de Maastricht, debería llevar según algunos a modificar, de modo radical, las políticas. «El objetivo que se contempla desde hace treinta años, de impedir la creación de posiciones dominantes en el interior del mercado común (objetivo aún compartido por algunos, desde una óptica muy restringida del problema) se sustituye por aquél que busca favorecer la creación de empresas o de grupos europeos, atribuyendo a la acepción «europeo» un significado muy amplio desde el punto de vista geográfico (CE más países adherentes a la asociación europea de libre cambio más países de la Europa central) e insistiendo, de forma particular, sobre el carácter europeo de los centros decisorios, cosa que evidentemente alienta al problema de la propiedad. La existencia de tales grupos europeos es una condición para que se realice un verdadero poder político europeo frente a terceros países», P.MAILLET, *Verso nuove forme di integrazione europea per l'anno 2000*, en *Mezzogiorno d'Europa*, 1992, n.1, 17 ss., aquí 25, quien añade que «también la aplicación del art. 92, relativo a las ayudas estatales deberá sufrir revisiones, disfrutando mejor las vías abiertas del Tratado. Deberá construirse sobre la base de cuanto afirma el parágrafo 3b: 'pueden considerarse compatibles con el mercado común (...) las ayudas destinadas a promover la realización de importantes proyectos de interés europeo común'. La dificultad se encuentra sin duda en definir en qué consiste el interés europeo común; pero esto será tarea del poder político que se dispone a crear».

127 No me resisto a recordar la «justa medida» platónica.

es parte; para la cual, a su vez, debe ser tolerable el ejercicio del poder, en un circuito de integración entre decisión y consenso. Puesto que la reducción de las asimetrías y el restablecimiento del equilibrio son funciones asumidas por el Estado, reacciona a las concentraciones de otros para retomar la difusión de las decisiones descentradas en el mercado, aunque manteniendo la concentración de sus fundamentales opciones de regulación. De este modo resulta completamente coherente que muchas decisiones de las que cuentan, más allá de los esquemas institucionales formales, como aquellos sobre el control de la base monetaria, se asuman por la banca central, típico ejemplo de concentración decisoria.

Poco a poco la intolerancia será un mercado salvaje, aunque el sistema esté fundado sobre el mercado, o será el peso de un oligopolio, aunque la estructura de las grandes empresas y grandes concentraciones es esencial en nuestra sociedad, o de un monopolio, aunque existan relaciones ineludibles entre monopolio e innovación, o resultarán intolerables deseconomías o informaciones asimétricas. Estado y sociedad son sujeto y objeto de una recíproca interpenetración continua, de una ósmosis continua, que ofrece al Estado su razón de ser y de legitimarse como garantía de equilibrio, de estabilidad¹²⁸, que conforma en la acepción común al Estado como social.

Hablando de competencia y de sus distintas modalidades debemos recordar, en el cuadro de la tripartición entre mercados competenciales, oligopolistas, monopolistas, que la competencia no es sólo aquella que opera de un modo abierto sino también aquélla potencial o liminal. Por ello, también en el caso de monopolio o de oligopolio, tenemos formas distintas de competencia; monopolio y mercado están siempre en lucha continua¹²⁹, también si en esta lucha el predominio parece estar sino en la de los monopolios, cuando menos en la de los oligopolios, en un sistema que ha pasado del capitalismo competencial al «trustificado»¹³⁰, ni puede olvidarse la perspectiva distinta de J.A. Schumpeter para quien la verdadera competencia que tiene lugar en la economía capitalista no es la que se ejerce entre pequeñas administraciones que

128 De la macroestabilidad social deberíamos precisar aquí, desde el momento en que estabilidad es palabra polisémica que puede referirse a la estabilidad de la sociedad, de sus estructuras, de sus equilibrios, a una estabilidad macroeconómica de precios y de monedas (tomada en consideración por constituciones y leyes de relevancia constitucional, así como el Tratado de Maastricht) o a estabilidad microeconómica de equilibrio de una empresa; algunas pre-

cisiones sobre estos diversos significados en PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit., 717 ss..

129 P.SYLOS LABINI, *Elementi di dinamica economica*, Roma-Bari, Laterza, 1992, 126, por citar uno sólo de los manuales unánimes, recuerda que hay dos formas de mercado antitéticos, competencia y monopolio.

130 Uso la terminología de J.A.SCHUMPE-TER, *Business Cycles*, New York, McGraw-Hill, 1939.

producen la misma mercancía, sino aquella que las administraciones innovadoras, las administraciones en las que desarrolla actividad empresarial es decir «distribución creativa», ejercen frente a las otras; no es la competencia que tiene lugar entre bienes idénticos, producidos todos del mismo modo, sino aquella que los productos nuevos hacen a los viejos, o los procedimientos productivos nuevos hacen a los procedimientos antiguos¹³¹.

Debemos hacer referencia siempre, en cualquier caso, a una competencia real, pensable, necesariamente imperfecta. La competencia perfecta, que por sí sola produce las reglas reguladoras de manera óptima, porque de por sí el desorden se convierte en orden, es una abstracción. Tanto el monopolio como la competencia perfecta son formas extremas, polos para demostraciones epistemológicas, más que modelos en conflicto total. En realidad, permiten híbridos, matices y versiones¹³², que corren el riesgo de esfumarse imperceptiblemente desde el oligopolio hasta en el monopolio y que por ello, por un lado, deben ser defendidos, y por el otro atemperados mediante acciones sociales¹³³. En todo caso, si puede hablarse de ello sólo si existe un marco institucional¹³⁴ y, en ella, un cuadro en el cual el sistema de precios puede operar teniendo como presupuesto que ninguno de los operadores está en condiciones de poder determinar la marcha del mercado, que todos los operadores están informados de manera suficiente y que pueden lograr sus acuerdos¹³⁵. El Estado, para sus fines, prohibirá o limitará pactos o posiciones monopolistas u oligopolistas, no considerará tolerable una posición sobre el mercado que supere un cierto límite o un cierto parámetro, controlará la acción de los oligopolios en cuanto

131 Sobre el pensamiento de Schumpeter acerca de la innovación, N.L.SCHWARTZ, *Market Structure and Innovation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

132 Sobre la rigidez de la contraposición, K.MARX, *Das KAPITAL*, Hamburg, Meissner, 1867, tr. it., *Il capitale*, cap. XV, Roma, Editore Riuniti, 1974; P.A.BARAN; P.M.SWE-EZY, *Monopoly Capital: An Essay on the American Economic and Social Order*, New York, Monthly, 1966, tr. it., *Il capitale monopolistico*, Torino, Einaudi, 1968. En el sentido del texto, H.KRÜGER, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vadenhoeck & Ruprecht, 1950; A.HAMANN, *Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht*, Neuwied, Luchterhand, 1958; H.C.NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 2. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn, Heymann,

1961; P.BADURA, *Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts*, en *Jus*, 1976, n.4, 206 ss..

133 A.EVANS, S.MARTIN, *Socially acceptable distortion of competition: Community policy on State*, en *Econ.Law Rev.*, 1991, 79 ss.

134 «Sin la intervención vigilante, sin la intervención decisiva del gobierno, no puede haber corrección entre los individuos y organizaciones tan potentes como las grandes empresas» (W;WILSON, *The New Freedom*, New York, Englewood Cliffs, 1961, 164)

135 W.EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen, Mohr, 1974, 160 ss..

que son elementos clave de un sistema capitalista¹³⁶, que responden a las estructuras profundas de una sociedad que ve condensarse en torno a polos de grandes dimensiones no solo los cambios económicos, sino también aquellos políticos que se agregan en torno a oligopolios partidistas¹³⁷, con un sistema de decisiones en gran parte centralizadas; esta concentración en torno al mercado, pero también en el ámbito de la organización de los poderes públicos, responde a las exigencias de equilibrio.

6. EL sistema se basa en una tensión continua de equilibrio entre dos polos, el de las decisiones descentralizadas del mercado, según el modelo de la equior-denación paritaria, y el de las decisiones del Estado descentralizado con respecto a aquellas según el modelo de la jerarquía que, en el momento oportuno, debe imponer su regla y no permitir lo que no sea tolerable. El Estado es, por ello, movimiento continuo en sus actividades y, en particular, en sus relaciones con el mercado, sobre el mercado, en el mercado, fuera del mercado, en el procedimiento continuo que lo connota, que lo legitima. El Estado interviene *sobre* el mercado, regulando la producción o la distribución de los bienes y de los servicios, y, en consecuencia, codeterminando indirectamente (pero algunas veces también directamente) los precios, el mecanismo de flujo de informaciones, por ejemplo las publicitarias, o bien disciplinando el mercado en su integridad, imponiendo el respeto de las reglas de competencia en el cuadro de la tripartición de los mercados en competenciales, monopolistas y oligopolistas. El Estado se hace cargo de intereses metaindividuales y de bienestar social. No es fácil encontrar alguien dispuesto a suscribir hoy aquello que decía Guillermo Von Humboldt sobre el principio fundamental por el que «el Estado debe abstenerse de todo cuidado por el bienestar positivo de los ciudadanos; debe limitarse a hacer aquéllo que contribuye a su seguridad en las relaciones internas y externas; para ningún otro fin debe de poner límites a su libertad»¹³⁸. Para resolver, creo que de manera definitiva, toda duda no es ne-

136 Es la tesis de F. Braudel, e la reconstrucción de I. WALLERSTEIN, *Il capitalismo: nemico del mercato?*, en F. BRAUDEL, *Une leçon d'histoire*, Paris, Arthaud, 1985, tr. it., *Una lezione di storia*, Torino, Einaudi, 1988, 109 ss., como, bajo algunos aspectos, aquella de JA. SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, Sansoni, 1971, particularmente para la vinculación con la innovación, motor de la verdadera competencia.

137 Sobre lo cual M.M. WABACH, *Verbandsstaat und Parteienoligopol*, Stuttgart, Enke, 1971.

138 Von HUMBOLDT, *Ideen su einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1972, tr. it., *Idee per un tentativo si stabilire i limiti dell'attività dello Stato*, en ID., *Saggio sui limiti d'attività dello Stato*, Milano, Garzanti, 1947, 34 ss..

cesario recurrir a las consideraciones sobre la historia y la realidad efectiva: basta pensar en la defensa del ambiente¹³⁹.

En cualquier caso, los distintos intereses deberán ponderarse siguiendo el principio de la determinación del punto crítico de intolerancia, la superación impone, cuando es necesario, la intervención¹⁴⁰, con las elecciones que puedan resultar oportunas y que puedan conciliar el recurso al criterio del *second best*. Toda la teoría económica de la intervención del Estado se propone sugerir una serie de medidas (que van desde la utilización del sistema tributario para fines redistributivos al empleo de las políticas fiscales y monetarias de control de la demanda total, a las políticas antimonopolísticas y poco a poco a las políticas de equilibrio de la balanza de pagos) para corregir estas disfunciones del mercado¹⁴¹.

7. EN el mercado, el Estado regula objetos de cambio, hasta el punto de prohibir el comercio de algunos bienes o servicios, o de favorecer otros; o bien el Estado opera *en* el mercado, en su interior, con segmentos de su aparato (las

Sobre el abatimiento de estas posiciones en nuestras concepciones de los derechos constitucionales todavía inviolables y fundamentales, no contemplados ya sólo como derechos de garantía sino como derechos positivos que aporta G.AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, en *Pol.dir.*, 1970, 455 ss.; ID., *Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972, 71, al decir que «las instancias una vez incluidas en la defensa de la libertad económica de la amenaza del Estado se transvasan entonces a la garantía para el particular de un disfrute cierto del Estado y de los beneficios de ello derivados», con formulación no del todo aceptable, M.LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, 75; A.PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, en *Scritti in onore di E.Tosato*, Milano, Giuffrè, 1982, 529 ss..

Unica y el Tratado de Maastricht asignan a los Estados y a la Comunidad Europea; y es claro que hablando de Estado y de Comunidad intentamos referirnos a los datos institucionales concurrentes.

140 Que no siempre es necesario; esta posición ha sido llevada hasta el extremo por R.H.COASE, *The problem of social cost*, cit..

141 F.ROMANI, *Strumenti di politica economica per la tutela dell'ambiente*, Relazione tenuta alla XIV Riunione Scientifica «Economia e Ecologia» della Società Italiana degli Economisti, en *Note economiche*, 1974, 21 ss.. Sobre los problemas de su congruencia y valoración, ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Transparency for positive adjustment: identifying and evaluating government intervention*, Paris, 1983; ID., *Structural adjustment policies: managing structural change*, Paris, 1984.

139 Si se quisiera hacer reentrar la defensa del ambiente en la seguridad, en cuanto se pueden correr peligros para la vida, quedarían siempre fuera las funciones sociales que las constituciones, los Tribunales constitucionales y el Tratado de Roma, el Acta

operaciones de mercado del banco central, la colocación de títulos públicos, las empresas públicas, la aprobación de subvenciones, la concesión de ayudas evidentes y disfrazadas, por ejemplo). Del mismo modo, el Estado interviene colocando recursos con opciones *de fuera* del mercado (presupuestos, impuestos y así sucesivamente), que tienen un peso decisivo para las distintas políticas no sólo sobre la economía, sino sobre el mismo mercado, como integraciones y correcciones del mismo. Así tienen igual peso las intervenciones reguladoras, apoyo indispensable para la producción y la distribución, como aquéllas de aporte de recursos financieros, particularmente con la función crediticia, y aquéllas de distribución de informaciones connotantes en una sociedad de información en una continua dialéctica entre el Estado que opera *en* el mercado como empresario y el Estado que opera *sobre* el mercado con la regulación, como legislador, como productor de normas y de actos administrativos, como planificador, sumando en esta función, la acción *sobre* el mercado a las acciones de colocación *fuera* del mercado: un presupuesto es siempre un plan, y un plan no puede existir sin un presupuesto. De modo que la regulación es siempre necesaria. Si resulta posible carecer del Estado que *opera en* el mercado, no podemos nunca tener un Estado que *regule* el mercado. El Estado puede no tener o desechar empresas públicas, no puede dejar de crear normas. Los dos modelos hiperejemplificados de intervención, Estado regulador y Estado operador, no son necesariamente alternativos¹⁴² porque la regulación es indispensable. Si no es por la benevolencia del carnicero, para recordar a Adam Smith¹⁴³, por lo que esperamos la carne, sino debido a su interés en obtener

142 La experiencia italiana ha visto privilegiar el modelo de estado operador gestor de empresas públicas, a menudo ha escapado de la función reguladora normativa de forma vinculada a las estructuras profundas: durante años no hemos tenido una legislación de tutela de la competencia porque se afirmaba que el mercado se regulaba y protegía contra las concentraciones de las empresas públicas; hemos visto profundizar los conatos de regulación en el plano económico, a veces precisamente por obra de la empresa pública (recuerda que en el Programa económico 1966-70 aprobado con la ley de 27 julio de 1967, n. 685, estaba excluido de la instalación que la Alfa Romeo, sin embargo, realizó puntualmente en Pomigliano d'Arco, del mismo modo estaban excluidas las inversiones para la televisión en color, que la RAI-TV puntualmente efectuó). Puede pensarse que no

pocas de las vivencias de aquellos años podrían reconstruirse precisamente en la clave de la diversidad entre la tendencia hacia una economía de mercado fuertemente dirigida, con un sistema de decisiones y de adjudicaciones públicas (podemos pensar en una analogía con la posterior experiencia del MITI), y una economía de mercado condicionada en el interior por el Estado operador a través de sus empresas públicas, es decir según el camino que se ha seguido y en parte teorizado.

143 A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776, tr. it, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Milano, Isedi, 1973; ID, *Ricchezza delle Nazioni*, en P. BAUCCI, *Adam Smith e la nascita della scienza economica*, Libro I, Firenze, Sansoni, 1973, cap. II, 30.

nuestro dinero que le beneficia, como a nosotros su carne¹⁴⁴, no es tampoco de la benevolencia del carnicero de quien esperamos carne sin estrógenos, ni de la benevolencia de la compañía de transporte aéreo el no correr riesgos excesivos. Si es verdad que —para continuar con Adam Smith— cada uno se conduce por una mano invisible para promover un fin que no estaba en sus intenciones directas, es verdad, por otra parte, que todo operador económico está suspendido y conducido por una mano invisible (que puede ser la del policía)¹⁴⁵ hacia un fin que quizás no estaba en sus intenciones directas de maximizador del producto obtenido, cueste —a los otros— lo que cueste, y es verdad que es aquel fin impuesto a los operadores por el Estado y al Estado por su lógica y por las normas constitucionales, lo que impide ser intoxicado o caer, o al menos trata de que uno y otro sean menos fáciles; por tanto, ayuda quien compra carne y quien viaja en avión, y, conjuntamente; ayuda también el mercado con reglas que inducen a una confianza en la adecuación de los productos y de los servicios¹⁴⁶.

El Estado, así como está hoy, modelado por la historia después de años y años de tensiones sociales y de guerras, de desarrollo y de crisis, en su conjunto, con todo su instrumental, con toda la variedad de intervenciones continuas y difusas, actúa mediante un continuo proceso de ósmosis, a través de una función espurgante que crea una impronta sobre la organización, permitiendo, estimulando la permeabilidad frente a las distintas demandas, la aper-

144 Recordando, por volver atrás, a J.J.BECKER, *Politische Discurs, Von den eigentlichen Ursachen des Auf-und Abnehmens der Städt, Länder und Republicken*, Frankfurt, 1669, que nuestro gasto o el nuestro coste son el producto o el beneficio de los otros.

145 Para otra noción de mano invisible K.MIZSEI, *The «Small Transformation»: The Historical Process of Reform in Eastern Europe*, en M.MENDELL, D.SALÉE (eds.), *The Legacy of Karl Polanyi, cit.*, 179 ss.; R.MARRIS, D.MUELLER, *The Corporation, Competition and the Invisible Hand*, en D.MUELLER, *The Modern Corporation: Profits, Power, Growth and Performance*, Brighton, Harvester, 1986, 261 ss. Sobre la mano invisible débil, W.J.BAUMOL, E.E.BAILEY, R.D.WILLIG, *Weak Invisible Hand Theorems on the Sustainability of Multiproduct Natural Monopoly*, en *Am.Econ.Rev.*, 1977, 350 ss.; H.LEIBENSTEIN, *The Prisoner's Dilemma in the Invisible*

Hand: an Analysis of Intra-firm Productivity, en *Am.Econ.Rev.*, 1982, n.72, 92 ss..

146 P.G.MONATERI, *Deregulation, cit.*, aquí 302, recuerda «la aplicación de un rígido principio de *caveat emptor* en el mercado de los bienes alimentarios vs. la introducción de una regulación preventiva contra las adulteraciones alimentarias. Es claro que, dado un lapso de tiempo razonable, las víctimas de intoxicaciones alimenticias podrían, mediante acciones de resarcimiento, expulsar del mercado a los adulteradores. Pero resulta claro también que el puro principio de *caveat emptor* introduciría para cada transacción particular muchos más costes y riesgos y en particular una notable desconfianza difusa entre los consumidores. Por el contrario la introducción de una regulación sobre los fraudes alimentarios, con controles administrativos, suministraría una *reliance* de fondo benéfica para el desarrollo de tales mercados».

tura a las nuevas exigencias sobrevenidas, la concurrencia de soluciones que puedan crear modelos de subsistemas, en una sociedad no cerrada¹⁴⁷. Siempre presente, esta función aparece en su integridad en los momentos de crisis: la intervención reequilibradora del Estado, *deus ex machina*, garantiza al mercado competencial un futuro aceptable¹⁴⁸. Igualmente, este papel se emplea plenamente en las crisis temporales de mutación del sistema, cuando el Estado por añadidura instaura por ley el mercado¹⁴⁹. Osmosis¹⁵⁰ significa la interpenetración de las instituciones, que están divididas pero no son permeables¹⁵¹, de actividades, de comportamientos del mercado que tiene su autonomía y del Estado que, del mismo modo, tiene su autonomía¹⁵², del Estado y de la sociedad-mercado, del mercado y de la sociedad. Osmosis, por tanto, entre Estado y mercado, ósmosis entre Estado y sociedad¹⁵³, ósmosis entre mercado y sociedad, con una continua serie de acciones, de intervenciones¹⁵⁴, de adquisiciones y de cesiones de áreas, de correcciones, de reequilibrios destinados a

147 Abierta para referirse a K.R.POPPER, *The Open Society and its Enemies. The high tide of prophecy: Hegel, Marx and the aftermath*, London Routledge & Kegan, 1966, tr. it., *La società aperta e i suoi nemici. Hegel e Marx falsi profeti*, Roma, Armando, 1981.

148 Se ha recordado que la intervención del gobierno, requerido para la tarea de equilibrar una a otro la propensión a consumir y el incentivo para invertir, es para J.M.Keynes el único medio factible para evitar la destrucción completa de las formas económicas existentes y la condición de un funcionamiento satisfactorio de la iniciativa individual. Puesto que si la demanda efectiva es deficiente, no sólo hay el escándalo público intolerable de los medios despilfarrados, sino el empresario individual que intenta poner en acción estos medios opera con todas las posibilidades desfavorables en contra de él, J.M.KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, Macmillan, 1936, tr. it., *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, Utet, 1953, 8.

149 Este fenómeno tiene dos manifestaciones de importancia colosal en la autodestrucción del sistema económico del comunismo estaliniano y en la instauración del mercado europeo.

150 Es un uso figurado de un término de física que indica un fenómeno consistente en el movimiento de difusión de dos líquidos mezclables, de diversa concentración, a través de un tabique poroso o una membrana separatoria, semipermeable o permeable a los dos medios, S.BATTAGLIA (ed.), *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. XII, Torino, Utet, 201; *ivi* citado M.LESSONA, *Dizionario universale di scienze, letter e arti*, Milano, 11874-75, 1044.

151 G.PASQUINO, *Rappresentanza degli interessi, attività di lobby e processi decisionali: il caso italiano di istituzioni permeabili, in Stato e mercato*, Milano, 1987, n.21, 403 ss..

152 De Estado tendencialmente autorregulándose como mercado habla J.GODBOUT, *The Self-Regulating State*, en M.MENDELL, D.SALÉE (eds.), *The Legacy of Karl Polanyi*, cit., 119 ss., aquí 124.

153 Sobre las intersecciones entre Estado y sociedad, M.GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 24 s..

154 Hablo de intervenciones recordando sólo lo que escribe M.S.GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 19, sobre el uso del término, que, según su parecer, se evita y divulga.

evitar las consecuencias negativas de los fallos del mercado y de los fallos del Estado, destinados a mantener estabilidad, con mecanismos e instrumentos complejos, que no pueden reducirse a un juego de suma cero¹⁵⁵, que producen retroacciones con la sustitución de dominio del otro factor¹⁵⁶, retroacciones no queridas o no previstas¹⁵⁷. Ósmosis —aún— de técnicas. He recordado las técnicas de intercambio, de mercado, de contrato en el Estado, en sus procesos y en sus procedimientos; la ósmosis en los niveles inferiores que constituyen instrumento y espía de aquélla que opera en los niveles superiores.

155 Tal como podría aparecer de una lectura apresurada que ve en cada caída del mercado una forma específica de intervención pública, F.M.BATOR, *The anatomy of market failure*, en *Quart. Journal Econ.*, 1958, 351 ss..

156 J.DEMSETZ, *Information and Efficiency. Another view-point*, en *Journal Law Econ.*, 1969, 1 ss.; R.P.INMAN, *Markets, Governments and the «New» Political Economy*, en A.J.AUERBACH, M.FELDSTEIN (eds.), *Handbook of Public Economics*, vol.II, Amsterdam, North Holland, 1987, 647 ss.; J.E.ST-GLITZ, *Markets, market Failures and Development*, en *Aer Paper and Proceeding*, 1989, 197 ss.; ID., *Economic Organization, Information and Development*, en H.CHENERY, T.N.SRINIVISAN (eds.), *Handbook of Development Economics*, vol.I, 1988, 93 ss.; S.ZAMAGNI, *Il rapporto fra Stato e mercato e la teoria dell'intervento pubblico: un riesame critico*, cit.

157 Por ejemplo, el aumento de la corrupción en los áreas regionales de bajo nivel de renta (obviamente las corrupciones están también en otras áreas). En estas áreas, el incremento de medidas, el aumento del gasto público que tiene un peso mayor en la economía de aquél que pueda tener en otros lugares, en áreas menos pobres (P.FANTOZZI, *Appartenenza clientelare e appartenenza mafiosa. Le categorie delle scienze sociali e la logica della modernità meridionale*, en *Meridian*, 1990, n. 7-8, 303 ss.), la extensión de los recursos que se distribuyen con aumento de la discrecionalidad, la creación de ordenamientos con baja eficiencia, menor participación cívica y empresarial y transparencia, llevan a situaciones cada vez más graves. También porque se institucionaliza un régimen de

áreas asistidas, excluidas de la lógica de la competencia y del derecho comunitario. En otras ocasiones se ha sostenido la necesidad de cambiar las reglas sobre las opciones en función del desarrollo, con la promoción de intervenciones no económicas sino políticas que inciden sobre intereses constituidos, como en el caso de adjudicaciones de obras públicas, cuyo peso es fundamental en la economía de zonas a las que hay que dotar de infraestructura. En estas zonas, por usar las palabras de Sandro Petriccione, presidente de la *Finanziaria meridionale*, «hemos creado una gran área asistida en la cual adjudicaciones, concesiones e intentos privados representan una parte preponderante: de aquí una clase empresarial no orientada a la exportación y a la competencia sino a gantizarse adjudicaciones públicas y concesiones. Italia se pone al nivel europeo de 1 de enero de 1993 y asistimos, en Europa, a un gran proceso de transformación y de retorno al mercado, pero nuestro Meridión va en dirección opuesta», citado por G.BOCCA, *La disunità d'Italia*, Milano, Garzanti, 1990, 88. Resulta superfluo decir que durante años se ha intentado protestar contra las ilegalidades y las distorsiones normativas en temas de procedimientos se ha considerado un maníaco del cual era mejor no hablar. Sobre esto PREDIERI, *Europa sí Europa no*, en curso de publicación. Se añade que la mejora de los procedimientos para las adjudicaciones no puede garantizar de manera absoluta la exclusión de trucos [análogamente, D.GAMBETTA, *Anatomia della tangente*, en *Meridiana*, 1988, n.4, 237 ss.), sino que procesos del tipo de las transacciones privadas o de las concesiones (que no es otra cosa sino una transacción privada enmascarada) facilitan favoritismos y corrupciones.

Existe, por tanto, una continua interpenetración recíproca y difusa, una ósmosis entre las áreas en las cuales las opciones están reservadas al mercado, pero condicionadas por el Estado, y viceversa. Esta ósmosis, en la cual el Estado ha funcionado de catalizador¹⁵⁸, tiene varios niveles y varias áreas. Existe aquella de las decisiones fuera del mercado (las adjudicaciones de presupuesto, los gastos públicos), la de las decisiones *sobre* el mercado (sobre los sujetos, sobre las actividades permitidas y prohibidas y así sucesivamente), la de las decisiones *en* el mercado (las operaciones en el mercado del banco central, la colocación de títulos públicos, por ejemplo). Esta se traduce, particularmente en las intervenciones *sobre* el mercado, en una capilarización móvil, mudable, con contradicciones y con yuxtaposiciones, con tendencias copresentes de signo opuesto. Existe una ósmosis funcional, por la cual algunas funciones y actividades privadas tienen valencias públicas, o porque esto sucede de hecho, o porque las tienen delegadas; o existen funciones que cambian de significado, por ejemplo cuando existe la posibilidad para los operadores de utilizar con fines diversos situaciones nacidas o constituidas para fines distintos. Hay bibliotecas que demuestran cómo los intervinientes que están destinados a la tutela de la competencia o a la disciplina de los precios, en la realidad refuerzan los oligopolios y mantienen un nivel de precios alto¹⁵⁹, o bien que demuestran como los reguladores son capturados por los regulados¹⁶⁰. O bien muestran cómo la defensa y la protección del mercado y del consumidor favorecen un proteccionismo que conforman de otro modo¹⁶¹; cómo a menudo la interven-

158 M.LIND, *The catalytic state*, en *National Interest*, 1992, 3 ss.

159 PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit., 1 ss., e ivi referencias bibliográficas; G.J.STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, cit., que ha sostenido que las comisiones de regulación tienden a ser captadas por la industria que deben regular: más que proteger a los consumidores de las industrias, sirven para dar vida a cárteles creados o avalados por el Estado.

160 S.PELTZMAN, *Toward a More General Theory of Regulation*, en *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1976, 211 ss.. Sobre la captación de reguladores por parte de los regulados, S.CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, en *Dir. soc.*, 1992, n.2, 223 ss., aquí 245 s.; en general sobre la modificación del procedimiento administrativo norteamericano R.E.STEWART, *The Reformation of*

American Administrative Law, en *Harv.Law Rev.*, vol. 88, 1975, n.8, 1667 ss.; ID., *Madison's Nightmare*, cit.; M.BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, Princeton University Press, 1955; H.ZIEGLER, *Interest Group in American Society*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice Hall, 1964; G.J.STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, cit., 3ss.; R.POSNER, *Theory of Economic Regulation*, cit.; Aunque ya en A.F.BENTLEY, *The process of government*, Chicago, University of Chicago Press, 1908; D.B.TRUMAN, *The Government Process: Political Interest and Public Opinion*, New York, Knopf, 1951.

161 Por ejemplo, en lo que respecta a la relación entre competencia y concentración, COMMISSIONE CE, *Relazione generale sull'attività della CEE*, 1985; F.CAPOTORTI, *Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso «Continental Can»*, en *Riv.Soc.*, 1972, 993 ss., aquí

ción del Estado, destinada a poner reglas en el interés público, puede dar lugar a barreras protectoras administrativas, o a favorecer barreras estratégicas de las empresas, de las que sacan ventaja intereses que no son en absoluto públicos¹⁶², y procurar ventajas para los individuos singulares: así patrocinar espectáculos musicales hace aumentar las retribuciones de los cantantes de fama y plantea la duda de si ese es el mejor modo de ayudar al teatro lírico, o bien

1003, nt. 22; W.J. BAUMOL, J.A. ORDOVER, *Use of Antitrust to Subvert Competition*, en *Journal Law Econ.*, 1985, 247 ss.; K.W. ROTHSCHILD, *Price Theory and Oligopoly*, en *Econ. Journal*, 1947, 299 ss., tr. it., *Teoría del prezzo ed oligopolio*, en F. CAFFE' (ed.), *Economisti moderni*, Milano, Garzanti, 1962, 31 ss..

162 Lo recordaba P. SYLOS LABINI, *Panel degli economisti*, en CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Concentrazione economica, legislazione antimopolistica, trasparenza dell'informazione*, cit., 80 ss., a propósito de la *deregulation* de las líneas aéreas dirigidas por la administración Carter en la obra de A. Wahn [sobre la cuestión, *Regolamentazione del trasporto aereo da parte del Civil Aeronautics Board (Comitato per l'Aeronautica civile) del U.S. Congress, Senate*, en D. COS-SUTTA, M. GRILLO (ed.), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, Bologna, 1987, 207 ss.; P. PANZAR, *Regolamentazione, deregolamentazione ed efficienza economica*, ivi, 255 ss.]. Sobre los ferrocarriles norteamericanos existe una vasta literatura, por ejemplo G. KOLKO, *Railroads and Regulations*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1967; en general puede recordarse la frase de J. K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, cit., 163: «por lo demás, en lo que se refiere a las grandes empresas, las leyes *antitrust* resultan inicuas. Y entre tanto acentúan la ilusión de que el mercado ejerce el control: la ley sanciona aquello que la teoría afirma acerca de su supremacía. La hoja de higuera, con la cual el poder se sustrae a la vista, está dirigida no sólo por los economistas, sino por las leyes de los Estados Unidos y por las sentencias de sus tribunales». Para un asunto en parte distinto, pero involucrado en el uso de la ley para incrementar barreras a favor de colusiones, puede recor-

darse cuanto se ha escrito a propósito de la ley francesa sobre comercio, ley Royer, y su influencia sobre las prácticas de financiación ilegítima de los partidos, de corrupción y de sobornos, Y. TANGUY, *Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial*, en *Pouvoirs*, 1988, n. 46, 97 ss., que afronta un tema raramente investigado en los estudios sobre la administración pública en Francia y que entre nosotros comienza a dar lugar a investigaciones sistemáticas (entre las que hay que recordar de manera particular a F. CAZZOLA, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988). J. K. GALBRAITH, *op. ult. cit.*, 163, escribe que «la legislación *antitrust*, que para las grandes empresas es inicua, recibe siempre la simpatía incondicionada de los juristas. En los últimos diez años o más allá su puesto en el decálogo de los economistas ha decaído. Muchos de ellos admitirían que tiene en realidad un nexo muy débil con las principales fuentes del poder de mercado. Y existiría un amplio consenso al reconocer que la actual represión golpea a los símbolos del poder de mercado y descuida la sustancia». Otros casos muy conocidos de leyes proclamadas en el interés público y en realidad dirigidos sólo a crear posiciones de privilegio son nuestras legislaciones sobre el comercio, cuyas distorsiones de la competencia han sido denunciadas por la Autoridad garante de la competencia en su relación, así como la belga. Sobre la cuestión, R. Van Den BERGH, *Belgiana Public Policy Towards the Retailing Trade*, en J. M. G. SCHULEMBURG, G. SKOGH (ed.), *Law and Economics of Legal Regulation*, Deventer, Kluwer, 1986, 185 ss..

lo impone el hecho de si el patrocinio de un producto por parte de personas célebres, no vinculadas de forma particular al sector de los mecenas en el que entra el producto, se prefiere con respecto aquel efectuado por una persona que efectivamente ha probado el producto reclamado, con un consiguiente aumento del costo al obtener el patrocinio de aquel personaje célebre¹⁶³. En más ocasiones se puede estar tentados de hablar de una verdadera y propia disfunción funcional o una manifestación de función latente¹⁶⁴; como en el caso

163 Sobre la materia, R.W.JENNINGS, *In the matter of Cooga Mooga and Charles E. Boone*, en *Am.Busin. Law Journal*, 1979, 531 ss., citado por S.GATTI, *Sponsorizzazione*, en *Enc.dir.*, vol. XLIII, 509 ss., aquí 511, con referencia al caso del patrocinio del cantante Charles Pat Boone y a su hija por la crema Acne-Statín (*Federal Trade Commission c. Cooga Mooga Inc. e Karr preventive Medical Products Inc.*, 92 *Federal Trade Commission* 310, 1978), cuando no se tenía experiencia directa, como se había hecho creer, sin haber tenido enfermedad alguna de la piel.

164 Para las funciones latentes, contrapuestas a aquellas manifestaciones, reenvío a R.K.MERTON, *Funzioni manifeste e latenti verso la codificazione dell'analisi funzionale nella sociologia*, en ID., *Teoria e struttura sociale*, Bologna, 1959, 29 ss., tr. it. de *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, The Free Press, 1957; pero ya en 1936 R.K.MERTON había escrito un importante ensayo, *The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action*, en *Am.Soc. Rev.*, 1936, n.6, 894 ss.. La diversidad no excluye que las dos funciones cohabiten. El ejercicio fue instituido por los tiranos, escribe, J.J.ROUSSEAU, *Sur l'economie politique*, en *Oeuvres Complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964, 269. en apariencia para defenderse del extranjero, pero, en realidad, para oprimir a los habitantes. Evidentemente la identificación de la función latente o la identificación de la función predominante en un contexto polifuncional de un acto legislativo o administrativo, o más en general de cualquier acto, depende del contexto objetivo o de la posición crítica o ideológica, y también de las tesis o de los prejuicios del observador. Podremos recordar, por quedarnos en el segundo caso, en

materia de planificación urbanística, L.B.ALBERTI, *L'architettura (De re aedificatoria)*, en edición de P. Portoghesi, Milano, Il Polifilo, 1966, V, I, 344, el cual escribía que la ciudad del Cairo estuvo dividida en más partes con un gran número de canales de modo que las ventajas derivadas del Nilo estuvieran repartidas en todos los ángulos de la ciudad; pero el resultado más importante fue no tener que tener nuevas graves sublevaciones populares: y se ve como con ello fueron los resultados destruidos con extrema facilidad. Consideraciones análogas, como se ha sabido, pueden hacerse para el plano de los *boulevards* parisinos de Haussmann entre cuyas motivaciones figura explícitamente la de «aislar los grandes edificios, palacios, cuarteles, de forma que resulten más agradables a la vista, permitir un acceso más fácil en los días de celebración y simplificar la defensa en los días de insurrección»; los *boulevards*, «permitirán la circulación no sólo de aire y de luz sino también de tropas», E.M.BOUTLAT, *Georges-Eugène Haussmann*, Paris, 1901, 8 ss.; cfr. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropiazione*, Milano, Giuffrè, 1969, 70, nt. 15. sobre las funciones latentes de los asambleas legislativas, H.EULAU, K.HINCKLEY, *Legislative institutions and processes*, en J.A.ROBINSON (ed.), *Political Science Annual. An International Review*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merril, 1966, 85 ss.. En algunos casos de regulaciones sobre la competencia, más que de función latente podemos hablar de travestismo: así el *Robinson.Patman Act* 1936, que prohíbe la desigualdad de precios, en realidad daña a los consumidores y perturba las ganancias de las pequeñas empresas de distribución. Se aproximan a este ejemplo los casos en los que una ley tiene un fin prevalente distinto de aquél que

de la acción administrativa (aparentemente destinada a mejorar la calidad de vida de los empleados, con rigurosas reglas sobre el horario de trabajo y sobre las festividades), que facilita la economía sumergida¹⁶⁵ y la evasión fiscal, su hermana siamesa que, en algunos momentos y en algunos ordenamientos, adquieren un papel que se juzga positivamente, por añadidura enfatizado, quizás no del todo desinteresadamente, si se tiene presente que la bipartición entre economía con predominio de los oligopolios y economía de pequeñas y medianas empresas, con larga aplicación de reglas competenciales, puede estar bien vista, de forma particular, para quien ve las soluciones cooperativas y colusivas como las mejores para el sector de las grandes empresas con vocación oligopolista y para quien no le disgusta un reforzamiento de un sistema competencial pero colusivo, en relación con la administración estatal. De modo que, competencia y colusión se alternan, se funden, se confunden¹⁶⁶.

puede tener de acuerdo con las normas de rango superior, con una violación de estas normas [para quien cree, puede recorrerse el exceso de poder]. Esto sucede en las hipótesis de violación del principio de proporcionalidad en el ordinamiento comunitario, que el Tribunal de Justicia, de forma continuada, ha considerado uno de los principios fundamentales del derecho comunitario (sentencia de 14 de julio de 1977, causa n. 8/77, *Sagulo, Brenca y Bakhouche*, en *Racc.*, 1977, 1495, parr. 11-13; 7 de julio de 1976, causa n.11/75, *Watson y Belmann*, *ivi*, 1976, 1185 ss.; 15 de diciembre de 1976, causa n.41/76, *Donckerwolcke in Criel e Henri Schou c. Procurador General de la República del Tribunal de Gran Instancia de Lille y Director General de la aduana e impuestos directos de Paris*, *ivi*, 1921 ss.; 30 de noviembre de 1977, causa n.52/77, *Cayrol*, *ivi*, 1977, 2261 ss.; sucesivamente, 11 de noviembre de 1981, causa n.203/80, *ivi*, 1981, 2595 ss., Casati [ampliamente comentadas en nuestra doctrina]. En esta última sentencia el Tribunal ha precisado que «mientras en la línea de principios de la legislación penal y las normas de procedimiento penal permanecen como competencia de los Estados miembros, sin embargo, con relación a las operaciones objeto de liberalización, encuentra aplicación el principio de proporcionalidad. Son incompatibles con el Tratado de Roma aquellas sanciones internas que van más allá de lo necesario en el fin de reprimir la infrac-

ción en relación a su gravedad». En opinión del Tribunal, en otros términos, «las medidas administrativas o represivas no deben salir de los límites de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deben concebirse de manera que se limite la libertad deseada por el Tratado y no es lícito conminar con sanciones de tal modo desproporcionadas respecto a la gravedad de la infracción que se conviertan en un obstáculo a tal libertad»; sobre la cuestión, A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 1990, 182 s..

165 Uno de los muchos ejemplos de funciones latentes de los aparatos institucionales es el caso de la acción administrativa; cfr. V.VALLI, *Commento*, en M.BIAGIOLI, M.SALVATI, P.SANTI, *occupazione, retribuzioni e spesa per il personale nella pubblica amministrazione*, en ENTE PER GLI STUDI MONETARI, BANCARI E FINANZIARI «LUIGI EINAUDI», *Il disavanzo pubblico in Italia. natura strutturale e politiche di rientro. I. Alle radici del deficit: politica della spesa e politica fiscale*, cit., 541 ss., aquí 547, que recuerda el caso del horario único de las 8 a las 14 y de las formas de «ayuda infantil». El horario de trabajo hasta las 14 en las oficinas públicas permite muchas veces tener un doble trabajo por la tarde, a menudo no oficial. La ayuda anticipada permite añadir a la pensión percibida las ganancias derivadas de otra actividad con frecuencia no oficial.

8. EL intercambio del bien se encuadra en las connotaciones del Estado de ósmosis dentro de una interpretación recíproca y difusa de la sociedad, que afecta también a las técnicas de acción. La ósmosis ha permeado la economía, haciendo desaparecer la diversidad entre económico-privado y público; los servicios públicos son asumidos por personas privadas, las funciones estatales son ejercidas por sujetos privados, que se configuran como equivalentes a los sujetos públicos (aunque esta equivalencia no se encuentra en los textos, o incluso parecería excluida), hasta el punto de que sus actos, de derecho privado, obviamente, están sometidos al control del juez administrativo, y funciones privadas son asumidas por sujetos públicos¹⁶⁷. En el Estado de ósmosis, correlativamente, se pierde la autonomía del derecho administrativo¹⁶⁸ de tipo francés, del italiano en una versión, entendida originariamente como privilegio del Estado y de los funcionarios frente a los ciudadanos (atendiendo a la tradicional interpretación de Dicey¹⁶⁹) y en cualquier caso como complejo organizativo y normativo dirigido por su derecho, caracterizado por su unidad; se pierde la dicotomía privado-público: quedan los polos, intersecciones, sobreposiciones, matices.

La ósmosis está gobernada por el Estado en un continuo proceso de nivelación¹⁷⁰, de asentamiento, de corrección de ruta, de logro de un equilibrio político, en el esfuerzo por reducir las asimetrías intolerables en un determinado momento, por considerar desmesuras contra las cuales el Estado debe combatir para reportar, en su deber ontológico¹⁷¹, las luchas globales y existenciales, o, en cualquier caso, dramáticas y frontales, con conflictos limitados y encapsulados¹⁷². Esta ósmosis tiene varios niveles y varias áreas, con una capilarización móvil, mutable, con contradicciones y con yuxtaposiciones, con tendencias de signo opuesto, copresentes, con la exigencia de no permitir dis-

166 La realidad italiana pasada suministra numerosos y continuos ejemplos; el grave problema que en estos años afrontamos es el de modificarla de acuerdo con un paradigma de competencia.

167 G.FARJAT, *Droit économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971.

168 C.EISENMANN, *Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif*, en *Mélanges Enrique Sayagués-Laso*, vol. IV, Madrid, 1969, 417 ss..

169 A.V.DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1897.

170 Resulta claro que esta nivelación de los precios, no es la vinculada al mercado de la que ya hablaba A.A.COURNOT, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, Hachette, 1838, 55.

171 ARISTOTELE, *La costituzione di Atene*, XII, 2.

172 M.GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., 114 ss.; sobre la reducción de los conflictos sociales a contratos sociales, E.H.HUBER, *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*, en *Nationalstaat und Verfassungstaat*, Stuttgart, 1965, 257 ss..

crecionalidades totales, que puedan desembocar en el arbitrio, con elecciones políticas, de las pequeñas a las grandes opciones, sobre los gastos, sobre la actividad, sobre la cantidad de normas que se producen y modifican continuamente: la privatización de un monopolio, la extensión de la Caja de integración, el incremento del IVA, las normas sobre el etiquetado de las mercancías, la determinación de las características técnicas del sistema de frenado de los vehículos a motor, las normas sobre los balances de las sociedades, la erradicación de la brucelosis de los ganados caprinos, la regulación de las relaciones entre la banca y el público de los ahorradores, la institución de fondos de inversión o de fondos para la creación de ayudas financieras, la institución de un impuesto sobre el patrimonio neto de las empresas, el modo de pago de los medicamentos para los asistidos por el servicio sanitario, las reglas sobre la altura mínima de los locales de las consultas, la disciplina de los contratos de suministro de bienes y servicios para las administraciones públicas, la extensión de los poderes de la Autoridad para la tutela del mercado y de la competencia, la facilitación de la producción automovilista con una construcción de infraestructuras viarias que incentiven un tipo de transporte en menoscabo de otro o, al contrario, una política de infraestructuras o de subvenciones públicas para la alta velocidad, la fiscalización de las cargas sociales, el horario de los comercios, son todas normas que modifican situaciones de mercado, crean o remueven barreras, dan ventajas a una categoría con respecto a otra, actúan a veces sobre grupos pequeñísimos, en ocasiones sobre la generalidad, con nexos a veces complejos, sucesivos y no aparentes; aunque a primera vista no se perciba, un procedimiento de amnistía o de indulto, pone en circulación un buen número de ladrones de automóviles y perturba el mercado de las primas de los seguros contra el robo. En todo caso, hay quien gana y quien pierde. Toda ley, toda previsión es para unos un premio, para otros castigo. Toda previsión es negocio y mercadería¹⁷³, objeto de cambio político.

173 F.SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 26, que cito porque es un ensayo lúcido y conciso y se refiere a un área, como la de la determinación del confin entre lícito e ilícito penalmente sancionado, que al observador desprevenido podría parecer más lejano, y que, por el contrario, entra en el cuadro general, porque el derecho penal se convierte en elemento interno de los conflictos sociales; se convierte en norma de mantenimiento y de confirmación - y en cualquier caso el lugar y el momento se verifica - del poder contrac-

tual-institucional de los sujetos sociales colectivos, de los grupos de intereses organizados, que se ejerce a continuación porque cada grupo lo lleva a cabo para hacer que la mayor cuota de deberes y de responsabilidades sea una carga para los demás grupos: osea para hacer que las actividades típicas de los otros grupos se organicen de manera más complicada, sean más onerosas, más costosas, para quien las cumple, F.SGUBBI, *op.ult.cit.*, 28 s.; de manera análoga, F.SACK, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, en G.KOENING, F.SACK, *Kriminalsoziologie*, Frankfurt am Main, 1968,

Aún con límites presuntos o auspiciados, o impuestos por los Estados prefederales, como el nuestro, que han transferido a la Comunidad su soberanía en las áreas económicas, la ósmosis es indispensable y funcional, por lo que la articulación misma de las instituciones y de los órganos constitucionales se modifica en relación con sus tareas de ósmosis. Lo atestigua, bajo el perfil institucional tanto como bajo el politológico, el cisma entre partidos y circuito electoral partidista y entre grupos de presión y segundo circuito representativo no electoral, que se inserta en un cuadro de cambios que hace insuficientes los viejos modelos lineales, elecciones-parlamento-gobierno, sino que los sustituye, en los ordenamientos estatales, tanto como en los comunitarios, por otros más complejos y articulados¹⁷⁴. Cada uno reconoce que existen funciones y actividades privadas que tienen valores públicos, porque esto sucede fácticamente, o porque se le delegan, así como, por su parte, existen funciones públicas que se persiguen con instrumentos privados en el mercado y, las más de las veces, se mezclan funciones privadas y funciones públicas, instrumentos privados e instrumentos públicos, mutaciones diacrónicas (por ejemplo cuando existe la posibilidad para los operadores de utilizar con fines distintas situaciones nacidas o constituidas para otros fines, en ocasiones incluso opuestos, como en el caso de los controles que deben favorecer la competencia en el mercado, pero que se resuelven como un premio para quien está en posición de oligopolio), en un tejido denso, pero no siempre coherente, valores plurales y en ocasiones opuestos, pero siempre válidos, cada uno desde su óptica. Permanece constante en nuestra cultura la complementariedad de Niels Bohr¹⁷⁵, para quien dos modelos distintos y en contraste, incluso paradigmas¹⁷⁶, resultan

469 ss.; A. BARATTA, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1980, 109; M. Van de KERKOVE, *Symbololique et instrumentalité. Strategies de penalisation et de depenalisation dans une société pluraliste*, en AA.VV., *Punir mon beau souci: pour une raison penale*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1984, 1125 ss.; A.T. TURK, *Criminality and Legal Order*, Chicago, Rand McNelly, 1969, citado por Sgubbi, que habla de creación de los *standards* del bien y del mal.

174 Con esto no intento ofrecer juicios positivos ni sobre unos ni sobre otros, ni olvidar el déficit comunitario de democracia y de representatividad.

175 N. BOHR, *Teoria dell'atomo e conoscenza umana*, Torino, Boringhieri, 1961; ID, /

quanti e la vita, Torino, Boringhieri, 1965.

176 Bohr se refiere al modelo ondulatorio y al modelo corpuscular que se considerarían como dos imágenes igualmente legítimas y necesarias de los fenómenos de la microfísica, pero los ejemplos son numerosísimos y continuamente en la vida cotidiana se proponen nuevos. Podría recordar como en la *querelle* fundamental entre principio de orden de Boltzmann y orden mediante fluctuaciones de Prigogine la respuesta que mejor se inscribe en la cultura a la cual me refiero es la de G. GIORELLO, *Sistema*, en *Enc. Einaudi*, vol. XV, Torino, Einaudi, 1982, 577 ss., aquí 583, «esta contraposición, según el parecer de quien escribe, no se enfatiza más allá de esto: la explicación boltzmanniana y aquella propuesta por la escuela de Bruselas no son teorías rivales

ambos legítimos, porque cada uno contiene un aspecto esencial de los datos experimentales. Es un filón fundamental de nuestros tiempos, en el cual se sitúa el desarrollo de polivalencias semánticas y cognoscitivas, de virtualidades ló-

que pretenden hacer modelos de las mismas situaciones problemáticas; más bien, por así decirlo, se dividen el campo: sistemas «aislados» y proximidad al equilibrio en un caso, sistemas «abiertos» y lejanía del equilibrio en el otro; además, comparten el recurso a técnicas de tipo stocástico». La pluralidad de paradigmas se convierte en normalidad aceptada, considerada, incluso, como una identificación indispensable de polos (que podrían ser Easton y Schmitt para G.POGGI, *La vicenda dello stato moderno*, Bologna, 1978). La pluralidad de ópticas, todas ellas aceptables dentro del conocimiento científico, que es característica de la cultura del siglo (recordemos a L.PIRANDELLO, *Così è (se vi pare)*, Milano, Mondadori, 1990, como también las guitarras cubistas que deben verse de cara y de perfil, desde lo alto y desde lo bajo, abiertas y cerradas, en todas las simultaneidades pensables, D.COOPER, *Braque, les papiers collés*, 1982, 8) la reencontramos en las relaciones entre las investigaciones jurídicas según una ciencia jurídica formal e investigaciones de politología o de sociología jurídicas, para las que «la ciencia del derecho se ocupa de las normas y del sentido lógicamente correcto que debe atribuirse a su expresión lingüística; la sociología del derecho tiene sin embargo por objeto los comportamientos, es decir el actuar de los hombres referido a las normas y la representación que éstas ellos mismos se dan» (R.TREVES, *Due sociologie del diritto*, en *Soc.dir.*, 1992, n.2, 11 ss., aquí 15), que pueden tener el mismo campo con métodos diversos, el uno inclinado a buscar la validez, el otro la efectividad del derecho (G.ROBLES, *Reine Rechtssoziologie versus reine Rechtslehre. Effektivität und Geltung des Rechts*, Relación al Theodor Geiger Symposium, Technische Universität Braunschweig, 7-9 de noviembre de 1991, tr. it., *Sociologia pura del diritto versus teoria pura del diritto: validità ed efficacia delle norme*, en *Soc.dir.*, 1992, n.2, 21 ss., que critica la teoría formal del derecho

kelseniano, por una parte, porque abandona la teoría de la dogmática jurídica y la teoría de la decisión jurídica, por otra, porque introduce elementos sociológicos [eficacia] y metafísicos (la norma fundamental) que infiltran su *Reinheit* y convierten esa doctrina en una *unreine «reine Rechtslehre»*], aunque también alguna vez con un único autor (el caso de Kelsen es emblemático, como lo es el de M.WEBER, *Rechtssoziologie*, Luchterhand, Neuwied, 1960; ID., *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit.. Sobre la sociología de Max Weber cfr. M.REHBINDER, K.P.TIECK, *Max Weber als Rechtssoziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; S.BREUER, H.TREIBER (ed.), *Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1984; M.J.FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991. Weber, en realidad, aún afirmando la diversidad entre los dos órdenes desde el punto de vista del método, instituye abiertamente fuertes nexos entre producción normativa y acción social, entre el sentido interno de la norma y las representaciones de los destinatarios, entre legalidad y valores, entre derecho y hecho, R.MARRA, *Recensione a M.J.FARIÑAS DULCE, op.ult.cit.*, en *Soc.dir.*, 1992, n.2, 153 ss.): Por el contrario estudiosos, como Th. GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Aarhus, Universitetsforlaget, 1947, después en M.REHBINDER (ed.), *Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstaatsachenforschung*, 4º ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1987, han negado que pueda hablarse de conocimiento científico cuando no existe una ciencia empírica de modo que el único conocimiento científico es el de la sociología jurídica, que, como la doctrina realista de la validez del derecho, es la única teoría general del derecho, mientras que la elaborado por los juristas y tradicionalmente llamada con aquel nombre es ideología o metafísica.

gicamente posibles, que se extiende hacia una interpretación de la filosofía que no puede reflejar la objetividad de las cosas, como las ciencias en sentido estricto, sino sólo los diversos tipos de la espiritualidad humana, los cuales se manifiestan en el modo determinado de concebir las cosas¹⁷⁷. Parece ya un carácter innegable de nuestra cultura la pluralidad de modelos y paradigmas no homogéneos¹⁷⁸ adecuados —o ineluctables— en una sociedad que constata las complejidades y los cambios, para la que es normal la pluralidad de ópticas y de paradigmas no homogéneos, en una sociedad compleja y persuadida de no poder reducir a la unidad las complejidades¹⁷⁹ articuladas en niveles, diferenciados pero no jerárquicos, que intercalan coherencias y contradicciones. Así sucede cuando estamos frente a una disfunción funcional o a una manifestación de función latente¹⁸⁰.

La ósmosis se extiende a todas las áreas con un conjunto de conjuntos, que es el de la sociedad y el Estado. El mercado es un conjunto basado, de acuerdo con nuestras percepciones y convicciones, sobre los mismos presupuestos que nuestra sociedad, que se caracteriza por la complejidad, por la incertidumbre, por el procedimiento como esencia del actuar y como legitimación de las instituciones. El aparato debe convivir con el mercado aceptando, por así decir, una serie de intervenciones autoritarias, que pueden aparecer exógenas respecto del mercado, no conformes para un mercado puro o para un liberalismo total, pero que en realidad son componentes de la economía y del mercado mismo de nuestros tiempos, en el que todos consideran un liberalismo total como no actual; la mayor parte de la sociedad ha registrado cambios en los sistemas de valores, a favor de una libertad disminuida en el plano económico y de una mayor libertad de expresión y de acción en el plano social, con las modificaciones consiguientes hacia una estructura distinta en la cual la pluralidad de productores, que individualmente no determinan el precio,

177 G. SIMMEL, *Hauptprobleme der Philosophie*, Berlin, De Gruyter, 1910, tr. it., *I problemi fondamentali della filosofia*, Firenze, Vallecchi, 1922; ID., *Philosophische Kultur*, Leipzig, Kröner, 1911. Sobre Simmel en la cultura italiana, F. FERRAROTTI, *Prefazione*, en G. SIMMEL, *La differenziazione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1982, tr. it. de *Über soziale Differenzierung. Sociologische und psychologische Untersuchungen*, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1890; ID., *Georg Simmel; le forme del rapporto sociale e lo spirito obbiettivo*, en ID., *La società come problema e come progetto*, Milano, Mondadori, 1979, 133 ss..

178 De los modelos no rígidos pero de esquemas de explicación hipotético-probables, sistemas abiertos susceptibles de ser integrados, habla A. PIZZORNO, *L'incompletezza dei sistemi*, en F. ROSITI (ed.), *Razionalità sociale e tecnologie delle informazioni*, vol. I, cit., 163 ss..

179 A lo que no podía dar respuesta el funcionalismo estructuralista, glosa G. RUFFOLO, *Complessità e democrazia: il ruolo dell'informazione*, en *Critica marxista*, 1980, n.5, 11 ss..

180 Para el concepto de función latente, cfr. *infra* nota 171.

ha sido sustituida en parte por oligopolios y oligopsonios; a las decisiones de operadores difusos y paritarios se han sustituido, en gran parte del mercado, por aquellas concentradas y predominantes; a las contrataciones las ha sustituido el contrato de adhesión.

La acción de gobierno opera en un espectro bastante amplio, tendente a la globalidad del campo, mediante saltos continuos, en una dinámica de saltos y de episodios¹⁸¹, en la cual el discreto (entendido en el sentido en el cual la palabra es usada por los matemáticos¹⁸²) y las catástrofes (en la acepción en que la usa Thom) se mueven en un universo entrópico de turbulencias y de procesos dispersos, de desarrollos no sincrónicos¹⁸³, en una pluralidad exasperada que llega hasta aquella de los tiempos plúrimos, de «infinitos universos contemporáneos en los cuales todas las posibilidades se realizan dentro de todas las combinaciones posibles»¹⁸⁴, en que la temporalidad se presenta sin homogeneidad en el espacio geográfico o social, en un *multiversum*¹⁸⁵, caracterizado por la *Ungleichzeitigkeit*, es decir por la no contemporaneidad de los tiempos sociales¹⁸⁶, de los tiempos locales y de los tiempos globales. Son citas que pueden parecer ya lugares comunes, en una edad del discontinuo y de la incertidumbre, por usar un lenguaje de los medios de masas¹⁸⁷.

181 E. RAIMONDI, *Le poetiche della modernità*, Milano, Garzanti, 1980, 8 ss..

182 Es decir de cantidad que se compone de partes separadas; por ejemplo W. KUYK, *Complementarity in Mathematics. A First Introduction to the Foundations of Mathematics and Its History*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 1977, tr. it., *Il discreto e il continuo*, Torino, Boringhieri, 1982; pero también I. CALVINO, *Cibernetica e fantasmi* (1967), en ID., *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Torino, Einaudi, 1980.

183 E. BLOCH, *Nonsynchronism and Dialectics*, en *New German Critique*, 1977, n. 11, 22 ss.; ID., *Erbschaft dieser Zeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1973 (1ª ed., Zürich, Oprecht & Helbling, 1935), ha hablado de *Ungleichzeitigkeit*, en un cuadro que supera la oposición entre sincronidad y diacronicidad.

184 I. CALVINO, *Perché leggere i classici*, Milano, Mondadori, 1991, 299.

185 El concepto es de E. BLOCH, *Differenzierungen im Begriff Fortschritt*, en Tübingen

Einleitung in die Philosophie, vol. I, Frankfurt, 1963, tr. it. parcial en ID., *Dialectica e speranza*, Firenze, Vallecchi, 1967; ID., *Ungleichzeitigkeit und Pflicht zu ihrer Dialektik*, en *Erbschaft dieser Zeit*, vol. IV, cit.; ID., *Aktualität und Utopie. Zu Lukács «Geschichte und Klassenbewusstsein» en Der Neue Merkur, 1923-24, 457 ss.*, tr. it., *Actualità e utopia. Su «Storia e coscienza di classe» di Lukács*, en L. BOELLA (ed.), *Intelletuali e coscienza di classe. Il dibattito su Lukács 1923-24*, Milano, Feltrinelli, 1977; sobre la cuestión M. REVELLI, *Identità etniche e regionali tra innovazione e memoria*, en R. SCARTEZZINI, C. TULLIO ALTAN (ed.), *Una modernizzazione difficile. Aspetti critici della società italiana*, Napoli, Liguori, 1992, 49 ss..

186 «Para indicar el desfase entre tiempos históricos no congruentes que coexisten en el mismo presente cronológico», R. BRODEI, *Multiversum. Tempo e storia in Ernst Bloch*, Napoli, Bibliopolis, 1992, 17 ss..

187 Recuerdo dos títulos de obras no recientes de P. F. DRUCKER, *L'era del discontinuo*, Milano, Etas Kompass, 1970, y de J. K. GALBRAITH, *L'età dell'incertezza*, Milano, Monda-

9. Si la ósmosis como connotación del Estado es cierta, el problema se transforma en quién regula la ósmosis, quién identifica las finalidades, quién identifica la tolerancia, hasta qué punto puede ir más adelante el poder público o el económico. El «quién» resulta todavía más difícil de identificar cuando no se trata de relaciones entre Estado y mercado, entre competencia e intervenciones públicas, sino entre instituciones en el Estado o entre instituciones estatales o metaestatales, como las comunitarias. Cada día es dialéctica, tensión, contienda entre Estados miembros y Comunidad europea por las ayudas que los Estados quieren dar y que la Comisión contesta, y las ayudas que los Estados piden y sobre las cuales la Comisión se reserva la decisión.

El gran experimento del mercado europeo, impone rediscutir nociones, convicciones, principios operativos, técnicas prácticas, repensar, a fondo, puntos que parecen claros, repulir un cuerpo normativo colosal en el cual anidan centenares de privilegios, de áreas abandonadas a discrecionalidades inoportunas, factores de ineficiencia e incluso de corrupción, buscando remedios nada fáciles¹⁸⁸. Las normas comunitarias imponen un modelo competitivo concurrencial. En otras palabras, el cambio no es sólo la soberanía comunitaria del mercado interno, sino un mercado competencial en una economía social de mercado¹⁸⁹. Lo que comporta el abandono de aquel tipo de economía administrada por el aparato público, por los acuerdos entre privados, empeñada en donaciones y subsidios a empresas públicas y privadas¹⁹⁰, al feudalismo para-

dori, 1977, que se insertan en el filón de los paradigmas de discontinuidad y desorden.

188 Se recuerda la importante función atribuida a la Autoridad garante de la competencia de los arts. 21 y 22 de la ley 287/1990 (sustancialmente análoga a la del correspondiente órgano español), según la cual puede señalar al gobierno todos los procedimientos legislativos, administrativos, y todas las regulaciones que injustificadamente alteren el proceso competitivo, identificando allí donde sea posible también las soluciones alternativas, además de expresar su parecer cuando lo estime oportuno, sobre iniciativas legislativas o reglamentarias y sobre problemas relativos a la competencia, F.SAJA, *Legge a tutela della concorrenza e del mercato in Italia, en Acquisizioni, fusioni e concorrenza*, vol.3, 1991, n.1, 11 ss., cuando se recuerda que en el cuadro general de la formación de las normas de la Autoridad no tiene aquellos

poderes reguladores que poseen, sin embargo, otros entes independientes como la Consob y la Banca de Italia. Esta institucionalización de la participación en el proceso legislativo preparlamentario de un ente público o autoridad independiente (para los precedentes M.A.BARTOLI, *La formazione del disegno di legge. Processi e procedimenti preparlamentari, en Il processo legislativo nel parlamento italiano*, vol. IX, investigación dirigida por Predieri, Milano, Giuffrè, 1983) aunque sea sólo en forma que no pueda hablarse de iniciativa legislativa, hace así que la normativa italiana parezca más avanzada que otras.

189 Para un tratamiento de este tema reenvío a PREDIERI, *Dallo stato prefederativo, cit.*

190 Según la Comisión de la Comunidad europea las ayudas del Estado para la industria resultaban las más altas por completo de toda la Comunidad: casi diez mil

público de las participaciones estatales con un sistema de empresas públicas de dimensiones superiores a las de otros países de la Comunidad¹⁹¹, que han permeado los momentos precedentes de la economía italiana, aunque ello no comporte el abandono de una economía mixta. Esta versión italiana de la economía mixta mantiene hasta ahora colosales residuos en nuestras leyes, en nuestra praxis (con todas las colusiones entre las posiciones oligopolistas, los aparatos burocráticos, el sistema y la corrupción organizada) y en nuestra jurisprudencia, habituada a monopolios legales, a menudo de facto, en ocasiones ilegales desde cualquier punto de vista, no sólo comunitario¹⁹² sino también del derecho interno. La situación hoy en día está lejos del paradigma. La legislación comunitaria ha impuesto e impone no sólo reasentamientos de áreas singulares y de objetos concretos, sino un cambio de paradigma, el de la competencia¹⁹³ que debe seguirse y ponerse en práctica. Esto lo permite diversas lecturas, tanto para el desarrollo y ponerse al día de las disciplinas, cuanto por el significado que la competencia tiene en el sistema económico-institucional, tanto en el nivel de las definiciones y de los principios operativos generales como en el mercado de concretos mercados de sectores. Por otra parte, se trata de un paradigma institucionalmente vinculado a problemas complejos, de *puzzles*¹⁹⁴. Sería difícil mantener que la economía de

millones de ECU, superiores a los dos mil millones recibidos en el mismo periodo por la industria alemana, de tres de la francesa y de cinco de la británica.

Las ayudas por miembro en ECU son para Italia las más altas de la Comunidad: España, 1528; Grecia, 3545; Irlanda, 2504; Portugal, 744; Mezzogiorno de Italia 11.311, áreas retrasadas, 2.965; Bélgica, 1601; Dinamarca, 770; Alemania, 1.135; Francia, 1.456; Luxemburgo, 956; Holanda, 1.458; Gran Bretaña, 806, Centro-Norte de Italia, 1.593, áreas desarrolladas, 1.206, en SVI-MEZ, *Rapporto 1992 sui mezzogiorni d'Europa*, Bologna, 1992, 93, e ivi para consideraciones críticas y diversas valoraciones.

191 Según los datos de la Confindustria las empresas públicas italianas tienen el 27% de los ocupados de las empresas con más de 20 afiliados, frente al 15% de Grecia, el 13,3% de Francia, el 10,2% de Portugal, el 9,8% de Bélgica, el 6% de los Países Bajos y de Gran Bretaña.

192 «Las empresas públicas que ofrecen bie-

nes y servicios sometidos a la competencia del Mercado común deben operar en la línea de máximo en condiciones económicas y financieras determinadas por el libre juego de los factores de producción sobre el mercado del que se trate. El equilibrio financiero de tales empresas así como la remuneración de su capital deben fundarse sobre la ganancia resultante de su actividad industrial y comercial. El recurso a los distintos medios por tales beneficios y a las facilidades crediticias que consiguen con ello, amenazan con falsear la competencia y son susceptibles de incurrir en las reglas relativas a las ayudas de Estado» (*Ottava Relazione sulla Politica di Concorrenza*, punto 254).

193 En particular la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, causa 172/80, *Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, en *Racc.*, 1981, 2021; G.TESAURO, *Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e imprese bancarie*, en *Dir.comm.intern.*, 1991, 505 ss..

194 R.LANFREDINI, *Oggetti e paradigmi. Per*

mercado de nuestros días no es un *puzzle* que, de día en día, cambia hacia un Estado caracterizado por la futura ósmosis con la sociedad y con el mercado, ósmosis de gobernar hora a hora. El camino hacia la actuación del nuevo paradigma resulta accidentado debido a razones generales, válidas para toda la Comunidad, sobre todo en la fase actual de instauración de un mercado abierto para los servicios. El cambio exige una interiorización del nuevo paradigma que se transplanta¹⁹³, con una operación nada fácil para quien sale —o, mejor, saldrá o, está preparado para salir— de una economía de oligopolios administrativos, de cuotas de mercado protegidas, de empresas con participación estatal asistidas de manera formal e informal, de ayudas a las empresas o de implusos a las iniciativas, de premios y de castigos, que, además, siente la competencia como un instrumento que hoy se usa, pero no lo ve todavía como una regla fundamental, una *golden rule* del sistema. Si ya resulta difícil desembarazarse de las viejas ideas lo es, de forma traumática, cuando precisa dejar de lado los residuos y las inserciones ultraseculares en la acción de todos los días¹⁹⁶. No es operación fácil y por bastante tiempo será un campo de tensiones y de conflictos entre Estado y Comunidad europea. Baste pensar en las controversias y el contencioso sobre las ayudas de Estado y sobre el papel de la empresa pública: las experiencias de varios países, sobre todo las italiana y española, lo muestran. Para la empresa pública, la Comunidad europea tiene un régimen no de favor, en cuanto que, aunque es verdad que el art. 222 del tratado de Roma comporta una neutralidad con igualdad de tratamiento entre propiedad pública y privada (de forma análoga en el art. 42. Const.italiana) el art. 90 impone vínculos de respeto de la competencia que imponen también a la empresa pública un régimen a menudo bastante distinto de aquel para el que se ha creado en la re-

una concezione interattiva della conoscenza scientifica, Roma, Napoli, Theoria, 1988.

195 Tomo prestadas las palabras de algunos psicólogos como L.S.VYGOTSKIJ, *Razvitie vyssykh psichicheskikh funkcij*, Moskva, Izdatel'stvo Nauka, 1960, tr. it. en M.S.VEGGETTI (ed.), *Storia dello sviluppo delle funzioni psichiche superiori*, Firenze, Giunti-Barbera, 1977, sin hacer, por otra parte, referencia a su acepción rigurosa.

196 Es lo que sucede hoy en Italia: el desastre financiero, fruto también de ilegalidades repetidas, de violaciones ostentosas (de

todo esto he hablado en PREDIERI, *Il nuovo assetto*, cit., 89 ss., en lo que afecta a la ilegitimidad constitucional y en el mismo volumen, 254 ss., en lo que afecta a la comunitaria) de la constitución primero, del Tratado de Roma después, y unido a un periodo de recesión, dificultades y turbulencias económicas, ha hecho que los remedios drásticos, en cualquier caso necesarios de forma independiente por las obligaciones comunitarias y la adecuación tardía, y ampliamente saboteada, a las obligaciones comunitarias que imponen el paradigma de la competencia, resulten muy difíciles, bordeando el límite de ruptura del sistema.

alidad¹⁹⁷, y que pueden llevar a una versión de la economía mixta muy diferente¹⁹⁸.

Traducción de Ascensión ELMRA

68

197 En la bibliografía española sobre ayudas, G.FERNANDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, IEF, 1983; ID., *El régimen de las ayudas en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993. Para una tesis parcialmente contraria a cuanto se ha expuesto en el texto, cfr. el agudo escrito de S. MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mer-*

cado europeo de la televisión, Madrid, Civitas, 1993, que subraya la lectura del art. 222 más que la del art. 90 del Tratado de Roma.

198 Reenvío sobre toda esta cuestión al volumen *La certa osmosi-l'incerto paradigma. Mercati e concorrenza nello stato prefederativo*, de próxima publicación.

documentación

