Orden Público Económico: ficción o realidad

Por Arturo Yrarrázaval C.

Abogado,

Profesor Pontificia Universidad

Católica de Chile.

Análisis del Derecho Económico en Chile

Es impresionante constatar que el concepto, hoy día, totalmente reconocido del derecho económico en nuestro país, tuvo su origen en la década del 60. Hasta ese entonces se estudiaba en las Facultades de Derecho los cursos denominados indistintamente como Política Económica o Economía Política y después el curso de Derecho Industrial y Agrícola.

Posteriormente surgen los cursos de Legislación Económica en sus ámbitos de Comercio Interno y de Comercio Exterior y en algunas Facultades el curso de Derecho Financiero en forma separada del curso de Derecho Tributario. Así, se puede entender el concepto que Daniel Moore daba en 1962 al concebir el Derecho Económico como un "conjunto de principios jurídicos que informan, y de disposiciones, generalmente de derecho público, que rigen la política económica estatal, orientada a promover un más acelerado desarrollo económico".

El concepto de Moore, que hoy parece criticable desde diversos puntos de vista, reflejaba la confusión reinante en nuestro medio sobre el tema. Algunos creían, en la línea de Moore y de Olguín en Chile y de Santo Briz en España, que el derecho económico no era otra cosa que derecho de la intervención estatal en el ámbito económico. Así, las Cuartas Jornadas de Derecho Público de 1965 definían al derecho económico como un "conjunto de principios, normas e instituciones mediante los cuales se realiza el desarrollo planificado de la sociedad en su aspecto económico". Existían otros, los menos, que pensaban que el derecho económico era un ordenamiento destinado a asegurar y amparar el desenvolvimiento de la actividad económica privada. En seguida, un tercer grupo, constataba una extensa legislación inorgánica, contradictoria, dispersa y mutable, lo que no permitía hablar de un derecho económico sino en el mejor de los casos de legislación económica.

Análisis del Orden Público Económico en Chile

El análisis del Orden Público Económico en Chile es también bastante reciente. La Primera Jornada de Derecho Económico celebrada en la Universidad de Concepción en 1976 sirvió como punto de partida para el análisis académico sobre la materia. En dicha ocasión el profesor Enrique Aimone hizo un brillante análisis para determinar un concepto de derecho económico sobre la base de su evolución histórica y del pensamiento de famosos juristas como Lehmann, Huber, Hedemann, Radbruch, Isele, Cotteley en la Europa continental y de Aftalión y Olivera en América Latina. El mismo Enrique Aimone, ya había planteado en un artículo publicado en 1964 en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción unos primeros conceptos sobre el tema, señalando que el objetivo del Derecho Económico era el de establecer el Orden Público Económico. En esa misma línea, Oscar Aramayo planteaba que el Derecho Económico tenía que preservar el orden público económico, que él lo vinculaba con la ejecución de la política económica del Estado a través de la programación del desarrollo.

Orden Público y Orden Público Económico

La distinción entre el orden público y el Orden Público Económico ha sido una materia de notoria complicación. Nadie tiene duda que los efectos de la ley en cuanto a la sanción están determinados por el orden público. El notable jurista y profesor de la Universidad de Chile Avelino León Hurtado sostenía, después de reconocer lo difícil que era precisar el concepto del orden público, que son "principios, normas o reglas que miran a los intereses generales de mayor importancia para la sociedad". Asimismo, el excepcional jurista de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez señala que "podría, en forma aproximada, definirse el orden público como el conjunto de principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los cuales reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a ésta desenvolverse correcta y adecuadamente".

Ambos eminentes juristas concuerdan en lo siguiente:

1.- El orden público es un concepto eminentemente variable en el tiempo y en el espacio.

2.- A la ley le corresponde determinar en el derecho privado cuáles instituciones y conceptos son de orden público.

3.- En cuanto al derecho público todas sus normas por definición son de orden público.

4.- El concepto de orden público no puede quedar indeterminado legalmente pues constituiría un grave peligro para el Estado de Derecho.

El orden público económico aparece definido por nuestra jurisprudencia en 1954 como "el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad. De esta noción ha surgido el concepto de delito económico que viene a ser, precisamente, todo hecho que importe una transgresión a aquel orden económico".

En la actualidad el concepto se ha decantado notablemente y así el Diccionario de Derecho Empresarial de Luis Ribó Durán y Joaquín Fernández de 1998 lo definen como "la síntesis de los muy diversos intereses que concurren en el marco institucional de una economía de mercado. En este sentido y mediante la protección de la propia competencia, se tutelan los intereses de los competidores y de la propia economía nacional". Los autores consideran que el concepto es de naturaleza preconstitucional.

El Orden Público Económico del profesor Eduardo Novoa

En el caso chileno el tema del Orden Público Económico fue objeto de una muy larga controversia académica en la segunda mitad de la década del 60 y jurídico-político durante el gobierno de Salvador Allende. El profesor Novoa había planteado ya en 1964 que el sistema jurídico-económico había perdido totalmente su unidad pues "lo integran disposiciones antagónicas en cuanto a sus principios, en cuanto a la ideología que los inspira y en cuanto a la forma como encaran la solución de los problemas jurídicos". Confiesa el profesor Novoa en su muy interesante libro "Resquicios Legales" que el Presidente electo Salvador Allende le había encargado buscar preceptos legales que permitieran la aplicación de su programa económico. Las disposiciones legales recomendadas fueron el D.L. 520 de 1932, las atribuciones discrecionales otorgadas en la legislación económica a diversas autoridades y las intervenciones de empresas. Un análisis en profundidad sobre el pensamiento del profesor Novoa se encuentra en la edición de sus obras escogidas bajo el título "Una Crítica al Derecho Tradicional".

Técnica del Orden Público Económico

Resulta imperioso en el análisis del Orden Público Económico el determinar las técnicas a través de las cuales se manifiesta. Mientras el orden público se manifiesta a través de normas prohibitivas, el Orden Público Económico lo hace a través de un conjunto de técnicas, una de ellas siendo las normas prohibitivas.

Una técnica fundamental del Orden Público Económico es la reglamentación. Así en el caso chileno tenemos a las Superintendencias económicas reglamentando, dentro del ámbito de la ley, la actividad de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de los bancos e instituciones financieras, de las sociedades anónimas abiertas, compañías de seguros y bolsas y de las instituciones de salud previsional. Asimismo, el Banco Central de Chile, en virtud de las facultades otorgadas a su Consejo por la Ley Orgánica Constitucional, está permanentemente reglamentando en el ámbito monetario, crediticio y cambiario. Otra técnica empleada por el Orden Público Económico es el control a que se someten las actividades económicas reguladas mediante ley en Chile. Los controles son ejercidos por los órganos fiscalizadores en forma permanente. Son también técnicas del Orden Público Económico las limitaciones a la libre contratación y autonomía de la voluntad. Las leyes de la competencia han limitado la libre contratación al sancionar cualquiera práctica restrictiva contenida en dicha contratación, ya sea con el término del contrato o su modificación.

Orden Público Económico Constitucional

La Constitución de 1980 revivió la discusión doctrinal con respecto al Orden Público Económico a nivel constitucional. El profesor José Luis Cea lo conceptualizó como "el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formuladas en la Constitución". Reconoce el profesor Cea que el Orden Público Económico no se agota, ni mucho menos, en la Constitución, sino que comprende el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas en sus muy diversas jerarquías y especies.

El Orden Público Económico a nivel constitucional, implica en forma fundamental reconocer los derechos naturales de las personas en materia económica, habilitando al legislador para regular el libre ejercicio de las garantías y pudiendo, sin afectar su esencia, limitar o restringirlos pero por ningún motivo suprimirlos. En ese aspecto las disposiciones constitucionales sobre libre iniciativa en materia económica pasan a ser cruciales.

Debemos recordar que dentro de la disposición constitucional del artículo 19 Nº21 existe la limitación o prohibición que la actividad económica no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. A mi juicio estas limitaciones deben ser ordenadas por la autoridad administrativa la que debe estar premunida de las correspondientes facultades legales. Distinta es la situación en relación con las actividades económicas reguladas. La regulación en cuestión debe hacerla el legislador y del repaso del contenido del Derecho Económico en Chile se concluyen que así se ha hecho con respecto a todas las actividades económicas reguladas. Algunos han creído que las ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por los municipios harían excepción al principio constitucional. No lo creo así, pues dicha normativa obedece a las facultades que el legislador ha otorgado a las municipalidades en la esfera propia de sus atribuciones. El tema se abordó en un recurso de amparo económico de una comerciante ambulante en contra de la Municipalidad de Recoleta. La medida tomada por la municipalidad pudo haber sido atacada de discriminatoria bajo el recurso de protección del artículo 19 Nº22, pero desde el punto de vista de la libre iniciativa en materia económica era plenamente legal.

Contenido Fundamental del Derecho Económico

Difícil habría sido plantearse el tema del contenido fundamental del Derecho Económico hace algunas décadas. Prueba de ello fue la inexistencia del ramo dentro de los estudios de Derecho. Sin embargo, hoy en día se puede constatar en Chile y en todos los regímenes jurídicos desarrollados, un contenido bastante claro y específico.

En primer lugar nos encontramos con una Constitución que contiene a mi juicio todos los principios económicos fundamentales. Así dentro de los derechos de las personas se desarrolla con certeza la libre iniciativa en materia económica con las limitaciones de la moral, el orden público y la seguridad nacional y respetando las normas legales que la regulan. Asimismo, el Estado empresario debe ser reconocido por ley de quórum calificado y someterse a la normativa general salvo que por ley de quórum calificado se le dé un tratamiento especial, lo que implica un reconocimiento constitucional del principio de subsidariedad. La norma de la no discriminación arbitraria protege a las personas en las actuaciones económicas del Estado y de sus órganos y deja claro que el único que puede discriminar y siempre que no sea arbitrario es el legislador. La Constitución al consagrar los principios básicos en materia tributaria no hace sino proteger al contribuyente. Así los principios de legalidad, igualdad, justicia y no afectación constituyen un catálogo de protección frente al Estado recaudador de tributos. En materia medioambiental se consagran a nivel constitucional los deberes del Estado y se establece que es la ley la que debe regular el tema medioambiental. El derecho a la propiedad y de propiedad son cuidadosamente regulados en la Constitución, en todas sus diversas especies y manifestaciones. Termina el capítulo de los derechos de las personas con la protección de los derechos en su esencia y con el singularmente importante recurso de protección que ha sido intensamente utilizado desde el Acta Constitucional Nº3 en adelante. En materia de la formación de la ley, la disposición constitucional sobre las materias de ley y reglamentaria, de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República y del presupuesto son de importante contenido económico. Cierro este catálogo básico de la Constitución económica con el reconocimiento constitucional del Banco Central muy cuestionado en su época y hoy en día de un gran reconocimento y la norma de las funciones del Banco Central.

En el plano de la ley, la legislación económica es hoy en día profusa y abarca variados campos. Las leyes de defensa de la libre competencia y de protección al consumidor son de gran importancia en las relaciones comerciales diarias y en la defensa del bien jurídico de la competencia. La ley del Banco Central con su desarrollo institucional y de las funciones monetarias, crediticias y cambiarias, tienen un contenido económico de singular relevancia macroeconómica y de impacto sobre el ahorro y la inversión. El Consejo del Banco Central a través de sus acuerdos está permanentemente normando estas materias, el contenido de los Compendios de Normas Financieras y de Cambios Internacionales, Exportaciones e Importaciones impresionan por lo profuso y cambiante. La Ley General de Bancos y la de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, conjuntamente con la normativa proveniente de la Superintendencia, constituye un amplia área de análisis económico. En materia de valores, la ley y la Superintendencia de Valores y Seguros aportan otro tanto. En las relaciones económicas internacionales hay que destacar la normativa sobre la inversión extranjera, fondos de inversión, antisubvenciones y dumping, acuerdos y tratados de libre comercio y la normativa cambiaria existente en nuestro país desde 1932. El actuar del Estado en su quehacer económico se analiza en la ley de Administración Financiera del Estado, Ley de Presupuesto y legislación de planificación. Por último nos encontramos con la legislación de incentivos ya sean regionales o por actividad económica. No he incluido en este listado fundamental la normativa económica en materia de seguridad social, salud, laboral y de sociedades anónimas y bursátil. Asimismo, hoy en día nadie duda de la íntima relación con el derecho financiero y tributario.

He querido demostrar a través de este somero listado que el derecho económico tiene hoy en día un contenido propio que por lo profuso que es puede ser analizado en grandes líneas en los estudios de derecho y que ya empieza a profundizarse a través de programas de derecho de la empresa o de derecho y economía.

El Derecho Económico no es Derecho Administrativo

En el último tiempo se ha planteado en el Derecho alemán, francés, italiano, español y argentino, principalmente, la tendencia a que el Derecho Administrativo absorba el Derecho Económico. A mi juicio esta es una nueva versión de los deseos de algunos de que el Derecho Económico sea parte del Derecho Público y en ese caso pareciera lógico que su relación fuese con el Derecho Administrativo. Se trata de, como dice Sebastián Martín-Retortillo, "plantear y analizar el viejo y conocido fenómeno de la intervención administrativa en el ámbito económico, realidad que, afirmada y generalizada tras un proceso creciente y expansivo, resulta preciso ordenar sistemáticamente". En este sentido encontramos a los alemanes Huber y Badura, los franceses Savy, Jacquemin y Schrans, de Laubadere, Farjat, Linotte y Mastre, los italianos Bentivenga, Gianini, Quadri, Cavallo y Di Plumio y los españoles Martín Mateo, Villar Palasi, Baena de Alcázar y los autores Manzanedo, Hernando y Gómez Reino.

Del análisis del contenido del Derecho Administrativo Económico se puede constatar la similitud con los contenidos del Derecho Económico nuestro. Las únicas materias que se tratan en el derecho europeo continental y que no son estudiadas en forma sistemática por el Derecho Económico son las telecomunicaciones, la energía y el transporte.

El Derecho Económico no es Derecho Comercial

Otra tendencia que se ha notado especialmente en el derecho anglo-sajón es el de asimilar el Derecho Económico al Derecho Comercial o "Business Law". De esta forma se abordan en dicha área diversos temas jurídicos-económicos relativos al derecho empresarial. Dentro de esta concepción se deja el "Law and Economics"para el estudio de las relaciones de la economía con el derecho. Así, la gran mayoría de los textos de "Law and Economics" pretenden estudiar las complejas relaciones entre ambas ciencias.

En nuestro país, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica se ha eliminado en el nuevo curriculum el ramo del Derecho Económico siendo absorbido por un Derecho Comercial que se desarrolla en tres años. Huelgan los comentarios al respecto.

Las Sanciones del Derecho Económico

Un punto que parece fundamental dilucidar es el tipo de sanciones más apropiadas para el Derecho Económico. Durante mucho tiempo se pensó que dada la gravedad de los ilícitos económicos eran los delitos económicos las sanciones más apropiadas. Sin embargo, han ido surgiendo nuevas sanciones que por lo general parecen más adecuadas, cuales son las sanciones pecuniarias. Hoy en día, la gran mayoría de las sanciones económicas están siendo aplicadas por los órganos fiscalizadores y reguladores. Estamos hablando del Banco Central, de las Superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Instituciones de Salud Previsional y en el plano tributario del Servicio de Impuestos Internos. Todos los órganos fiscalizadores están permanentemente aplicando sanciones por la infracción de la legislación reguladora, de las circulares y acuerdos emitidos por ellos y de los estatutos de las sociedades fiscalizadas. Dichas infracciones pueden ser múltiples pues la normativa que se aplica a las sociedades reguladas es inmensa y contiene normas que van desde aspectos básicos de sus operaciones a otras que son reglamentaciones de detalles. En las sanciones pecuniarias se le otorga al Banco Central, a las Superintendencias y al Servicio de Impuestos Internos la posibilidad de castigar las infracciones con notable discrecionalidad dentro de montos máximos tanto para las personas que hubiesen participado como para las sociedades involucradas. Dichas sanciones son consideradas administrativas pero permiten a los sancionados recurrir por lo general a los tribunales superiores de justicia.

Soy del parecer que este tipo de sanciones pecuniarias son más eficaces y equitativas que las diferentes sanciones de privación de libertad que corresponde a los delitos económicos. Por de pronto, estas sanciones pecuniarias tienen algunas características que les son propias: en primer lugar su aplicación es bastante rápida, basta la decisión del ente controlador fiscalizador para los efectos de su aplicación. En seguida, permite sancionar a las personas naturales responsables como asimismo a las personas jurídicas. En tercer lugar permite a los órganos fiscalizadores sancionar por cualquier infracción de ley, circular o de los estatutos, por lo tanto no requiere de la tipificación.

Conclusiones

Después de hacer estas consideraciones me permito concluir:

1.- El Derecho Económico no es Derecho Administrativo ni Derecho Comercial, es autónomo. La evolución que ha tenido el Derecho Económico especialmente en los últimos 25 años en Chile permite diferenciarlo claramente.

2.- El contenido del Derecho Económico ya está lo suficientemente decantado. Corresponde ahora hacer análisis jurídicos más profundos basándose especialmente en nuestra evolución y en el derecho comparado. Llamo la atención que, a pesar de reconocer la trascendencia del derecho comparado, es a mi juicio fundamental elegir bien el derecho y la legislación económica más apropiada y adecuada para nuestra realidad chilena.

3.- El Orden Público Económico es la base conceptual del Derecho Económico. Por lo tanto, todos los análisis y estudios que se hagan al respecto debieran ayudar en su clarificación.

4.- Las técnicas del Orden Público Económico también deben seguir elaborándose y perfeccionándose pues diferencian al Derecho Económico. Asimismo, debe incorporarse cada vez más un análisis crítico más fino de la legislación económica para los efectos de su permanente mejoramiento.

5.- Especial preocupación me generan las sanciones del Orden Público Económico. Los delitos económicos, a mi juicio han mostrado ser cada vez menos apropiados para sancionar las infracciones a la profusa legislación económica y menos todavía las infracciones a las circulares y los acuerdos de los órganos controladores.

6.- La actividad reguladora del Estado, a través de la ley, se ha hecho cada vez más extensiva y muchas veces confusa y contradictoria. Los excesos en la actividad reguladora se han notado en diversos países en los cuales se está en presencia del proceso opuesto, el de "desregulación". Estos procesos pendulares debieran advertir de las deficiencias que al acercarnos al tercer milenio encontramos en el Derecho Económico.

7.- Cada vez se hace más necesaria la interacción entre abogados y economistas. La pretensión de la escuela de pensamiento denominada "Law and Economics" justamente persigue esto y lo que se inició en los países anglo-sajones se ha extendido a la Europa continental, pero desgraciadamente todavía no tiene seguidores de relevancia en América Latina.