

"PRINCIPIOS DE DERECHO ECONOMICO.

EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO"

Por: RAUL SANTA MARIA DE LA VEGA
Profesor del Departamento
de Derecho Económico.

Iniciando este ciclo, corresponde comenzar a ver la materia relativa a Orden Público Económico. La debida conceptualización del Orden Público Económico es vital para entender el basamento, la racionalidad de las disposiciones legales que van conformando este Orden Público Económico y, al mismo tiempo, uno de sus aspectos específicos, cual es la legislación penal en materias económicas.

El concepto de Orden Público Económico ha sido largamente trabajado, y estudiado y podríamos decir que actualmente se encuentra aún en elaboración y en etapa de aporte.

Me ha correspondido un análisis fundamentalmente teórico de lo que es Orden Público Económico y de sus contenidos.

Hecha la salvedad, repito, de que se trata de una materia todavía en etapa de elaboración y de aporte, podemos entrar a visualizar su estructura básica.

En primer lugar y desde un punto de vista filosófico, no debemos olvidar que el Orden Público Económico es una especie de orden. Como tal, lo conceptualizamos o lo visualizamos como "una correcta disposición de las cosas en relación a un fin". Todo orden en sentido filosófico implica dos elementos básicos: una disposición de cosas; y, además, una disposición

de cosas en relación a un fin. Estos dos elementos íntimamente ligados entre sí, implican que esta disposición de las cosas es correcta, es decir, podemos emitir con respecto a ellas un juicio de valor, en la medida en que guardan relación y corresponden a un fin.

De tal manera que, en el concepto filosófico de orden, el fin es el elemento esencial para poder juzgar, para poder valorar, si la disposición de las cosas es o no correcta.

En este sentido discurre el Orden Público Económico, pero, como vemos, discurre con ciertos calificativos.

Cuando estamos hablando de un Orden Público, estamos hablando de un orden social, y el orden social implica un correcto disponer con relación a un fin, pero no de cosas, como es el sentido que tiene el orden material, sino que es un correcto disponer del hombre y de las sociedades. Y en este sentido es un correcto ubicar, es un localizar, poner en posición, elementos sociales. Las sociedades, en general, tanto las Sociedades imperfectas como las perfectas, tomada la perfección en relación con el cumplimiento de su fin, si es que requieren para ello de otras.

En consecuencia, estamos hablando de un orden social y lo estamos diferenciando del orden material, en cuanto a los elementos que vamos a ordenar, que son factores sociales y no son cosas materiales.

Desde este punto de vista y volviendo a este basamento material del orden, si en una biblioteca hemos ordenado los volúmenes de acuerdo a autores o de acuerdo a la materia, la ubicación que los volúmenes tomen en los anaqueles deberá corresponder al criterio finalista que hemos utilizado para poderlos clasificar.

Desde este punto de vista, los objetivos o los fines de un orden son esenciales. De ello va a depender que la disposición de los factores en el orden material, las cosas en el orden social, las sociedades y el hombre, sean o no correctos.

De manera, entonces, que es esencial que estemos visualizando en todo momento, en un orden social, el objetivo.

Y en la consecución del objetivo, como vamos a ver más adelante, le corresponde a la autoridad un papel esencial.

Pero un orden social, como organiza toda la vida de relación del hombre, tiene diversos aspectos o facetas. No

basta con que nosotros nos refiramos a un orden social en el sentido de que todas las sociedades y el hombre están colocadas o están dispuestas de tal manera que corresponden al logro de un fin, porque ello depende en gran medida de cuál sea el aspecto en el cual queremos poner énfasis o cual sea el aspecto que es temos visualizando dentro del orden social.

Desde este punto de vista, veremos que existe un orden político, que puede existir un orden cultural, un orden laboral, que en lo institucional o jurídico existe un orden constitucional y, en consecuencia, tenemos diversos aspectos, diversos énfasis en cuanto a los fines que nos proponemos para el análisis.

Si, dentro de estos fines, atendemos al económico, estamos planteándonos ya el orden social en una dimensión económica.

Al orden material, en abstracto, le hemos otorgado el carácter de público, es decir, el carácter de un orden social, y a este orden social le vamos a añadir el elemento económico, el calificativo de económico.

Cuando estamos frente al calificativo económico, hay dos aspectos que interesan esencialmente. Uno, de carácter finalista y, otro, de carácter instrumental.

Desde este punto de vista advertimos que lo económico, en sus términos más generales, el problema económico, plantea básicamente la solución o la atención de necesidades materiales humanas, dentro de la estructura social, con recursos o medios escasos frente a requerimientos múltiples.

De la propia definición de objetivos o fines en materia económica surge el problema instrumental. ¿Cuáles son los instrumentos? ¿Cuáles son los medios para llegar a la solución del problema económico o a la satisfacción de las necesidades materiales?

Dentro del problema instrumental, tenemos las políticas definidas como estrategias de acción, como planteamientos de un actuar racional frente al problema económico.

Y ese actuar racional implica toda una estrategia, un criterio de selección de medios y de recursos para ser aplicado a la consecución de los fines dentro de determinados plazos y supuestas determinadas condiciones y circunstancias.

De tal manera que, cuando hablamos de un Orden Público Económico, estamos refiriéndonos a un aspecto especial o

de especialidad dentro del orden social al que aludíamos prime
ro.

La solución del problema económico, por su parte, y sin pretender en absoluto ni siquiera dejar planteadas en forma exhaustiva las variables del problema, sugiere a su vez dos aspectos.

Por una parte, el problema económico implica un aspecto material. Hay un factor de crecimiento, de creación de riqueza. Cuando la comunidad se organiza, cuando se da reglas a sí misma, para alcanzar determinados fines, en primer lugar se plantea un problema preponderantemente técnico que está constituido por el crecimiento, es decir, por el aumento de riqueza. ¿Cómo aumentar la riqueza en términos de bienes y servicios para satisfacer las necesidades? Es decir, crecer, aumentar la riqueza. Y, en segundo lugar, un problema de participación, porque no basta el crecimiento y el aumento de la riqueza, si es que ese crecimiento no va acompañado de la creación de las estructuras que permitan la participación de la comunidad en la nueva riqueza creada.

Normalmente, sobre la conjunción de estos dos elemen
tos se ha tratado de formular la idea de desarrollo.

En consecuencia, se trata de solucionar el problema económico tanto por la vía del aumento de la riqueza como por el perfeccionamiento de los esquemas o de las estructuras de participación que permitan el inmediato aprovechamiento de la nueva riqueza creada.

De manera que, en sus términos más generales la satisfacción de las necesidades de la comunidad, vía aumento de la riqueza, crecimiento y participación, presenta el problema instrumental de cómo lograr este fin del orden social u Orden Público Económico advirtiéndose que corresponde en primer lugar en este ordenamiento social al Estado un rol que es fundamental. Tan fundamental es el rol del Estado en la solución del problema económico, en la generación o en la formulación de un Orden Social Económico, que muchos han creído ver en él un rol exclusivo. Le han asignado tal importancia, tal preponderancia, que han creído ver que corresponde al Estado básicamente, organizar la sociedad de tal manera que los factores sociales queden en la mejor disposición para cumplir el objetivo, la finalidad de este Orden Público Económico, cual es, la solución del problema económico.

No cabe duda de que, no obstante corresponder al Es
tado un rol muy importante, muy trascendental, también corres-

ponde a los particulares una responsabilidad en la consecución de los objetivos de un Orden Público Económico.

Y de allí que determinados principios se han considerado como fundamentales para ir separando el rol o la responsabilidad que corresponde al Estado del rol o responsabilidad que corresponde a los particulares.

Se ha esbozado el principio de subsidiariedad. Sin embargo, este principio está inserto en una serie de otros principios o debería servir para informar una serie de otros principios que van delineando el actuar del Estado y el actuar de los particulares.

De allí que determinados principios, como el de la legalidad que informa todo el actuar del Estado, que regula sus ingresos, que regula sus gastos, su endeudamiento, su intervención en materias económicas, constituye un principio rector básico en todas las variantes de la actividad estatal.

Pero principios tales como el derecho de asociación, pilar de todo el derecho de la empresa, la libertad de trabajo, el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad, van configurando claramente (y no estamos hablando todavía de un régimen positivo en especial, sino que, simplemente, en teoría) van configurando un campo de acción en el cual los particulares deben desarrollar su rol con entera libertad, regidos en su contratación, en los acuerdos de voluntades con terceros, por el principio de la autonomía de la voluntad.

De tal manera que no sólo al Estado cabe un papel, un rol rector en materia de configuración de un Orden Público Económico, sino que también les corresponde -y debe corresponderles- a los particulares.

Antes que se pretendiera conceptualizar siquiera el Orden Público Económico, como tal, la doctrina fue dando antecedentes y contenidos a través de distintas jornadas de estudio en materia de Derecho Público. Se fue configurando un verdadero inventario de materias que los estudiosos del problema señalaban como propios de un Orden Público Económico.

He logrado aislar o sintetizar catorce órdenes de materias, algunas muy relacionadas entre sí, en las cuales los analistas han creído ver contenidos típicos o característicos de un Orden Público Económico.

Si nosotros, al analizar este contenido, mantenemos presentes los elementos teóricos que hemos ido dando en estas explicaciones; si recordamos el sentido filosófico de orden, de

orden material, de orden social, de orden social económico y cuál es la problemática económica, vamos a ver que todos estos contenidos, de una o de otra manera, se encuadran precisamente en lo que hemos explicado. Las materias relativas a garantías constitucionales sirven de ejemplo ya que sabemos que cualquier constitución, en cualquier sociedad que ella es té llamada a regir, debe solucionar básicamente dos problemas: en primer lugar, debe solucionar el problema del ejercicio del poder, que está en la raíz misma de la existencia y de la organización del Estado; y, en segundo lugar, debe contemplar las garantías individuales de los administrados frente al ejercicio del poder.

Los dos problemas son esenciales en cualquier Carta Fundamental. Ella puede contener cualquiera otra definición en materia institucional; pero, estos dos problemas son del contenido esencial de una constitución. De aquí es que se ha creído ver en las garantías constitucionales, y especialmente en las garantías constitucionales referidas al problema económico, como son las que regulan la actividad económica del Estado, el derecho de asociación, la libertad de trabajo e industria, la igualdad de trato del Estado frente a los particulares, un ámbito de acción en que ellos puedan desarrollar su capacidad, su iniciativa, su inventiva y, en lo jurídico, un campo de acción protegido en el cual puedan desarrollar, con las regulaciones necesarias, la autonomía de su voluntad en materia de contratación.

En segundo lugar, todo lo que es relativo a tributación, y cuando hablamos de tributación centrémonos básicamente en lo que es de la esencia de la obligación tributaria, la que tienen los particulares de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado. Todo ello es materia de ley, es decir, materia de manifestación de voluntad soberana. Todo lo relativo a tributación, no sólo la creación de la obligación tributaria, sino también sus modalidades y su extinción, son materia de ley.

En tercer lugar, el rol del Estado, materia que se señala como básica y que, sin embargo, es de una gran dificultad en cuanto a su precisión.

En nuestro país se han intentado formas o sistemas de definir el rol del Estado; definir áreas de acción del Estado, de los particulares y áreas mixtas de encuentro de la actividad del Estado y de los particulares (existieron iniciativas constitucionales sobre esta materia).

Se ha pretendido, también, usar el principio de subsidiariedad para, de alguna manera, definir el rol del Estado. Y ello es porque, en la medida en que el rol del Estado sea de

bidamente definido, quedará también definido el ámbito de acción protegido, dentro del cual los particulares deben desarrollar su actividad y su iniciativa.

Intimamente relacionada con lo anterior, se señala la actividad empresarial del Estado, que corresponde a una de las formas de intervención de este en el problema económico.

No olvidemos que, de acuerdo con la teoría del Estado, el Estado tiene cometidos que son de su esencia, cometidos básicos llamados "clásicos" del Estado (la seguridad interna, la seguridad exterior, las relaciones internacionales, las finanzas públicas), cometidos de la esencia y relativos a la vida del Estado mismo y que no pueden faltar sin comprometer su vida como tal que se diferencian de aquellos cometidos relativos a la vida de los particulares que corresponden a las llamadas intervenciones y que están sometidas a gradualidad.

La intervención del Estado en la actividad empresarial es también considerada una materia esencial del Orden Público Económico.

La propiedad del Estado es considerada también materia esencial; la coordinación económica, como aquel actuar en virtud del cual el Estado y los particulares -el Estado vía planificación, los particulares a través del mercado-, van asignando los recursos que la economía requiere para la solución del problema económico.

La jurisdicción económica, asimismo, se considera esencial en el Orden Público Económico, para el conocimiento y juzgamiento de aquellas conductas que se aparten o que sean contrarias a los valores jurídicos protegidos dentro de este Orden.

Del mismo modo, la responsabilidad funcionaria, especialmente en aquellos casos en que es inevitable que el funcionario ejerza en una u otra forma una discrecionalidad en las decisiones. No, por cierto, cuando no existe esta discrecionalidad y existe infracción de ley, en cuyo caso la responsabilidad funcionaria es clara en materia civil, penal y administrativa.

Se señala, también, como esencial, que el Orden Público Económico permita la alternatividad de políticas económicas, vale decir que esa política a que nos referíamos, esa estrategia en el actuar, esa racionalidad en la elección de instrumentos, en la solución del problema económico, esté sujeta a normas lo suficientemente flexibles para permitir el cambio en las estrategias aplicadas. También el principio de subsidiariedad, al que nos referimos. Aún más: las normas que deben

recir en materias de emergencias económicas, vale decir, aquellas situaciones que por su naturaleza escapan a la normalidad y que, por lo mismo, requieren de medidas excepcionales para poder superar sus efectos. Todo lo que es el régimen de la empresa que, básicamente, tiene una estrecha relación con el derecho societario, porque, frente a la solución del problema económico en el mundo moderno, no es posible concebir sólo la empresa unipersonal y, por consiguiente, toda manifestación de voluntad de los agentes económicos destinada a reunir recursos y uniformar criterios de acción frente al empleo de esos recursos lleva necesariamente a fórmulas societarias.

Y por último, sin que en esta enumeración haya ningún orden de preponderancia, se señala el principio de fiscalización, como esencial, no sólo en el actuar del Estado, sino que también en el actuar económico de los particulares.

Como puede apreciarse al ir puntualizando o indicando diversos contenidos, en una forma desordenada, nos permite, sin embargo, formarnos una idea muy clara de cuáles son los aspectos esenciales que influyen en un Orden Público Económico o que forman parte de su contenido.

De aquí, entonces, que la conceptualización del Orden Público Económico haya presentado problemas sumamente importantes y fundamentales, de orden teórico. Porque, en su esencia, el Orden Público Económico es un Orden Social y, en consecuencia, la disposición de los factores sociales va a ser correcta, va a ser armónica, en la medida en que corresponda al fin, que es la solución del problema económico.

Pero, desde el punto de vista instrumental, el problema es jurídico. Porque ocurre que la consecución del fin económico, la solución del problema económico, no es lograda de cualquier manera. No se logra, simplemente de la forma que sea más eficaz o empleando unos instrumentos más eficientes. La solución del problema económico que es el fin del Orden Público Económico, es una solución que se obtiene dentro de la observancia de los fines del Derecho y, en consecuencia, cuando estamos hablando de una correcta disposición de los factores sociales, cuando estamos hablando de que, esta disposición de los factores sociales es armónica; lo será en la medida en que en su consecución se han respetado los grandes fines del Derecho.

Y, en consecuencia, el Orden Público Económico no es solamente, como podría pensarse desde un enfoque exclusivamente economicista, un orden eficaz, como una selección eficiente de los instrumentos para lograr resultados óptimos, sino que es, eso, armonizado, dentro de la consecución de los fines del Dere-

cho. En consecuencia, es un orden justo, es un orden seguro y pacífico. En definitiva, es un orden en el que se han logrado como conjunción de los fines del Derecho, el bien común.

Y de aquí surge uno de los problemas más interesantes desde el punto de vista teórico, cual es el de la relación o de la interacción de Economía y Derecho.

Esta relación existe entre Economía y Derecho, entre Orden Público Económico, como Orden Social, y el Derecho, en cuanto al cumplimiento de sus grandes fines, es lo que ha llevado a visualizar de dos maneras al Orden Público Económico. Sea en su aspecto esencial, que es el aspecto social, sea en su aspecto instrumental, que es el aspecto jurídico.

Me gustaría citarles dos definiciones, típicamente de carácter instrumental, en que el énfasis en la conceptualización ha sido puesto en el aspecto jurídico. Ambas definiciones, como vamos a ver, visualizan al Orden Público Económico como un conjunto normativo, y ello es así porque corresponde al Derecho ir normando, tratando no sólo de regular una realidad social sino que también encauzando las conductas hacia una realidad social deseada.

De tal manera que no solamente se visualizan al Derecho como regulador, como un instrumento apto para realizar el Orden Público Económico, sino que también como instrumento normativo, como instrumento moldeador de conductas sociales. De aquí, por ejemplo, que una definición muy breve, que ha dado el profesor Aramayo, nos muestra el Orden Público Económico como:

"Un complejo de regulaciones legales y reglamentarias mediante las cuales el Estado preserva el bien económico de la Nación."

Esta definición nos sugiere de partida al Orden Público Económico como un orden instrumental. Es un orden jurídico, pero nos señala, al mismo tiempo, que corresponde a este orden jurídico "preservar el bien económico de la Nación" concepto que plantea, necesariamente, una definición de principios sobre ¿qué se entiende por el bien económico de la Nación?

Sabemos que este bien económico de la Nación es la solución del problema económico; es el poder resolver la adecuada relación entre crecimiento y participación, con todos los problemas que ello implica.

El profesor José Luis Cea nos dice que Orden Público Económico es:

"El conjunto de principios y normas jurídicas que or

"organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución."

También es un enfoque jurídico del problema y que también plantea, necesariamente, definiciones de principio. Porque implica, por una parte, normas para organizar la economía, normas para facultar a la autoridad, para actuar en materia económica, pero "en armonía con valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución". De tal manera que es misión fundamental de la Constitución, decidir y delinear un Orden Público Económico y ello es así, como vamos a ver a continuación.

Pero, en esencia, dejamos de lado este aspecto instrumental que al Derecho le corresponde en el Orden Público Económico, no sólo como un instrumento, sino que, también, como un moldeador de conductas sociales. El Orden Público Económico, es en esencia, un Orden Social y, en consecuencia, lo que ordenamos en el Orden Público Económico hacia la solución del problema económico es la sociedad, constituida por sus agrupaciones básicas y por el hombre.

Lo que ocurre es que este orden es un orden social en el que deben darse los grandes fines del Derecho.

De manera pues que, básicamente, y ya en un enfoque positivo del problema, los elementos esenciales o los contenidos esenciales de un Orden Público Económico, que organicen la sociedad hacia la solución del problema económico, deben estar contenidos en la Constitución. Tanto es así que, en la moderna doctrina constitucional se ha discurrecido en torno a que las constituciones deben contener obligadamente, en un capítulo especial, todos aquellos principios que conforman el Orden Público Económico.

Este problema se planteó, también, en la Comisión de Estudios de la actual Constitución de 1980 y se creó una subcomisión de Orden Público Económico en la que, estas materias se consideran y en las que se delinearón una serie de contenidos, algunos de los cuales ya enumeramos, y que debía abordar la Carta.

Y tanto es así que la doctrina ha denominado "Constituciones Económicas" a aquellas en las cuales las materias de Orden Público Económico han sido contempladas en un capítulo que las agrupa y en la cual están claramente formulada como fin, como objetivo básico de la normativa que allí se contiene, la solución del problema económico.

Ello difiere de las constituciones clásicas o tradi-

cionales, en las cuales las materias de Orden Público Económico se hallan desperdigadas o se hallan más correctamente ubicadas u ordenadas en capítulos que obedecen a objetivos o a criterios distintos del económico, fundamentalmente ordenadas con criterios políticos.

Es así como en nuestra Constitución, Constitución de corte clásico, encontramos agrupadas materias de Orden Público Económico, en capítulos que se refieren a materias típicas de las constituciones clásicas". Garantías Constitucionales; Presidente de la República; Congreso Nacional; Poder Judicial; materias relativas a instituciones de reciente aparición en la Constitución como Banco Central, Contraloría General de la República; y especialmente en el capítulo relativo a las materias propias de ley.

De manera que, si quisiéramos formarnos una idea de los principios que una constitución clásica consagra en materia de Orden Público Económico, sería necesario ir las extrayendo de cada uno de los capítulos o compartimientos en los que ellas han sido incluidas, con criterios diferentes al de la solución del problema económico.

En síntesis, para expresarlo con mayor claridad, el Orden Público Económico es un orden social que se logra dentro del marco instrumental y normativo del Derecho, pero cuyos imperativos y exigencias son supra legales y preexistentes, correspondiendo al ordenamiento jurídico ir recogiendo, interpretando y encauzando el sentir social hacia una forma de organización que garantice y proteja la mejor solución de las necesidades materiales de la comunidad, dentro del orden, la paz, la seguridad y la justicia, esto es, dentro del bien común.

El Orden Público Económico, por lo tanto, es variable, no todos sus principios están recogidos en el ordenamiento, y muchas veces los que sí lo están pueden pugnar con algunos de los grandes fines del Derecho. De allí que la falta de elaboración o de perfeccionamiento del concepto, no puede exclusivamente atribuirse a una insuficiente investigación, sino que muy especialmente a la necesaria búsqueda de nuevos esquemas o modelos sociales que son fruto de la interminable búsqueda del hombre por mejorar sus condiciones de vida.