

**U N I V E R S I D A D   D E   C O N C E P C I O N**



**REVISTA DE**  
**DERECHO**

**AÑO XLIII — Nº 164**

**ENERO - DICIEMBRE DE 1976**

**ESCUELA DE DERECHO**

**CONCEPCION — CHILE**

## CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO ECONOMICO \*

AUGUSTO PARRA MUÑOZ

Profesor Escuela de Derecho Universidad de Concepción

1.— *Palabras preliminares.* Este trabajo, preparado en condiciones laborales y de tiempo bastante apremiantes, tiene por objeto plantear algunos de los principales problemas que enfrenta el jurista en su afán de precisar el concepto, la naturaleza y el contenido del Derecho Económico, así como presentar algunos de los aportes más recientes sobre el tema y recordar algunos trabajos realizados en nuestro medio.

### I.— *DERECHO Y ECONOMIA. SURGIMIENTO DEL DERECHO ECONOMICO.*

1. El establecimiento de las relaciones existentes entre el Derecho y la Economía es un tema considerado desde antiguo por los cultores de ambas disciplinas. Especialmente a partir de la difusión del materialismo histórico algunos trabajos importantes, como los de Stambler y de Del Vecchio por ejemplo, le han sido consagrados.

Todos esos análisis, sin embargo, parten de la base que ambas disciplinas son del todo diferentes y al relacionarlas buscan más bien establecer la naturaleza y caracteres propios de cada una.

Semejante enfoque tenía plena validez en el sistema económico y jurídico consagrado con la Revolución Francesa, esto es en el sistema capitalista y bajo el régimen jurídico liberal. En él, sin necesidad de normas jurídicas especiales, es decir, en base a las simples reglas de Derecho Común, el Derecho proveía de un marco dentro del cual los particulares desenvolvían sus actividades económicas con entera libertad (debe reconocerse sí que esa libertad no era absoluta); se partía de la base de que la superación del problema económico, a nivel de cada individuo y de la colectividad, se produciría como un efecto natural del propio sistema.

Tal enfoque se encuentra histórica y prácticamente superado. Ello ha sido posible bajo el influjo de ciertas corrientes ideológicas, de ciertas presiones sociales y por efecto del cambio de los valores en que reposa la convivencia social. De esa evolución han resultado el cambio de posición en la vida social del Estado, los deberes impuestos a las unidades de producción, el predominio del interés general por sobre el interés individual y la priorización del desarrollo como objetivo nacional apremiante.

Lo que acabamos de expresar ha sido graficado por Kirschen<sup>1</sup> a través de un cuadro que muestra los objetivos asumidos por el Estado en

\* Ponencia presentada a las primeras Jornadas de Derecho Económico.

<sup>1</sup> En "Les Institutions Juridiques du Gouvernement de l'Economie". Presses Universitaires de Bruxelles, Bélgica 1968, págs. 15 y sgtes.

los países industrializados de Occidente y los medios de que dispone para alcanzarlos, en el cual reconoce trece objetivos económicos y sociales básicos y sesenta y un medios o mecanismos de "política económica" (todos sometidos a una clara regulación jurídica) de que puede valerse el Estado para realizarlos.

Ya no se trata, pues, de relacionar ciencias diferentes sino de un encuentro e interdependencia entre el Derecho y la Economía. No se trata tampoco de relaciones de subordinación sino, por el contrario, de una identidad en el objeto (parcial, por cierto) de ambas disciplinas.

En efecto, antes pudo expresarse por un jurista de la talla de Carnelutti que la función del Derecho era simplemente subordinar la economía a los imperativos de la ética (supuesto para ello que haya un hombre ético y un hombre económico en permanente conflicto), asignando así clara supremacía a lo jurídico sobre lo económico; o pudo reducirse el Derecho a una simple superestructura determinada por la infraestructura económica, subordinando sus normas y su análisis a las exigencias de esta última.

En cambio hoy lo que interesa es el esfuerzo social e individual para resolver un problema cada día más dramático y acusante: el problema económico. La economía nos enseña a elegir racionalmente el uso alternativo de los bienes escasos, según una fórmula ya clásica, y nos ayuda a resolver dicho problema. El Derecho se preocupa, por su parte, de regular el esfuerzo social e individual encaminado a la solución de tal problema (esto es, la actividad económica).

De ahí que los términos económicos, las categorías del análisis económico, el razonamiento económico, invaden al Derecho y la legislación, y éste se los apropia o los integra con sus propias exigencias técnicas así como con los demás factores que configuran la norma jurídica guiado no por el simple afán de eficiencia, sino por el más elevado y noble de la justicia.

Si pensamos en los múltiples problemas que enfrenta la humanidad en nuestros días, que hacen cada día más escasos los bienes económicos y cada día más abundantes los usos alternativos que a ellos pueden darse; que hacen que por una decisión económicamente acertada hoy puedan destruirse para siempre, y con un perjuicio irreparable, esos mismos bienes; convendremos en que ellos exigen limitar en parte la libertad de los sujetos económicos en aras del interés de todos.

Pero cuando la libertad se limita por otro medio que el Derecho, sobreviene la tiranía y el interés social queda expuesto al capricho del gobernante.

Contribuir a resolver el problema económico es pues una función irrenunciable del Derecho, para la cual éste deberá basarse en las enseñanzas que aporta la economía a la vez que en todo otro conocimiento que contribuya a adoptar el más racional y atinado camino.

2. El Derecho ha experimentado, como consecuencia de esta nueva función, una profunda evolución que se tradujo, primero, en el reconocimiento de normas especiales en el campo de las ramas tradicionales del Derecho; más tarde, en la aparición de nuevas ramas especiales del Derecho; y, por último, en un esfuerzo de síntesis que da origen al Derecho Económico.

G. Farjat<sup>2</sup> ha demostrado, en efecto, cómo en todas las ramas tradicionales del Derecho se fue dando cabida, creando, recogiendo y sistematizando, un conjunto de normas especiales en razón de su objeto y su contenido: regular algún aspecto del funcionamiento de la economía con miras a la solución del problema económico. Es así como llegó a hablarse de un Derecho Constitucional Económico, de un Derecho Administrativo Económico, de un Derecho Internacional Económico, de un Derecho Penal Económico, etc. Y en no pocos casos ello significó una profunda revisión de los principios en que se asentaba la correspondiente rama del Derecho.<sup>3</sup>

La importancia social de algunos bienes o actividades, la trascendencia que tiene la forma en que ellos son explotados o utilizados, o las relaciones jurídicas que originan, determinan después la aparición de ramas especializadas del Derecho. Tal ha sido el caso de los Derechos Agrario y Laboral, por ejemplo.

Pero la evolución está aún incompleta. Aparecen, en efecto, nuevas instituciones que desbordan la sistemática tradicional del Derecho, que no pueden encasillarse claramente en ésta o en aquella otra rama del Derecho. Tal ha sido el caso de la planificación y de la empresa, que están hoy en la base del funcionamiento y organización de la economía.

El intervencionismo creciente del Estado en la economía origina la aparición de una nueva serie de instituciones que tampoco pueden ser recogidas adecuadamente por las disciplinas tradicionales. Así, por ejemplo, la requisición o aún la expropiación pueden ser aprehendidas sólo en sus aspectos formales o derechamente ignoradas si se mantienen las solas categorías tradicionales; lo mismo vale para los incentivos o para la legislación de defensa de la libre competencia, etc. Algunas de esas instituciones pueden ser estudiadas por el Derecho Privado, pero entonces lo serán en carácter de excepción y su esencia quedará encubierta.

Hay, por último, instituciones jurídicas consagradas en la sistemática tradicional, pero que a la luz de la nueva función del Derecho deben ser estudiadas desde un ángulo enteramente diferente. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad en su concepción privatista descansa en la relación sujeto-objeto pretendiendo fijar los derechos de aquél sobre éste y protegerlo de la pretensión de terceros; en su dimensión Constitucional implica una garantía que la sociedad debe reconocer a las personas. ¿Quién podría ignorar que la función económica de los

<sup>2</sup>Farjat: "Droit Economique". Thémis, Francia, 1971, pág. 207.

<sup>3</sup>Ha sido así especialmente en el Derecho Penal en relación incluso al sagrado principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*...

bienes determina hoy su estatuto jurídico? Lo que interesa hoy no es tanto como pueden adquirirse los bienes sino cómo pueden usarse por el propietario o detentador según su mayor o menor importancia económica y social. De ahí que a las clasificaciones tradicionales suceda la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo, reservándose muchas veces el dominio de los primeros al Estado o haciéndolos expropiables o nacionalizables.<sup>4</sup>

La nueva función del Derecho (contribuir a la solución del problema económico), las nuevas instituciones jurídicas o la exacta dimensión económica de las ya existentes, hace indispensable el nacimiento de una nueva rama del Derecho. Aparece así el Derecho Económico.

Se ha sostenido por algunos autores<sup>5</sup> que la aparición de esa nueva rama está determinada por el rol del Estado en la economía, por la organización y defensa de los intereses privados, por la edificación de comunidades supranacionales originadas en la necesidad y fines económicos. Agreguemos, por nuestra parte, la preocupación preferente por el desarrollo económico.

3. La noción de Derecho Económico empezó a utilizarse en el siglo pasado. Se sostiene que quien primero la empleó fue Prohudon.<sup>6</sup>

Lo cierto es que su desarrollo actual se inicia con los esfuerzos de la llamada Escuela Alemana, cuyo más preclaro exponente es Hedeman, y a partir de la segunda década de este siglo.

Desde entonces se le ha ido otorgando creciente importancia y, vencidas las resistencias iniciales, un amplio reconocimiento por doquier.

Testimonio de lo anterior son los innumerables trabajos a través de los cuales se ha intentado fijar el concepto y contenido de la nueva disciplina<sup>7</sup>, los cada vez más frecuentes encuentros de especialistas en materias jurídico-económicas<sup>8</sup>, la incorporación del Derecho Económico a la formación profesional de los hombres de Derecho y más recientemente a los niveles de postgrado.<sup>9</sup>

Pero el Derecho Económico se encuentra aún en pleno proceso de elaboración y maduración. Su sistematización, sin la cual no hay ciencia, se enfrenta a complejos problemas y arduas controversias. Como dice Cottely: "El problema del Derecho Económico es la sistematización. No se pueden sistematizar la ciencia económica y jurídica separadamente.

<sup>4</sup>Véase sobre este particular Montt D. Luis: "Régimen Económico Chileno: la propiedad". Revista de Derecho Económico, Nos. 33 y 34, Chile, 1971.

<sup>5</sup>En tal sentido Jaquemin y Schrans: "Droit Economique". Presses Universitaires, Francia 1970, págs. 34/51.

<sup>6</sup>Ibidem, pág. 6.

<sup>7</sup>Sobre este tema pueden verse, entre otros, Moore, Daniel: "Derecho Económico". Edit. Jurídica, 1962, págs. 20/56. Cottely, Esteban: "Teoría del Derecho Económico". Edit. Frigerio, Argentina, págs. 27/76.

<sup>8</sup>Destacamos aquellos que han sido objeto de publicaciones especiales: Coloquio de Estrasburgo, 1963, sobre el tema "Le Droit dans l'économie", Cahiers de Droit Comparé, N° 1, Francia 1964. Jornadas del Institut d'Etudes Européennes de la Universidad Libre de Bruselas, sobre "Les Institutions juridiques du gouvernement de l'économie", Ob. cit. Coloquio de Orleans (Francia), sobre "Aspects du Droit International Economique"; ediciones Pedone, Francia, 1971.

<sup>9</sup>En cuanto se refiere a estudios de post-grado destacamos que, en la actualidad, existen el Doctorado en Derecho Económico impartido por la Universidad Libre de Bruselas, y la Licenciatura Especial en Derecho Económico de la Universidad de Lovaina.

Se debe encontrar una modalidad paralela. Si se consideran los sistemas actuales de la ciencia jurídica y de la económica, esta tarea parece insoluble".<sup>10</sup>

En efecto, la doctrina ha llegado a acuerdos (aun cuando no en todos los extremos) respecto a la temática del Derecho Económico. Casi intuitivamente, en defecto de criterios claros que sirvan de base a la determinación, podemos establecer que normas o instituciones jurídicas pertenecen al campo que nos ocupa. Pero la ausencia de un concepto o siquiera de una noción compartida de lo que es el Derecho Económico impide avanzar hacia una adecuada sistematización: y el efecto de ella será siempre un desarrollo parcial o incompleto de la disciplina científica de que se trate. Basta abrir y cotejar los trabajos que se han publicado en nuestro medio sobre el Derecho Económico, para constatar que muchas veces sólo tienen en común el nombre. O confrontar los programas que sirven de base a nuestras cátedras para llegar a esa misma conclusión.

La doctrina contemporánea nos muestra claramente que los problemas a definir para precisar la noción de Derecho Económico son, básicamente, los dos siguientes: ¿es el Derecho Económico una disciplina jurídica? y si la respuesta a esa cuestión es afirmativa, ¿constituye el Derecho Económico una nueva rama de nuestro sistema jurídico o, por el contrario, constituye una simple especialización de las ramas tradicionales?

## II.—EL DERECHO ECONOMICO COMO DISCIPLINA JURIDICA.

4. Como hemos señalado, los esfuerzos de los juristas han estado encaminados a configurar el Derecho Económico como una disciplina jurídica, conceptuarla, precisar su contenido, características y relaciones con las restantes ramas del Derecho. Sin embargo, tales esfuerzos han sido cuestionados en fecha reciente por un eminente juseconomista: Alexis Jaquemin<sup>11</sup> en su obra conjunta con un economista, Guy Schrans, sobre el Derecho Económico.<sup>12</sup>

Para los citados autores el Derecho Económico no constituye una disciplina jurídica sino simplemente un método de aproximación interdisciplinaria entre el Derecho y la Economía, el que debe ser empleado al mismo tiempo por el cultor de ambas disciplinas científicas.

Para ellos la ausencia de una normativa propia es determinante. Cualquier concepto de Derecho Económico implica integrar normas que por su propia naturaleza pertenecen a otras ramas del Derecho. En tales condiciones podrá decirse que existe una "diagonal fulgurante" que divide todo el sistema jurídico separando un campo de relación estricta con la economía de otros sectores normativos, o podrá decirse con Champaud que ha sobrevenido un nuevo Derecho (no simplemente una nueva rama del Derecho) por esta omnipresencia de lo económico en lo jurídico,

<sup>10</sup>Cottely, ob. cit., pág. 120.

<sup>11</sup>Profesor de la Universidad de Lovaina y Director en ella del Departamento de Derecho Económico.

<sup>12</sup>Ob. cit. ...

pero no puede afirmarse que el Derecho Económico sea una disciplina jurídica.

Para aclarar su pensamiento ofrecen el ejemplo de una empresa en formación respecto de la cual deberán resolverse variados problemas, desde la determinación del tipo de empresa que se va a elegir (para lo cual utilizaremos las normas del Derecho de las Sociedades o del Derecho Comercial), hasta la contratación de la mano de obra (para lo cual deberemos estarnos a las normas de Derecho Laboral). ¿Qué papel corresponde entonces al Derecho Económico?: integrar y unificar, "en sus relaciones con lo económico, estas diversas reglas jurídicas".

"De estas consideraciones, nos parece desprender una concepción que se aleja de una definición fundada en el dominio formal del Derecho Económico. Abandonando una perspectiva demasiado dependiente de las categorías jurídicas tradicionales, nosotros pensamos, en efecto, que el Derecho Económico no es una nueva materia jurídica, sino una nueva óptica frente a materias jurídicas tradicionales. Como en el caso del Derecho Comparado, el Derecho Económico es una "calificación del Derecho": es el Derecho apreciado en sus consecuencias económicas". Todas las reglas de Derecho —agregan— pueden ser revisadas a la luz de la influencia sobre ellas de la Economía y "el Derecho Económico consiste entonces en hacer explícito y consciente este impacto, de tal suerte que él aparezca claramente como favorable a las exigencias del sistema económico o como deliberadamente opuesto a él por objetivos superiores claramente definidos. Se tratará de confrontar, en cada caso, las condiciones de la eficacia económica y el respeto a las normas internas y externas del Derecho".

"El Derecho Económico es entonces menos una rama de la ciencia jurídica que una disciplina científica formada de vinculaciones entre ciencia del derecho y ciencia de la economía". "El deviene un método de aproximación, una técnica, cuyas características en la creación, interpretación y aplicación de la regla de derecho, será necesario precisar tanto cuanto sea posible. Si semejante perspectiva no ha sido desarrollada, es porque el esfuerzo destinado a trazar un puente entre la realidad económica y las reglas jurídicas es la obra casi exclusiva de los juristas".<sup>13</sup>

Esta posición nos parece inadecuada, pues descansa en premisas falsas y es de efectos negativos para el desarrollo de las ciencias jurídicas. Por lo demás, es en gran medida contradicha por sus propios autores al caracterizar el Derecho Económico y referirse a las particularidades que presenta la elaboración, interpretación y aplicación de sus normas.<sup>14</sup>

✕ La existencia de normas propias, requisito sine qua non para la configuración de cualquier disciplina jurídica, es condición que el Derecho Económico cumple. Cada día son más numerosas las normas jurídicas cuyo contenido y objeto es la organización y funcionamiento de

<sup>13</sup>Ob. cit., págs. 88/90.

<sup>14</sup>Ob. cit., capítulo VI, págs. 96 y sgtes.

la economía con miras a la solución del problema económico. Tales normas, como se adelantó, podrían adscribirse a otras disciplinas, utilizando para ello uno de dos criterios.

a) La ubicación en textos legales básicos de otras ramas del Derecho, o aun en textos legales anexos a los mismos. ¡Cuántas veces en la sistematización del material jurídico se ha empleado este criterio en nuestro medio! Así el derecho presupuestario ha aparecido en programas de Derecho Constitucional sólo porque la Constitución (Art. 44 Nº 4) se refiere al presupuesto para señalar que él es materia de ley y porque la Editorial Jurídica incluye en el apéndice de sus ediciones de la Carta Fundamental la Ley Orgánica de Presupuestos; o

b) Incorporando esas normas como excepción a las que son base de otras ramas del Derecho<sup>15</sup>, lo que termina por sepultar y desfigurar las normas jurídico-económicas.

Existe pues un amplio campo normativo, diferenciable en razón de su contenido y de su función, perfectamente caracterizable, cuyo análisis escapa a las ramas tradicionales del Derecho. Pero, además, una misma norma jurídica puede ser objeto de estudio de diferentes ramas del Derecho. Así, por ejemplo, el penalista y el juseconomista concurrirán al estudio de las normas sobre el delito tributario y el delito económico (contemplados en el Código Tributario y en el D.L. 280 entre otros cuerpos legales), pero lo harán desde puntos de vista y con criterios distintos: mientras al primero le preocuparán los aspectos de técnica penal, tales como la estructura del delito y su naturaleza, al segundo le interesará su función, es decir, la sanción como instrumento para obtener la conducta deseada de los sujetos económicos. De tal estudio concurrente ambos, y lo que es más importante la Justicia, se beneficiarán pues el primero podrá profundizar mejor (y aun comprender) los elementos del delito, mientras que el segundo podrá comprender mejor la gravedad y justificación de la sanción.

Finalmente, la parcelación del vasto mundo normativo (que para la Ciencia del Derecho no se agota en la legislación vigente) en compartimentos estancos inamovibles sólo puede frenar el desarrollo del Derecho, con consecuencias tan lesivas para la sociedad como la transformación del Derecho en una barrera que entraba el desarrollo económico. Además de hacer del jurista un técnico, cuya función social es considerada marginal. ¿No hemos acaso constatado esos efectos en un pasado reciente como para tener que insistir en ellos?

5. En nuestra opinión, aun cuando Esteban Cottely en su interesante Teoría del Derecho Económico<sup>16</sup> no define esta rama del Derecho (pero reiteradamente se refiere a ella como tal) ni dice expresamente que éste sea simplemente un método, se encuentra próximo a la posición que terminamos de analizar.

<sup>15</sup>Tal criterio parece insinuarse en la primera parte del trabajo de E. Cerexhe. Derecho, Economía y Libertad. Revista de Derecho Económico, Nº 29-30, 1969.

<sup>16</sup>Ob. cit.

En efecto, expresa que "el proceso del análisis jurídico económico consiste en la armonización de los modelos económicos con las estructuras jurídicas que se manifiesta en los procesos de limitación, de condición, de creación y de comparación. El derecho es la sistematización de las normas coercitivas, pero éstas deben necesariamente referirse a las reglas de la convivencia o de la economía. El análisis jurídico supone la síntesis de esas reglas" ... Y agrega luego: "Para llegar a tal síntesis, debemos tener presente que el análisis de la ciencia de la convivencia se desarrolla en imperativos, el análisis económico en modelos y el análisis jurídico en estructuras. Tanto los imperativos como los modelos y las estructuras pueden corresponder a diferentes criterios, según el régimen social de cada una de las colectividades. Entre sí, sin embargo, necesariamente debe mantenerse una estrecha cohesión. El derecho político tiene la finalidad de coordinar los imperativos de convivencia con las estructuras jurídicas. A su vez, el derecho económico es la disciplina coordinadora de los modelos económicos con las estructuras jurídicas. Pero las estructuras jurídicas coordinadas con los modelos económicos no pueden contradecir a las estructuras jurídicas coordinadas con los imperativos de convivencia".<sup>17</sup>

Surge de lo anterior que las tales estructuras jurídicas están dadas y son ajenas al Derecho Económico; éste las analiza e integra guiado por la necesidad de compatibilizarlas con el modelo económico. Para ello realiza un análisis que comprende cuatro fases: a) proceso de limitación, consistente en comparar las estructuras jurídicas vigentes con el modelo económico y ver si son coordinables; b) proceso de condición, consistente en crear "condiciones de derecho aptas como bases de la actividad económica"; c) proceso de creación, en el cual "el análisis jurídico-económico se extiende sobre todo el terreno del derecho" y se traducirá en formular normas jurídicas compatibles con el modelo económico; y d) proceso de comparación, que el autor formula diciendo que si bien "el jurista no está llamado a decidir cuál de los modelos económicos ha de ser aceptado ..." debe analizar "todos los modelos existentes y compararlos con las estructuras jurídicas. El análisis jurídico económico tratará de amoldar también las normas supletorias al modelo económico".<sup>18</sup>

Sobre esas bases y tras fijar el modelo ecométrico argentino, el autor ensaya una sistematización completa del Derecho Económico, en la cual utiliza prácticamente todas las normas jurídicas vigentes. La sistematización misma descansa en categorías, cuales son: organización, administración, compromisión, asociación, comunión (de bienes), participación, señorío, convención, prestación, gestión, asignación, relación.<sup>19</sup>

Esta concepción reduce, pues, al Derecho Económico a un simple método. Dicho sea en su honor que tal método aparece claramente diseñado. Se caracteriza, además, por acentuar los aspectos que implican dependencia de aquél respecto a la economía, en circunstancias de que si algo caracteriza la evolución legislativa contemporánea es justamente el

<sup>17</sup>Ibidem, págs. 100/1.

<sup>18</sup>Ibidem, capítulo 13, págs. 102/108.

<sup>19</sup>Ibidem, Parte VIII, capítulos 21 a 35, págs. 181 a 475.

fenómeno inverso. Por lo demás, las críticas que formulamos a la concepción de Jaquemin y Schrans (aun cuando atenuadas) son aplicables en este caso.

Las teorías reseñadas encierran un dilema básico. Ambas parten reconociendo la existencia de un Derecho Económico pero, a pesar de ello, derecha o subrepticamente le niegan el carácter de disciplina jurídica. Queda así planteada la cuestión de la naturaleza misma del Derecho Económico: ¿es un simple método, constituye una nueva ciencia social o es tan sólo una parte integrante de la ciencia jurídica? Nosotros nos inclinamos sin reservas por la última alternativa, como ha quedado de manifiesto en las páginas anteriores.

El contenido, el método y el objetivo mismo del Derecho Económico estarán determinados por la posición que se adopte frente al problema planteado.

### III. *EL DERECHO ECONOMICO COMO RAMA DEL DERECHO PUBLICO.*

6. Para quienes conciben el Derecho Económico como una nueva rama del Derecho se presentan dos grandes alternativas: se trata de una rama del Derecho Público o bien de una rama autónoma.

Recoger tales tendencias implica reconocer como base de análisis la muy cuestionada distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Debe observarse para ello que, más allá de las críticas, tal distinción sigue empleándose como base de sistematización y de enseñanza del Derecho y que hasta hoy los críticos se han orientado más bien hacia la relativización de los criterios invocados para sustentarla sin ofrecer una reconstrucción satisfactoria del Derecho como unidad.

Aceptada la conveniencia de respetar, entre tanto, la diferenciación clásica, preguntémonos, ¿es el Derecho Económico una rama del Derecho Público? Una respuesta implica comprometerse en los sentidos orgánico, material y formal que sirven de base a la distinción.

7. Parte importante de la doctrina se encuentra afiliada a esta posición. Sería injusto desconocer que en nuestro medio el desarrollo del Derecho Económico se inició al alero del Derecho Público y que entre los principales aportes a su conceptualización se encuentran diversos trabajos presentados a las Jornadas Nacionales de Derecho Público.

De esos trabajos destacaremos dos: el de don Hugo Olguín Juárez<sup>20</sup> y el del profesor Enrique Aimone<sup>21</sup>, presentados a las Segundas y Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Público, respectivamente.

El primero de dichos autores ve en el Derecho Económico una simple prolongación y especialización del Derecho Administrativo. Lo

<sup>20</sup>Concepto de Derecho Público Económico". En Revista de Derecho Público, Nº 1, enero de 1963, págs. 83/95.

<sup>21</sup>"Concepto y contenido del Derecho Público Económico". En Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Concepción, Nº 128, 1964, págs. 138/155.

define diciendo que es un "conjunto orgánico y sistemático de normas jurídicas de Derecho Público que regulan la acción del Estado en materia económica cuando, en virtud de una política económica determinada, éste interviene directa o indirectamente sobre los fenómenos y hechos de carácter económico" (definición que fue oficialmente aprobada por las referidas Jornadas).

Basa su definición en las siguientes conclusiones:

"1) El Derecho Público Económico no debe confundirse ni con las normas del Derecho Común que regulan determinados hechos económicos ni con las normas de un derecho excepcional especial que reglamentan un determinado factor económico.

"2) Sólo es posible, desde un punto de vista jurídico, conceptualizar el Derecho Público Económico en relación con la actividad estatal tendiente a la realización de una política económica mediante su actividad intervencionista.

"3) El Derecho Público Económico debe ser planteado desde un punto de vista estrictamente jurídico sobre la base del Derecho Público y especialmente del Derecho Administrativo, del cual deriva.

"4) El Derecho Público Económico debe considerarse como autónomo por razones de técnica jurídica, prácticas y didácticas".<sup>22</sup>

Esta concepción nos parece criticable en sus bases y en su alcance. En efecto, no es posible sostener que el Derecho Económico se origine en el Derecho Administrativo ni que su ámbito se agote en la regulación de ciertas y determinadas actividades estatales, identificables por el objeto que ellas persiguen. El campo del Derecho Económico, como veremos, es muchísimo más amplio que el diseñado en el trabajo en comento y si bien se caracteriza porque el Estado asume la responsabilidad de la aplicación de sus normas, por regla general, lo que implica para él una actividad administrativa, éste no es su sello distintivo.

El profesor Aimone Gibson en su ponencia a las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Público, realizadas en esta misma Casa de Estudios Superiores, critica también esta posición y, conservando el nombre de Derecho Público Económico, nos ofrece una visión diferente de él. En efecto, define esa rama como "el conjunto sistemático de normas que regulan la macroeconomía", y agrega que para definir una rama del Derecho se pueden emplear dos criterios: "En primer lugar, podemos intentar una definición inquirendo, la finalidad de la norma. El Derecho Público Económico es aquella rama que tiende a establecer el orden público económico. En segundo lugar, podemos asimismo intentarla examinando el resultado de la norma o de la institución creada. El Derecho Público Económico sería la rama que organiza el sistema y la estructura institucional económicos".<sup>23</sup>

Esta noción, cercana a la que la doctrina alemana denomina la constitución económica, si bien nos acerca considerablemente a una

<sup>22</sup>Ob. cit., pág. 95.

<sup>23</sup>Ob. cit., págs. 144/5.

noción adecuada del Derecho Económico no lo comprende, a nuestro juicio, en su integridad. El Derecho Económico no se agota, evidentemente, en dar a la actividad económica un marco institucional (régimen económico más orden público económico) ni en unas cuantas intervenciones estatales en el funcionamiento de la Economía. Cada vez más las decisiones microeconómicas y la estructura y funcionamiento de las unidades de producción que las formulan van siendo sometidas con mayor intensidad a normas jurídico-económicas. Y acaso deba reconocerse que la generación de tales normas desborda el campo de acción de los Poderes Públicos y, en un número aún limitado de situaciones, es producto de los "acuerdos" entre sujetos económicos (lo que es especialmente válido en el campo de las relaciones económicas internacionales). Por lo demás, la concepción del profesor Aimone se separa netamente de la anteriormente referida y debe entenderse que da al Derecho Económico el carácter de rama autónoma dentro del Derecho Público.

#### IV. *EL DERECHO ECONOMICO COMO RAMA DEL DERECHO AUTONOMA DEL DERECHO PUBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO.*

8. Esta tesis ha sido sostenida vigorosamente por Gérard Farjat<sup>24</sup>, para quien el Derecho Económico es la antítesis del sistema jurídico liberal y rompe la división bipartita en que éste se asentaba.

El modelo jurídico liberal, cuya inspiración ideológica se encuentra principalmente en las concepciones de A. Smith, se caracteriza por la separación absoluta entre Derecho Público y Privado (separación universal, teóricamente absoluta y en la cual ambos derechos son de esencia diferente) y porque el "derecho privado patrimonial es el derecho de los empresarios individuales y autónomos". En tal modelo prácticamente no existe un orden público económico o, si se reconoce alguno, éste "consiste en impedir la organización de la economía".

Por su contenido y sus métodos el Derecho Económico rompe con esta separación tajante; utiliza indistintamente categorías e instituciones publicistas y privatistas (aunque preferentemente las primeras) y desarrolla la existencia de un orden público económico verdadero.

El Derecho Económico es, para Farjat, básicamente un derecho de las relaciones económicas. Y tanto de las que denomina macroeconómicas ("relaciones de acuerdo o de subordinación existentes entre las unidades de producción, que tienen por objeto o por resultado la reglamentación o la regulación de los intercambios entre esas unidades o entre ellas y terceros")<sup>25</sup> como las que llama relaciones microeconómicas (que corresponden a las relaciones internas que se dan en las unidades de producción o en los centros de decisión administrativo-públicos o mixtos).

"La autonomía del derecho económico dentro del sistema jurídico resulta de la definición misma de las relaciones económicas. Tal auto-

<sup>24</sup>Droit Economique; ob. cit.

<sup>25</sup>Ibidem, pág. 417.

mía resulta igualmente de la definición más simple (del D.E.): derecho de la concentración y de la colectivización de los bienes de producción y de la organización económica". Y concluye que tal autonomía se basa a la vez en dos razones: "Por un lado, el derecho económico realiza una fusión, una interpenetración de las técnicas respectivas del derecho público y del derecho privado; por otro, él se refiere a un dominio extraño a los de estas dos grandes divisiones del derecho".<sup>26</sup>

Tras tal conceptualización fija "el campo específico del derecho económico" en función de dos criterios: a) "en lo que toca al sujeto", la empresa "es la persona específica, el átomo del derecho económico" y en tal sentido éste comprende todo lo relativo a las relaciones entre empresas o entre éstas y los poderes públicos; y b) "en cuanto toca al objeto del derecho" puede aun apreciarse con mayor claridad su autonomía; tal objeto consiste en "la reglamentación y regulación de los intercambios" y "la forma más cruda de expresarlo es calificando el derecho económico de derecho del poder económico".<sup>27</sup>

Debe tenerse presente que, en la concepción de Farjat, el Derecho Económico es una estructura de las economías industrializadas (altamente desarrolladas), a despecho de una realidad que nos enseña que tal vez es en ellas (Europa Occidental y Estados Unidos) donde se encuentra menos desarrollado y que las acuciantes preocupaciones por el desarrollo de las naciones del Tercer Mundo las han forzado a una mayor preocupación por el Derecho Económico.

Por otra parte, para dicho autor la organización de la economía está entregada a poderes públicos o "privados económicos", y ha sido justamente la tendencia de éstos últimos a organizar el funcionamiento de la economía a través de la concentración lo que ha determinado la creciente intervención estatal. De ahí que el Derecho Económico se desarrolle simultáneamente por ambas vías, o sea, en gran medida es el producto de los necesarios conflictos entre ellas.

En la obra de Farjat, una de las más recientes en nuestra materia, constituye un esfuerzo notable la teorización y delimitación conceptual del Derecho Económico. Nos parece, sin embargo, que la concepción de base que acabamos de reseñar no es plenamente aplicable en nuestro medio (para el cual él reconoce un Derecho del desarrollo equivalente al Derecho Económico de los países industrializados) amén de ser discutible en todos sus extremos. Su concepción del Derecho Económico se encuentra demasiado próxima en muchos aspectos a la noción del Derecho Comercial (al que se pretende erróneamente transformar hoy en Derecho de la Empresa) y resulta por lo mismo demasiado imprecisa para determinar el campo mismo de nuestra rama del Derecho.

En síntesis, nos parece conveniente recoger del aporte de Farjat a la conceptualización del Derecho Económico dos aspectos fundamentales: el intento de emanciparlo de los límites que le imponían su desarrollo vinculado al Derecho Público o (con mayor razón) al Derecho Privado y la constatación de que estamos en presencia de la ruptura

<sup>26</sup>Ibidem, pág. 425.

<sup>27</sup>Ibidem, págs. 425/6.

de un modelo jurídico, el liberal, sin que hayamos llegado a la estructuración clara (acaso por la falta de coherencia ideológica que lo caracteriza) del modelo actualmente vigente.

En nuestra opinión el Derecho Económico es, pues, una rama autónoma del Derecho, independiente del público y del privado, de vocación general al igual que estos últimos en cuanto procura regir un vasto e inconfundible campo de relaciones sociales hasta hace poco ignoradas como tales por el estudioso del Derecho (y en menor medida por la propia norma jurídica).

El objeto del Derecho Económico, y en ello es concurrente con la economía aún que desde otro ángulo, es buscar la solución del problema económico colectivo.

La escasez de bienes y los usos alternativos que a éstos pueden darse en relación a las necesidades, no es sólo un problema individual. Si se deja librado a la sola acción de cada individuo (para lo cual éste en sus relaciones con los demás individuos se servirá del Derecho Privado y quedará sometido a sus normas) se romperá fácilmente el equilibrio social y se obtendrá por añadidura un resultado negativo. El sistema económico que se adopte con miras a la solución del problema económico, cualquiera que él sea, necesita de un régimen jurídico adecuado<sup>28</sup>, pero además de un conjunto de normas que regulen el desempeño de las actividades económicas subordinándolas al interés general.

El grupo de juristas que participó en el ya citado Congreso de Estrasburgo<sup>29</sup>, siguiendo esta línea de razonamiento, distinguió entre constitución y administración económica y constató la dimensión universal de tales categorías. La noción de constitución económica corresponde al "libre juego de las actividades económicas personales en el marco de la economía general", y la de administración económica, por su parte, "comprende la ejecución, la puesta en juego, la realización por la autoridad pública de una constitución económica por vía de normas e instituciones jurídicas".<sup>30</sup>

Está, pues, fuera de dudas que el funcionamiento de la economía, y a través de él la solución del problema económico colectivo, exige un esquema institucional adecuado. En nuestra economía mixta (carácter que no ha perdido al devolverse importancia preponderante al sector privado) nos parece que dicho marco está formado por la propiedad privada de los medios de producción y por la libertad de iniciativa y empresa (con sus correspondientes limitaciones), y por la función reguladora que corresponde al mercado y al Estado por medio de la cual se asegura el funcionamiento de la economía en términos eficientes o la superación de los desequilibrios que la afectan en un momento determinado.

Tales temas constituyen parte integrante del Derecho Económico y sin la visión que éste da de ellos permanecen ignorados o son analizados por el jurista desde un ángulo incompleto, tal vez aun económicamente erróneo.

<sup>28</sup>Usamos esos términos en el sentido que les da Lajugie, en su obra *Sistemas Económicos*, Eudeba, Argentina.

<sup>29</sup>Cahiers de droit comparé, Nº 1, Strasbourg, 1964.

<sup>30</sup>Ibidem, pág. 9.

Pero no basta la existencia de un cuadro institucional, por claro y perfecto que éste sea, para que el problema económico se resuelva. Elevar la producción y distribuir convenientemente el ingreso, es una tarea que exige —especialmente en nuestros países en vías de desarrollo— esfuerzos, una organización y una dinámica sociales adecuadas. Dichas tareas contraponen en la práctica importantes intereses, que sólo pueden ser conjugados en bien social a través de la norma jurídica. Exigen del Estado, que expresa o debe expresar el interés colectivo, una actitud agresiva y decidida orientada hacia la obtención de dicho objetivo.

De ahí que en el marco institucional dado, los sujetos de la actividad económica deban desarrollar sus actividades buscando no sólo la satisfacción de su afán particular (el lucro, en el caso de la empresa) sino comprometidos a través de la norma jurídica con la solución del problema económico colectivo.

¿Quiénes son dichos sujetos? En primer término el Estado, a quien competen misiones de regulación, fomento y control de la actividad económica a fin de asegurar la solución del problema económico de acuerdo al interés general y a las prioridades sociales establecidas por los mecanismos políticos correspondientes. Para la realización de esa función el Estado dispone de un "arsenal" de instituciones jurídicas especialmente creadas al efecto (tales como la planificación, la expropiación, la requisición, etc.), o de las instituciones de Derecho Común en cuanto resulten adecuadas al problema de que se trate.

No debe confundirse la actividad propiamente económica del Estado, que se desarrolla en un marco jurídico limitante, con la actividad administrativa que en ella se origina (que cae en el campo del Derecho Administrativo), con la función de decisión o control de los poderes y órganos estatales (que cae en el campo del Derecho Constitucional) o con las figuras jurídicas que utilice circunstancialmente (comúnmente pertenecientes al Derecho Civil o al Comercial).

En segundo lugar, las unidades de producción y especialmente las empresas (tanto públicas como privadas o mixtas). La creación y el funcionamiento de ellas exige la aplicación de normas de diversa naturaleza (especialmente de Derecho Comercial, aun cuando éste regula más bien el estatuto a que se somete un factor de producción empleado por la empresa: el capital y que, conforme a una tendencia que se abandona progresivamente, se aplica por extensión a la unidad misma de producción; y el Derecho Laboral que se aplica a las relaciones empresa-trabajadores y a la organización de estos últimos). Pero entre ellas destacan las normas jurídico-económicas que componen, buscando siempre la justicia, los intereses del empresario o la empresa con el interés general, buscando la solución del problema económico.

Por otra parte, las decisiones del empresario estarán orientadas a obtener con su gestión un determinado resultado (utilidades, establecidas a través de la contabilidad y el balance del ejercicio), cuyo establecimiento y análisis es exigido por el Derecho pues en sí se encuentran comprometidos todos los intereses que juegan en la empresa.

Es tendencia jurídica contemporánea la de hacer de la empresa un verdadero sujeto de derecho, independiente de la organización jurídica que puedan darse los factores de producción que en ella intervienen (sociedad y sindicato), a fin de asegurarse que cumpla cabalmente sus funciones económicas. Entre nosotros ya es un objeto de regulación jurídica como lo prueban los Decretos Leyes sobre estatuto social de la empresa o sobre la integración del Directorio de alguna S.A. en particular (COPEC). En tales condiciones la empresa tiene un régimen jurídico que escapa a las restantes ramas del Derecho y que por su naturaleza corresponde al Derecho Económico.

Pero los sujetos económicos (con o sin personalidad jurídica, pero en todo caso con reconocimiento jurídico) no desarrollan sus actividades sólo en el contexto de una determinada economía nacional. El mundo interdependiente en que vivimos, la especialización internacional del trabajo, hacen que la solución del problema económico colectivo de un país dependa en no pequeña medida de lo que los restantes países puedan ofrecerle; hay una actividad económica internacional orientada a la solución del problema económico colectivo nacional. Las condiciones en que ella puede desenvolverse están sometidas a un régimen jurídico en el que se comprenden el estatuto jurídico del comercio exterior, las normas de integración o complementación económica y aun normas internacionales que buscan un mejor aprovechamiento de los recursos a un nivel mundial o la solución de los conflictos que la utilización o traspaso de ellos acarrea. No debe confundirse en esta parte las normas jurídico-económicas, de origen nacional o supranacional, con las simplemente comerciales; aquéllas regulan las condiciones bajo las cuales se opera en una economía internacional, éstas se refieren a los actos jurídicos necesarios para que las relaciones entre los sujetos económicos puedan materializarse.

Tal nos parece el contenido del Derecho Económico, su función, su objeto de regulación. Para sintetizar nuestro pensamiento diríamos que el Derecho Económico es una rama autónoma del Derecho que estudia los principios y normas que regulan la organización y funcionamiento de la economía y la actividad de los sujetos económicos orientada a la solución del problema económico colectivo.

A partir de ese concepto podemos destacar el carácter teleológico e instrumental de las normas jurídico-económicas, así como su identificación por el objeto o contenido de ellas (actividad económica-problema económico) y por el sujeto (Estado-unidad de producción: empresa).

Por lo mismo el método del Derecho Económico no puede ser el tradicional del Derecho, que parte de la norma para deductivamente determinar su aplicación al caso de que se trate, sino un método diferente, al que algunos autores llaman sustancial o material por oposición a formal y que Cottely denominaría simplemente racional, que parte del hecho económico y del objetivo perseguido y que busca la norma adecuada a su solución. Deducción, inducción y creación, deben necesariamente combinarse en él. Y la investigación jurídico-económica se valdrá preferentemente de los métodos de las ciencias sociales, con miras sobre

todo a establecer la eficacia de la norma, esto es para valorarla en cuanto instrumento.

Muchas otras características se derivan de lo anterior en cuanto a la formulación, interpretación y aplicación de la norma, tales como su extraordinaria mutabilidad, "el carácter concreto", etc.

## V. DIVISIONES INTERNAS DEL DERECHO ECONOMICO.

9. De lo expresado en el punto precedente resulta, a nuestro entender, que es posible establecer ciertas divisiones internas del Derecho Económico. Parece útil proceder así, pues los principios aplicables en uno y otro grupo de normas son (o pueden ser) diferentes y la naturaleza de las instituciones, el grado de coactividad de la norma, será también diferente (dependiendo todo ello en gran parte del sistema económico).

Así puede hablarse de un Derecho Económico General y de un Derecho Económico Especial. Este último es el aplicable a cada sector de la economía y utiliza todas o algunas de las instituciones del primero. Así, por ejemplo, hay normas jurídicas económicas especiales aplicables a la agricultura, a la minería o a la industria, que integran el Derecho Económico pero que tienen un campo de aplicación restringido al sector correspondiente de la economía.

Por otra parte, puede hablarse de un Derecho Económico Nacional, formado por las instituciones y normas jurídicas que se aplican al interior de las fronteras de un país determinado, y un Derecho Económico Internacional, aplicable a la organización y funcionamiento de la economía internacional en cuanto con ella se busca la solución del problema económico colectivo. La regulación de las transnacionales, por ejemplo, forma parte del Derecho Económico, pero no así un contrato de compraventa de un determinado bien de capital; la organización y distribución de crédito internacional (bien escaso) integra el Derecho Económico, mas no un determinado contrato de mutuo entre un organismo internacional y un sujeto económico nacional.

La noción de un Derecho Económico Internacional no es unánimemente admitido por la doctrina. Jaquemin y Schrans lo consideran parte integrante del Derecho Internacional Público y lo separan tajantemente del Derecho Internacional de los Negocios<sup>81</sup>. La misma parece haber sido la tendencia del Coloquio de Orleans ya referido<sup>82</sup>. Por nuestra parte convenimos que se trata de un Derecho Internacional por la generación y aun la naturaleza de sus normas, pero Económico por su contenido y función. Por lo mismo nos parece que debe hablarse de un Derecho Económico Internacional y que desde el ángulo del Derecho Internacional éste interesará sólo en una cierta medida.

<sup>81</sup>Ob. cit., págs. 78/80. Sobre Derecho Internacional de los Negocios, puede verse Segapira, Jean: "Le droit international des affaires". Presses Universitaires, France 1972.

<sup>82</sup>Véase, "Aspects de Droit International Économique", ob. cit.