

PRINCIPIOS DE DERECHO ECONOMICO

LA REGULACION JURIDICA DEL MERCADO

*Alfredo Gutiérrez Samohod
Profesor de Derecho Económico
Facultad de Derecho*

PLAN DE EXPOSICION:

Primera Parte.

Bien Jurídico protegido: la normalidad del mercado, para asegurar el adecuado abastecimiento de la población.

Segunda Parte.

Normatividad punitiva de las infracciones de la regulación jurídica del mercado.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO:

población.

la normalidad del mercado, para asegurar el adecuado abastecimiento de la

Cómo es evidente, esta materia reviste la mayor importancia, ya que esta expresión concreta del Derecho Económico tiene por objeto uno de los principales elementos de los sistemas de libre mercado o libre empresa, como lo es el mercado, el cual constituye el motor del sistema.

Por esta razón la autoridad ha regulado siempre la actividad del mercado, ya que, incluso en el más libre de los sistemas, es preciso establecer algunas pautas mínimas de orden y

seguridad, para que este hecho económico opere adecuadamente y dentro de la normalidad.

Sin embargo, la acción reguladora del Estado va más allá de su labor de "gendarme" y, como aparece cada vez con mayor claridad, la autoridad no sólo se preocupa de evitar o sancionar el fraude y el desorden del mercado, sino que se ve en la necesidad de regular su funcionamiento, tanto en períodos de normalidad cuanto en los de crisis o de desequilibrio.

Esta labor de regulación tiene una finalidad muy precisa, cual es asegurar el adecuado abastecimiento de la población, ya que es, precisamente, a través del mercado cómo se logra la adquisición de los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades económicas de los individuos y empresas. En la medida que el mercado funcione adecuadamente se logrará contar con la mejor calidad y cantidad de bienes, a los precios más convenientes.

De esta forma, la acción reguladora del mercado por la autoridad, conforma uno de los contenidos del orden público económico, tanto de dirección como de protección.

Así, pues, el Estado trata, mediante la implantación de normas jurídicas, que la economía, como un todo, funcione con normalidad, con miras a obtener el desarrollo económico al más alto nivel posible y, lograr, también, el mejoramiento social, mediante la aplicación de ciertas políticas de carácter redistributivo y, tratará, también, de desarrollar políticas económicas anticíclicas, sea para precaver los efectos negativos o para resolver los ya producidos, con todo lo cual, cumple, precisamente, los contenidos últimos del orden público de dirección.

Pero, el Estado trata, también, de lograr la consecución de los fines esenciales del orden público de protección, ya que mediante su acción legislativa establecerá normas o requisitos tendientes a concretar en el plano económico, el principio de la igualdad jurídica, para compensar las desigualdades económicas que, generalmente, se manifiestan entre los contratantes.

Para lograr esas finalidades el legislador recurre al empleo de todos los medios o técnicas de intervención jurídica en la economía y, en el ejercicio de su potestad soberana, prohíbe, controla y reglamenta, utilizando los instrumentos tradicionales; pero, avanza aún más, y recurre a las nuevas formas de intervención, como lo son, establecer, por la vía legal, el contenido de ciertos actos o convenciones, o bien, crear, obligatoriamente y por vía legal, relaciones contractuales.

De esta forma se rompe el principio clásico de la autonomía de la voluntad y se sobrepasa, largamente, la tradicional y pedagógica división de las normas jurídicas, entre aquellas que conforman el derecho privado y las constituyen el derecho público.

Nos enfrentamos, pues, a nuevas expresiones del derecho, manifestadas en normas legales establecidas por la fuerza política del Estado, que imponen a los individuos relaciones contractuales; o bien, su contenido, con el principal objeto que los individuos, oferentes y demandantes, tengan acceso a un mercado normal, para que el mismo cumpla la función esencial que le asigna la ciencia económica, o sea, permitir la más racional asignación de los recursos económicos.

Cómo es sabido, esta proposición sobre el papel del mercado corresponde, básicamente, a la escuela de pensamiento liberal o libremercadista que, por supuesto, no es la única manera de explicar la organización del mercado y sus fines; pero; si nos atenemos a la realidad económica y jurídica del país, debemos concluir que la economía de mercado, la economía de libre mercado o la economía social de mercado, corresponden a la expresión más cercana a la misma y que, por lo mismo, es el motivo de nuestro análisis.

Por otra parte, la organización propia de las economías centralmente dirigidas, si bien no implica negar la existencia del mercado, conlleva una regulación diametralmente opuesta y su normatividad jurídica tiene, por lo mismo, no sólo otra connotación, sino que, también, una naturaleza diferente, y que no se expresan, como es obvio, en nuestra legislación positiva.

Ahora bien, la autoridad al regular el mercado, limita, a veces drásticamente, ciertos derechos o garantías individuales, y muy concretamente, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, sean ellos de producción, intermediarios o de consumo, y cualquiera que sea la fase del proceso económico en que se encuentren.

Los individuos dejan de ser libres para disponer de los bienes, de sus resultados o de las consecuencias económicas que se produzcan al ejercer los atributos del dominio y, se ven impelidos, por la fuerza de la ley, a acomodar sus actividades económicas particulares a las conductas que prevé el legislador, quién ha preterido como bien jurídico protegido el derecho individual por una necesidad social, como lo es la normalidad del mercado para producir el adecuado abastecimiento de la población.

Ahora bien, el mercado como concepto es permanente y claro, en su esencia, pero es evidente que presenta características distintas, según sea el grado del desarrollo económico y social de los diferentes países, o bien, según el desarrollo histórico, de manera, pues, que existen diversas formas de mercado en el tiempo y en el espacio y, por la misma razón, se han producido, también, diversas formas y diferentes políticas para encarar la necesaria protección de la normalidad del mismo.

Por otra parte, aún cuando el mercado globalmente es uno, se puede dividir o clasificar atendiendo a diversos factores y, es así cómo, se puede distinguir entre mercado nacional o interno y mercado internacional o externo; mercado de bienes físicos y mercado de valores o intangibles; mercado de cambios internacionales, etc.

El legislador, atendiendo a las diversas características de estos mercados sectoriales o parciales, los regula en forma diferente, pero considerando su relación o efecto con el comportamiento global de la economía.

Las normas legales, por su naturaleza y finalidad, particularmente en cuanto tratan de asegurar los derechos de los individuos o del grupo social, tienden a la permanencia y son estáticas, mientras que los hechos económicos que regulan, como lo es el mercado, son esencialmente cambiantes y fluidos, produciéndose en numerosas oportunidades un desajuste o incongruencia entre la normatividad jurídica y la realidad del mercado, fenómenos que, por lo general, se reproduce en los diversos aspectos del derecho económico y la actividad económica.

Cuando el derecho pierde congruencia con el sistema o el modelo económico, aparece como un elemento retardador del progreso y del avance social, que debe ser removido por el legislador. Pero mientras ello no sucede, cabe a la magistratura y a los letrados la fundamental tarea, dentro de su respectiva esfera de competencia y capacidad, interpretar y aplicar las normas recurriendo a los métodos de análisis jurídico-económico y teniendo en consideración el carácter marcadamente instrumentalista del derecho económico, lo cual no significa que sea exclusivamente instrumentalista, sino que en la generalidad de los casos tiene ese rasgo cuando persigue implementar políticas económicas determinadas.

En consecuencia, abandonada o superada determinada política económica no corresponderá aplicar la normatividad que la imponga, sino en la medida que ella guarde congruencia con la nueva política.

Lo antes expuesto resalta con claridad, si se tiene

p
e
s
e
c
x
q
d
d
c
c
p

d
d
q
g
c

b
p
b

N
D

c
t
r
u
l
s
c
c
d
i

l
n
t
m
d
n

presente que la normatividad del derecho económico al tratar de expresar una ecuación que asegure la justicia entre el interés social, representado por la normalidad del mercado para lograr el adecuado abastecimiento de la población, y el interés particular, manifestado en el ejercicio del derecho de propiedad, exige de los individuos que adopten conductas contrarias a las que habrían manifestado en el sólo legítimo ejercicio de ese derecho, o bien, que se abstengan de realizar conductas que, desde el punto de vista del referido legítimo ejercicio, tampoco serían reprochables por sí solas, pero que, por sus consecuencias en la actividad macroeconómica, no son convenientes para el cuerpo social.

Es este, precisamente, el rasgo más característico del derecho económico, ya que pretende obtener de los individuos determinadas conductas particulares distintas de aquellas que, naturalmente, habrían tenido, para lograr comportamientos globales en la macroeconomía y, todo ello, con la finalidad de concretar políticas económicas y sociales determinadas.

Para imponer esta legislación, el Estado debe establecer una normatividad punitiva de las infracciones que puedan producirse, la cual nos conduce a la segunda parte de este trabajo.

NORMATIVIDAD PUNITIVA DE LAS INFRACCIONES DE LA REGULACION JURIDICA DEL MERCADO.

El derecho penal económico ha sido reconocido tradicionalmente como una rama autónoma y singular del derecho penal, toda vez que la normatividad del delito económico presenta características propias que, en numerosos aspectos, constituyen una excepción a principios esenciales del derecho penal, como lo son, por ejemplo, el incremento del principio de la responsabilidad objetiva; la tipificación sui generis; la intervención administrativa en la tipificación de las infracciones, así como en su pesquisa y sanción; la posibilidad de transigir económicamente la penalidad de la infracción y, la aceptación del error de derecho como causal justificatoria de la conducta ilícita.

El legislador, al establecer la normatividad del delito económico, no atiende a la responsabilidad subjetiva, sino que, más bien, pretende crear un instrumento legal de incitación negativa, puesto que, como ya se dijo, el derecho económico precisa obtener comportamientos concretos para lograr conductas macroeconómicas y, por lo mismo, las acciones u omisiones que sanciona, son punibles por que ellas impiden el funcio

namiento normal del mercado, o de otro sector de la economía, o bien, por que crean dificultades o problemas en la implantación de determinada política económica.

No se exige intención criminal y se sanciona a los infractores, aún cuando su acción u omisión no produzca daño o lesión a otro, ni conlleve perjuicio directo a otro, o sea no se exige la concurrencia del dolo o malicia que, necesariamente, caracteriza a las figuras penales clásicas.

Por otra parte, esta extensión del concepto de la responsabilidad objetiva lleva al legislador a establecer sanciones en contra de las personas jurídicas, independientemente de la sanción que pueda ser aplicada a las personas naturales que actúan por y para ellas.

Además la normatividad penal económica recurre con frecuencia a responsabilizar por hechos de terceros, como son los casos de los propietarios o administradores de establecimientos comerciales o industriales que se ven en la necesidad de responder por acciones u omisiones de sus dependientes o del personal que presta servicios en el respectivo establecimiento.

Por último, otro aspecto que recalca el rasgo que analizamos, o sea, el incremento de la responsabilidad objetiva del derecho penal económico, se manifiesta en la incriminación particular de sus normas. Se ha señalado que éstas están dirigidas a determinado sector de la ciudadanía, como lo son los propietarios y administradores de los establecimientos económicos, los cuales pasan a formar parte de lo que se ha llamado "los delincuentes de cuello y corbata".

Esta característica no refleja, en modo alguno, un afán persecutorio en contra de determinado sector socio-económico, por razones políticas o sociales, sino que es la consecuencia de las actividades que realizan y la finalidad de la ley, o sea, la regulación del mercado.

En segundo lugar, cabe destacar que otra de las particularidades del derecho penal económico es la tipificación sui generis de las infracciones, ya que éstas se definen por las características propias de la actividad que se trata de regular y es así, entonces, que encontramos "delitos bancarios", "delitos financieros" o "delitos de cambios internacionales", etc., ya que ellos, en cada caso, sólo se configurarán en la medida que los agentes del respectivo sector infringan las normas pertinentes que regulan el respectivo mercado y, afecten, por lo mismo, a su normal operación.

En tercer término, es imprescindible destacar que -

en el campo del derecho penal económico se puede advertir un repliegue marcado del principio estricto de la legalidad del delito y de la pena, frente al avance de la administración en éstos esenciales aspectos. Esta circunstancia se produce como consecuencia de la naturaleza cambiante de los fenómenos económicos y de las diferentes políticas económicas.

El legislador fija el marco general y faculta al administrador para que actuando mediante instrumentos jurídicos tales como el decreto, la resolución, el acuerdo, distintos todos de la ley, tipifique el delito o infracción.

Además, esta característica se esfuerza al observar el avance de la administración en todo lo que dice relación con la pesquisa y sanción de las infracciones que conforman el derecho penal económico, con exclusión, en la generalidad de los casos, de los órganos de jurisdicción.

En cuarto lugar, cabe destacar como otro rasgo característico del derecho penal económico, la posibilidad de transigir económicamente en la penalidad de la infracción de la legislación económica, la cual demuestra la esencial tendencia disuasora de la misma que, como ya hemos visto, pretende inducir a los agentes económicos a abstenerse de ciertas conductas, en aras de una determinada actitud macroeconómica.

Cómo es obvio, si el monto de la transacción es superior al eventual beneficio económico que pueda resultar de la infracción sancionada, el agente se abstendrá de incurrir en ella.

Analizaremos a continuación algunas normas concretas de nuestra legislación positiva, que establecen la punitividad de delitos económicos, para ver si concurren las características que hemos señalado y, concluir, por lo tanto, que ellas configuran disposiciones específicas del derecho penal económico.

Casos que contempla la Ley sobre Comercio de Exportación e Importación y de Operaciones de Cambios Internacionales, cuyo texto ha sido establecido por el decreto supremo número - 471, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, del año 1977.

Esta ley tiene por finalidad regular, como lo establece su nombre, tanto el mercado de importaciones y exportaciones como el mercado de cambios internacionales, atendiendo, esencialmente, a la estructura básicamente deficitaria de los mismos.

Es imprescindible, entonces, obtener el mejor aprovechamiento de los medios de pagos internacionales para mantener y lograr el más fluído curso de los flujos de divisas y del intercambio internacional, asegurando el adecuado abastecimiento del país.

Como un medio para lograr esta finalidad, el legislador establece diversas obligaciones legales a los agentes o sujetos que intervienen en dichos mercados, entre los cuales podemos señalar las que afectan a los exportadores, como son la obligación de retornar las divisas provenientes de las operaciones de exportación, así como la liquidar esas mismas divisas.

El Banco Central de Chile, como único organismo competente y en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 72, letra a) de la citada ley, en relación con lo establecido en los artículos 7, 8 y 9 de la misma ley, establece las normas que regulan el comercio de importación y exportación y, en cumplimiento del cometido que le impone el mismo artículo 17, letra a), en relación con los artículos 12 y 13, todos de la referida ley, establece las normas sobre cambios internacionales.

El Banco Central de Chile dispone de amplias facultades para establecer las normas antes referidas, las que nacen a la vida jurídica por un acto meramente administrativo, ejecutado dentro de un marco legal sumamente amplio y que, como el caso de la regulación de las operaciones de cambios internacionales, cuya descripción hace el artículo 3° de la ley, permite llegar, incluso, al monopolio o estanco de compraventa de divisas por dicho instituto emisor.

El artículo 23, inciso primero de la Ley sobre Comercio de Exportación e Importación y sobre Cambios Internacionales establece la punitividad para quienes infrinjan las obligaciones de retorno y liquidación de divisas provenientes de exportaciones y otras operaciones que la ley detalla, así como para quienes infrinjan las normas establecidas por el Banco Central de Chile en materia de comercio de exportación e importación.

Por otra parte, el artículo 24 de la misma ley establece la sanción que afecta a quienes trasgredan las normas que establezca el Banco Central de Chile en materia de cambios internacionales.

Analizaremos estas normas para poder apreciar si ellas revisten las características que hemos señalado como propias -

de
ma
b
s
s
l
l
s
l
l
d
r
j
n
m
d
l
m
s
m
y
t
a
a
y
d
t
C
e
c
c
E
p
q

del derecho penal económico.

En primer lugar, aparece nítidamente que estas normas sancionan conductas determinadas, atendiendo a la responsabilidad objetiva de los agentes, particularmente en cuanto ellas sancionan ciertas omisiones, independientemente de si ellas causan o no un perjuicio y que, en la generalidad de los casos, no los producen, al menos en forma directa e inmediata. El legislador sólo pretende evitar el perjuicio genérico y futuro que se podría provocar a la economía global del país por la falta de las divisas no retornadas o no liquidadas.

En segundo término, la norma sanciona la responsabilidad por hecho ajeno, sobre todo a la luz de las disposiciones del artículo 23 de la misma ley, que establece las normas sobre responsabilidad de los representantes o apoderados de personas jurídicas.

En tercer término, aparece con evidencia que estas normas crean una incriminación particular a ciertas personas, como lo son aquellas que actúan en el comercio de exportación y de importación, o bien, las que operan en cambios internacionales y que, a su vez y por lo general, son los empresarios o administradores de las empresas que realizan esas actividades.

En cuarto lugar, es necesario considerar que la ley sanciona a las personas jurídicas, según se establece expresamente en los artículos 23, inciso cuarto y 26 de la misma ley, ya que esas normas establecen las penas de multas para esos entes, independientemente de las sanciones corporales que pueden afectar a sus propietarios, administradores o representantes.

En quinto lugar, es evidente que, en los casos que analizamos, estamos enfrentados a una tipificación sui generis y de carácter nítidamente administrativa, ya que, como acabamos de ver, muchas de las infracciones sancionadas, los son por contravenir los acuerdos del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile.

Existe, además, una pesquisa administrativa que, en el caso que regula el artículo 23 de la ley, tiene incluso un carácter excluyente.

La ley dispone, también, sanciones administrativas, como lo son las multas que ordena aplicar la ley en el caso de ciertas contravenciones, las cuales son aplicadas por el Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile y, también, son cobradas o perseguidas por el mismo organismo, conforme al procedimiento que, para ese efecto, establece la ley.

Por último, es preciso señalar que la ley contempla, también, la transacción de la pena corporal por el pago de una multa, como lo es el caso del artículo 23 inciso segundo, o el artículo 24, inciso segundo.

En razón de lo expuesto podemos concluir, inequívocamente, que las normas analizadas configuran disposiciones del derecho penal económico por concurrir a su respecto las características particulares que les dan dicho carácter.

Casos que contempla la Ley N° 18.223, sobre protección el consumidor.

Esta ley, que reemplazó al decreto ley número 280, sobre delito económico, si bien es cierto que mira a la consecución de uno de los contenidos más característicos del orden público económico de protección, como lo es, precisamente, la salvaguardia de los derechos e intereses de los consumidores frente a la superioridad económica de algunos proveedores u oferentes, no reúne en su expresión positiva muchos de las características que, según hemos visto, configuran las normas propias del derecho penal económico.

Podemos decir, entonces, que ésta ley es derecho penal económico en el fondo o en su finalidad, pero no lo es en su concreción, ya que, como resulta de su revisión y análisis, esta ley reviste muchas de los rasgos más propios del derecho penal clásico, ya que incluye la acción civil indemnizadora, lo que no es común u ordinario en materia de derecho penal económico.

Caso del decreto ley número 211, del año 1973, de Defensa de la Libre Competencia.

Atendiendo a lo exiguo del espacio y del tiempo, en este caso analizaremos el bien jurídico protegido, antes que las características de la normatividad punitiva, toda vez que en ella concurren nítidamente todas las que configuran el derecho penal económico.

Como este cuerpo propende a la defensa de la libre competencia, debemos comenzar por precisar este concepto, ya que la ley no lo describe ni configura.

El artículo 21 del Código Civil, al disponer que todas las palabras técnicas que emplea el legislador sin describirlas, deben entenderse en el sentido que les dan quienes profesan esa ciencia o técnica, nos remite, obligadamente, a la defi

nición que al respecto pueda dar o tener la ciencia económica.

Ahora bien, en economía la libre competencia no constituye una realidad per se o de carácter básico, sino que, más bien, constituye una consecuencia provocada por la concurrencia de ciertas circunstancias, que son las que configuran un mercado perfecto o un mercado libre.

Para simplificar el análisis, podemos decir que, en determinadas circunstancias, libre competencia implica mercado perfecto o mercado libre.

En teoría económica, particularmente desde el punto de vista de los marginalistas, existe mercado perfecto siempre que la oferta y la demanda reúnan condiciones de atomicidad y fluidez, que los agentes del mercado puedan conectarse libremente entre sí entrando y saliendo libremente de él, y que este contacto sea rápido o inmediato y efectivo.

Concurriendo estas circunstancias, según la teoría económica, el precio se formará o establecerá en un punto o nivel óptimo, tanto para los oferentes como para los demandantes, lográndose un efecto positivo múltiple, ya que el oferente recibirá el mayor ingreso por la venta de sus productos, que estén dispuestos a pagar los adquirentes de los mismos, quienes, a su vez, estarán recibiendo el máximo de bienes necesarios para satisfacer sus necesidades por el máximo de egreso que estén dispuestos a soportar, y de esta manera se habrá satisfecho el interés social de lograr el adecuado abastecimiento de la población, en cantidad, calidad y precio.

Ahora bien, el mercado perfecto no es común en la realidad y sólo por excepción es posible encontrar algunos casos en que ello ocurre, como sucede, por ejemplo, en algunos mercados mayoristas de productos agrícolas, esencialmente, hortalizas; o bien, en el caso de ciertas propuestas públicas, en las cuales, al menos, concurren todos los oferentes de determinado bien o servicio, aún cuando el demandante es monopsónico; o tal vez, debería o podría darse en ciertas bolsas de valores o de productos.

En ésta circunstancia, el bien jurídico protegido se refiere a una circunstancia más bien teórica, razón por la cual el intérprete deberá analizar y comparar la realidad con ese modelo y determinar si, efectivamente, los agentes, desarrollando determinadas conductas, pueden racionalmente, llegar a operar conforme a ese marco, o bien, si las conductas efectivas que ellos realizan impiden o tiende a impedir que un mercado perfecto continúe funcionando, o por otra parte, impiden o tienden a impedir que llegue a funcionar un mercado perfecto.

Se podría pensar, entonces, que la ley protege una concepción teórica, una determinada escuela del pensamiento económico teórico.

Sin embargo, ello no es así, ya que la ley pretende, en la medida de lo posible, que no se produzcan circunstancias que perturben o impidan la libre afluencia o libre concurrencia de oferentes o de demandantes al mercado, o su exclusión del mismo, por razones ajenas a la libre competencia económica.

Lamentablemente, la ley al configurar la figura delictiva lo hace en términos muy vagos y generales, ya que tanto el artículo 1° del decreto ley 211, que señala el delito y la pena, como el artículo 2° del mismo cuerpo, que tipifica como tal delito algunas conductas, lo hacen en forma tan amplia que sería posible incluir en ellas muchas conductas que, de no ser por la finalidad diferente que se persigue al ejecutarlas, podrían ser consideradas como actos sancionables.

Las observaciones anteriores nos demuestran la importancia del análisis jurídico-económico y particularmente, la importancia de utilizar los conceptos básicos de la ciencia económica, para la adecuada interpretación y aplicación de la legislación que conforma el derecho económico en general y el derecho penal económico, en particular, ya que la sola hermenéutica jurídica es insuficiente para lograr la cabal comprensión del sentido y alcances de esa legislación.

Estas circunstancias permiten explicar, también, por qué es posible que un mismo texto legal económico permita implementar sucesivas y diversas políticas económicas, o proteger el cumplimiento de diferentes políticas económicas, como lo ilustra nítidamente -en nuestro país- la legislación sobre comercio de exportación e importación y sobre cambios internacionales y las diferentes políticas que, a su amparo, se han implementado en los últimos cuarenta años, algunas diametralmente opuestas.

Esta característica del derecho económico y del derecho penal económico, si bien es uno de sus rasgos más marcados, no significa, en caso alguno, que el bien jurídico protegido por esas normas sea indeterminado o indefinido, sino que el será el resultante de la realidad socio-económica existente y, muy particularmente, del sistema económico que la comunidad haya decidido realizar e implementar, el cual por razones obvias, es concreto y determinado.

Corresponde, pues, al letrado, en su múltiple función de intérprete y ejecutor de la ley, conocer profundamente

e
c
z
t
f
j

esa realidad socio económica y sus elementos permanentes, dese-
chando los ideologismos y aspectos adjetivos, para poder reali-
zar, mediante la aplicación inteligente de la ley, los más al-
tos fines de desarrollo y beneficio común e individual, en un
plano de armonía y coherencia, insuflando en la economía los -
fines propios del derecho, en una síntesis conformadora de la
Justicia.