

## ASPECTOS DEL DERECHO ECONÓMICO

Flávia de Araújo Cuenca<sup>1</sup> (<http://elsalvador.abogadosnotarios.com/flaviacuenca/>)

### 1. ORIGEN DEL DERECHO ECONÓMICO

Empezaremos a hablar sobre un elemento fáctico puntual, las constituciones promulgadas antes de la década de los 20's no hacían mención ni cualquier preocupación o declaración sobre economía. Solamente en la década de los 20 es donde nosotros vamos a encontrar por primera vez la mención de la palabra economía, ocurriendo esto en 1919, con la promulgación de la Constitución de Weimar en Alemania, elaborada después de la derrota del imperio alemán en la 1ª Guerra Mundial. Ella presentaba un capítulo titulado “La Vida Económica”, que tenía algunos dispositivos y algunos principios generales, pero que dejaban claro que la función del Estado es de alguna manera, regular, direccional a la vida económica del país. Así, la Constitución de Weimar con ese capítulo, representó una ruptura con relación a la concepción de la vida económica y de las relaciones entre Estado y economía.

Antes de eso, había una negación de esa realidad, la relación del derecho y economía, Estado y economía. Existía la llamada orden liberal, instaurada a partir de fines del siglo XVIII. La idea fundamental era establecer una separación, tan posible, entre los planes decisorios políticos y económicos. Ese era el ideal del orden liberal. Como reacción del régimen que lideraba en Francia y en otros países, hasta la época de la monarquía, o sea, durante el siglo XVIII, se instala la orden liberal, una orden que daba predominancia casi que absoluta de la libertad (el hombre es libre en todos los campos, en todas las esferas, quiere la libertad política y económica, la libertad de producir, de comerciar, de hacer circular los bienes) y de ahí se originó aquel slogan propio de la revolución francesa *laissez faire, laissez passer* (deje hacer, deje producir y deje pasar), o sea, deje comerciar los bienes producidos, que fue la bandera del liberalismo.

## 2. LA FASE DEL ESTADO LIBERAL

En el siglo XVIII, se desarrollaron nuevas concepciones. La preocupación central ya no era el fortalecimiento del Estado, sino la riqueza de las naciones. Se publicaron dos importantes obras, donde se inicia una nueva era en el estudio de la economía: **la era clásica**, coincidente con el iluminismo, la edad de la razón. La primera de las dos obras importantes fue *Tableau économique* de Francois Quesnay, publicada en 1758. La segunda: *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, de Adam Smith, publicada en 1776.

Quesnay fundamentó su pensamiento en conceptos cuantitativos, quería demostrar cómo se formaba la riqueza y como esta se distribuía. Smith fundamentó su trabajo en axiomas filosóficos. Entre sus primeras preocupaciones académicas, no se encontraba la riqueza de las naciones. En 1759, publicó su primera obra: *Theory of moral sentiments*. Los sentimientos morales, las pasiones originarias de la naturaleza humana, la búsqueda del consentimiento social, las razones principales de la acumulación y la conservación de la fortuna material, fueron las propuestas de su descripción de orden económico, fundamentada en las leyes que rigen **la formación, la acumulación, la distribución y el consumo de la riqueza**.

Este polinomio fue la base del concepto clásico de la economía. La mayor parte de los economistas clásicos que vivieron en la transición de los siglos XVIII y XIX, como el pastor Thomas Malthus, el financiero John Law, el político John Stuart Mill, el banquero Richard Cantillon, el negociante David Ricardo y el filósofo Jean Baptiste Say, definieron la economía a partir de estos cuatro flujos.

Siguiendo por el marco histórico del apogeo del liberalismo, tenemos el año de 1776, donde ocurrieron cuatro grandes eventos:

---

<sup>1</sup> Abogada de La República de El Salvador, Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil, 1999, Master en Economía y Regulación de Servicios Públicos, Universidad de

En el campo político: 1776 fue el año de la independencia de los Estados Unidos. Por la primera vez, un país se organizó desde el inicio sobre la égida del liberalismo. La constitución americana es un primor del liberalismo, tanto políticamente, a través de la separación de poderes de Montesquieu, como económicamente. La constitución americana es la primera constitución liberal. Las constituciones liberales son también llamadas constituciones clásicas y son constituciones de garantía, por que se destinaban a garantizar al hombre el pleno ejercicio de su libertad en todos los campos.

En 1776 fue también el año en que el mencionado Adam Smith, profesor de filosofía moral de la Universidad de Glasgow, en Escocia, publicó su célebre libro titulado “The Wealth of Nation”, “la Riqueza de las Naciones”, donde se muestra la viabilidad de la libertad en el campo económico, en donde a través de un sistema descentralizado habría la posibilidad de los hombres, cada cual persiguiendo su interés, su objetivo propio, habría la posibilidad de armonizarse y la economía funcionar de manera armónica y produciendo los mejores resultados. De ahí aquella imagen que es atribuida al de la mano invisible, que sería aquella fuerza que iba a transformar el interés egoísta de cada hombre hasta una atención general de las necesidades de la comunidad.

Otro acontecimiento interesante en el campo de la política económica fue el Decreto que prácticamente restituye el Edicto de Turgot en Francia, que retira de las corporaciones de oficio todo el poder que ellas tenían en regular profesiones, sobre la ascensión en la vida profesional, que eran relevantes en la vida económica. El Edicto de Turgot significó el primer paso importante en la liberalización de la iniciativa (que hoy llamamos de libre iniciativa).

En 1776, ocurre igualmente otro evento importante, que es la invención o descubrimiento de la tecnología. En este año, un físico llamado Robert Fulton, en los EUA, aplica el principio de la máquina a vapor de Watt, para la movilización mecánica de los barcos, y con eso desencadenó la revolución industrial, que es una revolución tecnológica.

Estos son los cuatro eventos que marcaron el surgimiento de la orden liberal, que se consolidaría unos años más tarde en 1789, con la Revolución Francesa. La orden liberal consistiría entonces por dos grandes factores: político, basado en las constituciones y en las garantías liberales, por dos grandes toldos: la de organización, el Estado utilizando el modelo de Montesquieu de la separación de poderes, destinada a enflaquecer el Estado. Había una preocupación de liberalizar y democratizar políticamente. Y por otro lado, la declaración de los derechos del hombre, que tenía como objetivo permitir que el hombre pudiese ejercer su libertad, como el derecho de propiedad, la vivienda, libertad de comprar y vender los bienes, por fin, un conjunto de derechos y garantías que eran de profundo significado económico y por esa razón, las constituciones sin hacer explícitamente, pero implícitamente, definían el sistema económico. Esas constituciones surgen en el fin del siglo XVIII, en Europa y después en la América. Todas ellas eran silentes en materia económica, lo que podría dar la falsa idea que no tenían preocupación económica, lo que en verdad garantizaban realmente una orden económica, una estructura económica, llamado técnicamente de **sistema económico**.

El sistema económico liberal puede también ser llamado descentralizado, de autonomía o de mercado.

Descentralizado, por que las decisiones económicas y las decisiones políticas están separadas, hay una separación, una disyunción entre ellas, las decisiones políticas se quedan con el Estado y las decisiones económicas con la población, con los ciudadanos, de manera aislada o en grupo, formando sociedades, empresas, asociaciones, etc. Esta es la idea central del sistema liberal.

Es también llamado de sistema de autonomía, por que las decisiones económicas se encuadran en la autonomía individual de cada ciudadano (actuando de manera aislada o en grupo). Este centro decisorio llámase genéricamente de agente económico (que puede ser persona física o jurídica). Presérvase la libertad de cada uno.

Es, por fin, llamado el sistema de mercado, donde hay una interacción entre las fuerzas de oferta y demanda. De esa interacción surge un sistema de frenos, que se va a la finalización de que cada uno necesita para saber **qué producir, como producir y para quién producir**, que son las tres cuestiones que caracterizan la vida económica.

En el Estado Liberal, surge el **primer teorema económico del bienestar**, donde la cultura económica acreditaba que la economía del mercado tiene ciertas virtudes positivas para la sociedad. Una de ellas se basa por el factor de que **todos los recursos disponibles (recursos de trabajo, de capital, tecnología, recursos naturales) deben ser consignados de la mejor forma posible para la sociedad.**

Este teorema viene a formalizar la teoría de *Adam Smith* a finales del siglo XVIII al afirmar que los individuos, al perseguir sus propios objetivos del conocimiento de causa y condiciones de competencia, promueven su propio interés y también el interés general. Como consecuencia, los precios llevan tanto a los productores como a los consumidores a obtener resultados que en muchos casos maximizan el bienestar de la sociedad en su conjunto. En esta formulación está implícita la idea de una “mano invisible” que autorregula la economía de mercado, aun que *Adam Smith* nunca se utilice esa expresión.

En su formulación analítica, el primer teorema de la economía del bienestar a nosotros de que, en la medida en que los productores y consumidores actúen en mercados en régimen de libre competencia, actuando los agentes económicos libremente en los intercambios de bienes y servicios sin la intervención del Estado, mediante ciertas condiciones, consigna los recursos de manera **eficiente**, en sentido de PARETO<sup>2</sup>. Es por la libre competencia que se mejoran las condiciones de competitividad de las empresas.

La necesidad de consignar los recursos de manera eficiente, proviene de la justificación de que **esos recursos son escasos y limitados**. En cuanto las necesidades humanas tienden a multiplicarse infinitamente, los recursos son limitados y finitos y por más que

---

<sup>2</sup> Cuando los economistas utilizan el término **eficiencia económica**, se refieren a la eficiencia tal como definió el economista VIFREDO PARETO.

haya un aumento de producción siempre habrá necesidades insatisfechas. Si eso es así, tenemos que establecer alguno tipo de relación, alguno tipo de norma para disciplinar el uso de los recursos. Si estos no fuesen escasos, no habría la necesidad de norma sobre su utilización.

El sistema económico se instaura con base en un elemento de concatenación y coordinación de las decisiones y este elemento es el mercado. Yo dejo las fuerzas de oferta y procura en una interacción entre si lo que va a salir un sistema de precios. Así todos intentan maximizar su satisfacción de la mejor manera posible.

Por fin, se puede decir que el modelo liberal se implantó, en primer lugar, con base en aquellas constituciones liberales, de garantía. El segundo fue el movimiento codificador del derecho privado, que empezó en Francia, con los dos Códigos Napoleónicos, el Civil de 1804 y el Comercial de 1807. El tercero, sería el derecho administrativo, lo cual se limitó a definir el poder de policía y la organización de los servicios públicos (servicios que por alcanzaren un número grande de individuos, no son adecuadamente suplidos por el mercado). Así el Estado no interviniera en la vida económica, apenas establecería algunas vedaciones para impedir que la libertad de uno intervenga en la libertad de otros, limitaciones mínimas a la libertad, para que no haya un caos social. De esta manera, todo el derecho se estructuró para garantizar esa orden liberal.

### 3. LAS CRÍTICAS FRENTE AL LIBERALISMO Y EL PENSAMIENTO NEOCLÁSICO

La filosofía del *laissez faire* (dejar hacer), defendida por los clásicos fue severamente criticada por las nuevas escuelas del pensamiento económico desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX. En ese periodo, haya vista la expansión del capitalismo industrial, surgieron serios problemas sociales, los que desmintieron las clásicas leyes del ajuste automático de la oferta global, con la proposición de la no-intervención del Estado en el sistema económico. Surgieron así, las Escuelas Histórica Alemana y la Socialista, que

---

constituyeron las principales reacciones del clasicismo. Después, de las definiciones de la escuela clásica y del socialismo, viene el pensamiento neoclásico.

### 3.1. La escuela histórica alemana

La escuela histórica alemana proponía no sólo una amplia revisión de los métodos de investigación de los economistas clásicos, sino además la sobre posición del Estado al individuo<sup>3</sup>.

Los forjadores de esa escuela postulaban que los intereses individuales deberían subordinarse a los intereses colectivos y éstos a los intereses nacionales.

### 3.2. La escuela socialista

A pesar de que la escuela histórica alemana haya representado la más aguda reacción metodológica de la escuela clásica, la principal reacción al clasicismo fue, desde el punto de vista ideológico y político, fue desarrollada por los socialistas particularmente Karl Marx y Friederich Engels. El 1848, los dos publicaron el *Manifiesto Comunista*. La principal obra de Marx fue publicada en 1867: *El capital*.

Posteriormente al liberalismo, se fortalecieron los ideales del **socialismo** como una reacción a las **iniquidades atribuibles al orden liberal**, como el notable y creciente distanciamiento entre los empresarios y la clase trabajadora. A partir del final de la primera mitad del siglo XIX, con el marxismo, la estructura teórica del pensamiento socialista se consolidó. Los fundamentos de una nueva concepción de la economía y del sistema del proceso económico estaban definidos.

El **binomio producción-distribución** (distribución en el sentido de proceso de repartición) fue la base a partir de cual la perspectiva socialista construyó su concepción

---

<sup>3</sup> ROSSETI, José Paschoal. Introducción a la Economía. Pg. 75

sobre la materia de la cual que se ocupa la economía. Los puntos básicos de dicha perspectiva son: a) el hombre viviendo en su sociedad que se encuentra en cierto nivel de desarrollo histórico, siente necesidades de índoles diversas, b) para satisfacer las necesidades humanas, es indispensable la producción o usufructo de bienes que el hombre extrae de la naturaleza, c) de la unión de producción con trabajo se extraen dos elementos vitales del proceso económico, d) la realización completa de ese proceso social influye la distribución o repartición del producto social del trabajo.

Mientras que las relaciones de producción dependen del nivel histórico de las fuerzas productivas, o sea, de la actuación social del hombre con la naturaleza, las relaciones de distribución dependen de las relaciones de producción. La manera como se opera la distribución de los productos en la sociedad se determina por la manera de cómo los hombres participan en el proceso de producción.

### 3.3. El compendio neoclásico

Las definiciones clásicas y la perspectiva socialista se centraron en el trinomio producción-distribución-consumo y en el binomio producción-distribución, Las diferencias entre ambos resultaron del énfasis dado a cada uno de esos términos, principalmente al entendimiento de los procesos sociales que conducen a su movilización<sup>4</sup>.

En el paso de los siglos XIX-XX, una nueva línea conceptual se propondría por Alfred Marshal, profesor de economía de la Universidad de Cambridge, autor de la llamada síntesis neoclásica. En su *Principles of economics* (Principios de economía), editado en 1890, él enfocó su atención en la comprobación de que el proceso económico tendía a satisfacer las aspiraciones humanas y la satisfacción de sus necesidades materiales. Desvió a conceptos más extensos como los de **riqueza y bienestar social**. En esta obra, su principal mérito fue consolidar el pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX con el objetivo último de demostrar de qué forma el libre funcionamiento de las economías de

---

<sup>4</sup> ROSSETI, op. cit., pg.

mercado garantizaría el aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles de la producción. La sugerencia de Marshal concluía que el Estado podría asumir un papel orientador y de disciplina en la vida económica, **aún sin llegar a los extremos sugeridos por la crítica marxista y también sin volver a las exageraciones intervencionistas del mercantilismo**. A pesar de las modificaciones estructurales habidas en los sistemas de tradición liberal, la síntesis neoclásica confiaba en la eficiencia económica **basada en la libre iniciativa, sin interferencias perjudiciales del Estado**.

### 3.4. El sistema de Lionel Robins

Aparentemente, menos influida por sistemas ideológicos, en la primera mitad de los años treinta, se constituyó una propuesta más atractiva para caracterizar los hechos económicos y delimitar con mayor nitidez los aspectos económicos de la vida social, con el ensayo de Lionel Robins. Con el sistema de Robins, en 1932, surgieron los elementos fundamentales de las definiciones contemporáneas de la economía: 1) **escasez de recursos**; 2) **selección de fines**; 3) **necesidades humanas ilimitadas**. Los recursos son escasos, pero las necesidades humanas son crecientes (ilimitadas), así que hay que administrar los recursos. Los fines son múltiples, pero hay que establecer una orden de prioridad, puesto que los medios para alcanzar la multiplicidad de los fines son limitados. Así que hay que hacer un empleo de medios alternativos. El empleo de medios alternativos, genera el costo de oportunidad y el alcance total o parcial de un fin propuesto llámase beneficio.

Volviendo a las tres cuestiones que caracterizan la vida económica, qué producir, cómo producir y para quién producir, tenemos las siguientes definiciones:

a) **¿qué producir?** cuál es la prioridad? Los recursos tienen **usos alternativos**, hay diferentes alternativas, fines múltiples, así que debemos seleccionar y que establecer una **orden de prioridad**. Siempre hay una renuncia, por ejemplo, estudiar al revés de trabajar. Estudia para que gane un trabajo mejor, al mismo tiempo que no está trabajando en esta época y dejando de ganar dinero. A eso, llámase **costo de oportunidad**, el costo

de renunciar a un recurso por elegir otro, o sea, la elección de un fin determinado y la no consecución de otros fines.

b) **¿cómo producir?** De que manera se hace el empleo de los usos alternativos. Hay que averiguar cuál es la mejor manera de **asignación** de un determinado recursos, como por ejemplo averiguar cuánto el consumidor está dispuesto a pagar por un determinado producto.

c) **¿para quién?** La distribución del fruto de la actividad económica. Algunas veces, existen desigualdades, unos reciben más que los otros, no es justa la equidad.

#### 4. LAS FALLAS DEL MERCADO Y LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN ESTATAL

Como hemos visto, los recursos son escasos e limitados, pero las necesidades son ilimitadas. Por ser estos recursos escasos, surge la necesidad de establecer normas para disciplinar el uso de los recursos. La libre competencia, basada en la diversidad de productores o prestadores de servicios actuando de manera espontánea en el mercado, debe ajustarse con las normas de política económica. En este sentido, una medida de política económica o un cambio económico trae una mejor maximización en el uso de los recursos cuando, como consecuencia de esa medida, se consigue aumentar la cantidad producida de un bien sin disminuir la cantidad producida de otro.

Surgen así las normas para la vida económica. Un primer marco fue la ya citada Constitución de Weimar. Ella mantiene gran parte de la constitución clásica, basada en los postulados de la libertad, pero explicita algunas normas para la vida económica (Capítulo Vida Económica), demostrando que la vida económica tiene ciertos parámetros que no son las de mercado.

Antes de la Constitución de Weimar, surge un otro marco, en los EUA, en 1890, el Sherman Act, que es la primera ley antitrust o ley de represión al poder económico o

defensa de la competencia, puesto que la tecnología ha hecho aumentar demasiado la escala de producción para reducir los costos, pero algunas empresas no consiguen aumentar su escala y son expelidas del mercado por aquellas que tienen una gran escala de producción. Ella establece una restricción al funcionamiento del mercado.

Esos marcos culminan en el año de 1933 en los EUA, con el lanzamiento del llamado *New Deal*, del presidente *Frank Roosevelt*, lo cual representaba la presencia del Estado en la economía, lo que genéricamente se llamó intervención del Estado, puesto que los EUA estaban absolutamente asfixiados y paralizados con la gran recesión económica con la queda de la Bolsa de Nueva York, en 29 de octubre de 1929 (el llamado *crash*), fase de la “Gran Depresión”. Roosevelt entendía que al Estado cabía hacer algo. El estaba idealizando en gran parte la obra del economista inglés John Maynard Keynes.

Keynes se dedicó a reflexionar sobre los más graves problemas del sistema capitalista del automatismo auto-regulador de las economías de mercado y procuró una manera que hiciera posible la recuperación de los países afectados por la Gran Depresión. En febrero de 1936, publicó su gran obra, la *General Theory* (Teoría General), lo que promovió lo que hoy se denomina revolución keynesiana.

La victoria de Keynes sobre los clásicos se tradujo en el triunfo del intervencionismo moderado sobre el liberalismo radical, constituyendo, en cierto sentido, un medio deseable entre la libertad económica absoluta y el control total del Estado sobre el medio económico. A Keynes le correspondía la tarea de construir una nueva teoría, en un enfrentamiento macroeconómico del sistema, en sustitución al enfrentamiento microeconómico del sistema que prevalecía hasta Marshall.

De inicio, Keynes trató de estudiar las determinantes del nivel de empleo y del ingreso nacional, el nuevo equilibrio de la actividad. Demostró que el Estado debería participar en la actividad económica, tratando de compensar la disminución de las inversiones privadas en los periodos depresivos de la crisis económica. Esta era la base de la doctrina

keynesiana, que además, incluye entre los instrumentos de política económica, la acción en las áreas monetarias y tributarias.

Eso todo vino a revelar que el mercado es un mecanismo bueno, ágil y eficiente, pero tiene fallas. Así surgen las **fallas del mercado**:

- a) falla de estructura: la evolución tecnológica lleva a la concentración económica, dando un poder de monopolio y deja de ser mercado;
- b) falla de gran señal: hay las lo que llamamos de externalidades negativas, que significa que hay bienes que son producidos o consumidos en mayor cantidad do que es eficiente desde el punto de vista social. Por ejemplo la necesidad de protección del medio ambiente, combatiendo la contaminación y promoviendo el uso racional de los recursos naturales;
- c) falla de incentivo para los bienes colectivos: hay bienes que son consumidos por todos los miembros de la colectividad, como la salud, limpieza publica, educación, defensa nacional, parques no existiendo la apropiación individual o privativa por parte de ciertos sujetos mediante el funcionamiento espontáneo del mercado, puesto que haría una exclusión de parcelas significativas de la población en la utilización de estos bienes;
- d) falla de transparencia: falla en el acceso a las informaciones relevantes. Hay problemas de información en el cual el grado de información entre los agentes económicos es desigual, ocurriendo la llamada “información asimétrica” entre las partes de la relación, no disponiendo los individuos de conocimiento equivalente, pasando sus decisiones a ser imperfectas o inadecuadas<sup>5</sup>;

---

<sup>5</sup> En relación a los consumidores, estos son los mayores perjudicados, pues pasan a no recibir las informaciones a respecto del uso o consumo de determinados bienes.

e) fallas relacionadas a los mercados incompletos: hay problemas relacionados al desequilibrio en el funcionamiento del mercado, con la existencia de mercados incompletos (no hay una oferta suficiente de bienes compatibles con la procura y con lo que los consumidores están dispuestos a pagar) e otros factores, como épocas de crisis e riesgos de inflación.

Estas fallas de mercado significan el involucramiento del Estado en el sistema económico. Después de la experiencia del liberalismo, no se condena el sistema de mercado, pero se reconoce que el no puede ser el único centro decisorio de la economía.

La segunda orden de motivación fue los llamados objetivos de la política económica, o sea, aún cuando el sistema de mercado no presentaba esas fallas, la sociedad empezó a juzgar el desempeño del sistema económico, siendo cuatro los grandes objetivos de la política económica: 1) progreso económico, 2) estabilidad económica, 3) igualdad económica, 4) libertad económica.

Dentro de los objetivos de las políticas económicas, está la igualdad económica, importando en ella, la igualdad de la distribución, o sea, la intervención del Estado se justifica cuando hay una desigualdad en la distribución de la renta que sea socialmente justa, motivando la necesidad de políticas y medidas de redistribución. Cualquier distribución que sea socialmente justa puede ser alcanzada mediante mecanismos de mercado. Para eso, es necesario que el Estado venga a garantizar una distribución inicial de renta compatible con el que se desea alcanzar y después el mercado iba a hacer el resto. Al mercado le corresponde la producción de bienes y servicios y al Estado la fijación de los objetivos de distribución y la estructura de la propiedad de los recursos existentes.

Así que políticamente los Estados empezaran a crear objetivos para sus políticas públicas. El sistema sale de la índole plenamente liberal, para un sistema de dos centros decisorios: mercado y Estado (decisiones políticas), pasando a ganar un nuevo nombre, sistema mixto o dual. **Esa es el ancla del derecho económico.**

Los sistemas modernos combinan el Estado con el mercado y la proporción de eso va depender de las opciones políticas, que una hora puede preferir más el Estado que el mercado o el revés. Esto por que los dos sistemas no son perfectos.

De ahí surge el derecho económico. El derecho económico es aquel que regula el impacto del gobierno sobre el sistema económico, siendo el derecho de la política económica, puesto que mismo que el Estado venga a actuar apenas para corregir alguna falla de mercado, el o hace según una visión política.

## 5. LOS MEDIOS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Las modalidades de intervención del Estado en la vida económica son: **por dirección** (emite normas), **por inducción** (condicionar decisiones que serán tomadas por el mercado: incentivos) y **por absorción** (absorbe alguna actividad económica: empresas estatales).

En primer lugar, empezó como vimos, a hacer leyes relacionadas a la represión al abuso del poder económico, como el Sherman Act, en Estados Unidos (modalidades de intervención por dirección). Después encontramos disposiciones en la Constitución de Weimar, disponiendo sobre la vida económica. Otros países también pasaron a disponer sobre la orden económica en sus Constituciones.

Hoy encontramos en varios países las **leyes de la defensa de la competencia**, cuyo objetivo es garantizar la estructura y el comportamiento de la competencia en varios mercados, por el presupuesto de que el mercado es libre, seleccionado los más capaces, logrando orientar la producción para los sectores capaces de garantizar una mejor satisfacción de las necesidades de los consumidores y al mismo tiempo, lo más eficiente afectación de los recursos económicos, disponibles, con los más bajos costos y precios.

Sobre el influjo de las corrientes políticas socialistas, en diversos países del Occidente hubo una ocupación en el espacio económico por parte del Estado. El estado pasó a explotar directamente las actividades económicas, por medio de sus empresas (empresas estatales), con la justificativa que era dirigidas a los intereses de la colectividad, diferente del sector privado, que tenían ganancias, deseando lucros cada vez mayores. Así se presenta la intervención por absorción.

Pero la experiencia no fue bien sucedida, La falta de eficiencia del Estado en el campo económico ha sido acentuada, a punto de provocar estragos, hasta en los países soviéticos, que se encontraban bajo el comunismo. La verdad es que el Estado no consigue someter sus empresas a una verdadera mentalidad empresarial, al revés, siempre encuentra maneras de ponerlas en el servicio del poder y no de la colectividad.

Así, el Estado procura cada vez más no ser dueño de empresas, va saliendo, no de la vida económica, pero de la vía empresarial, sustituyendo eso por una amplia reglamentación. En muchos países ha pasado un proceso de privatización de las empresas que antes eran estatales, **pasando el Estado a ser más inductora o reguladora do que absorsora.**

El Estado pasa ahora a ser el agente normativo y regulador (por dirección y por inducción) de las actividades económicas (en especial las que tienen relevante interés para la colectividad), así como de los llamados servicios públicos (servicios que por esa calidad, tienen relevante interés publico, son servicios prestados por el Estado para atender las necesidades colectivas, como la salud, educación, servicios de distribución del agua, en cierto segmento, el sector de energía y telecomunicaciones).

Los servicios públicos que antes eran prestados por las empresas estatales, empresas mixtas, están pasando a las empresas privadas, pero la titularidad de los servicios sigue siendo del Estado, solamente transfiere la ejecución de los servicios a las empresas privadas, por medio de contratos de concesión, otorgando la ejecución y fiscalizando los servicios. Generalmente estos servicios se encuentran en estado de monopolio, por las economías de escala, sin posibilidad de competición, como los servicios de distribución

de agua y energía. Eso justifica la intervención estatal, haya vista las posibilidades de posición dominante. En estos servicios, el precio no es negociado libremente por las partes, pero es regulado, establecido por las entidades reguladoras (son precios públicos, tarifas).

El Estado así se conduce más a una intervención indirecta en la economía (mediante normas y regulación), que a una intervención directa (por medio de sus empresas estatales), o sea, intervienen en la economía sin asumir un papel de productor o distribuidor de bienes y servicios.

Así surgen las entidades reguladoras de servicios públicos o de actividades económicas, como en los servicios de energía, telecomunicaciones, agua, transportes, gas y petróleo.

La regulación importa en *“um conjunto ordenado de políticas públicas que busca a realização de valores econômicos e no-econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados”*<sup>6</sup>.

La intervención por inducción engloba la fiscalización de los bienes y servicios, el incentivo y el planeamiento.

La prestación de los servicios públicos exige la fiscalización del Poder Público. La fiscalización sobre actividades que interfieren en el medio ambiente, también es una medida de intervención del Estado, por medio de sus órganos ambientales.

---

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Dialética, São Paulo: 2002. p. 40.

Es un ejemplo de incentivo, proporcionar tratamiento favorecido a las pequeñas o micro empresas, para que puedan competir en el mercado, dándolas, por ejemplo, exenciones tributarias.

La planificación, los planes económicos, condicionan las decisiones en el mercado. El plan económico es definido como un acto jurídico que tiene por finalidad definir y jerarquizar fines económicos a ser perseguidos. Es un instrumento técnico.

Pero así como en el sistema de mercado, el Estado también comporta fallas cuando interviene en la economía, sea directamente, sea indirectamente, como lo que es lo que está pasando en las actividades de regulación, las llamadas fallas de la regulación.

Una falla de regulación es cuando las decisiones políticas y administrativas vienen a corresponder a los intereses particulares de quien las deciden (los agentes políticos y administrativos) y no la realización del bien común. Son ejemplos, los deseos de los agentes administrativos de aumentaren su poder o la busca de votos a corto plazo por los agentes políticos.

Otra falla de regulación es la llamada “captura del regulador”. Las finalidades del Estado pueden ser desviadas a decisiones no eficientes con el objetivo de favorecer intereses dominantes, de grupos de grande influencia en los procesos de decisión. En particular, los sectores industriales afectados, incluyendo accionistas, gestores y funcionarios de órganos y entidades públicas pueden ejercer influencia sobre las actividades de regulación de manera que sus intereses particulares se anteponen a los objetivos de eficiencia y equidad (en la distribución de renta, justicia social), objetivos estos perseguidos por la regulación.

Como consecuencia, estos defectos pueden conducir a situaciones que aún que existan fallas del mercado, la actuación del estado viene a generar más costos sociales que los que surgen de las propias fallas del mercado. De estas fallas, actualmente se viene concluyendo que el Estado debe interferir lo menos posible en la actividad económica.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

En síntesis, lo que podríamos decir sobre el derecho económico, es que las constituciones económicas surgen fundamentalmente para permitir al Estado actuar en la vida económica, lo que con las constituciones liberales no era posible.

Estamos viviendo en un sistema mixto o dual, donde hay un sistema de dos centros de decisión: El mercado y el Estado. Lo que ahora es un desafío es encontrar un equilibrio entre estos dos, saber en qué medida hay que dejar el libre mercado funcionar y el Estado intervenir en la economía.

## BIBLIOGRAFIA

LASHERAS, Miguel Angel. **La regulación económica de los servicios públicos**. Editorial Ariel S.A., Barcelona: 1999;

JUSTEN Filho, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. Dialética, São Paulo: 2002;

MANKIWI, N. Gregory. **Principios de Economía**. McGraw-Hill, Madrid: 1998;

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para um conceito de constituição econômica*. Coimbra: Coimbra, 1970;

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia - Introdução ao Direito Econômico*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

ROSSETI, José Paschoal. **Introducción a la Economía**. Oxford University Press, México: 2001.

STIGLITZ, J.. *La economía del sector público*. Antoni Bosch, 2ª ed., Barcelona: 1992.