

Con este breve, pero elocuente panorama jurisprudencial en materia de OPE, volveremos sobre los intentos doctrinarios en la materia.

3.3. El Orden Público Económico en la Doctrina⁵⁷

3.3.1 El contenido dirigista y la influencia de Ripert

Las visiones doctrinarias y jurisprudenciales revisadas del OPE nos parecen definitivamente objetables bajo la Carta Fundamental de 1980. Se ha dado forma a un concepto antiquado, nacido hace más de medio siglo como reacción al liberalismo clásico del siglo XIX, y se le ha preservado inmutable bajo un régimen económico-constitucional completamente diverso del vigente en su nacimiento.⁵⁸ Como hemos comprobado, la Cortes han venido trabajando con un concepto meramente formal, incompleto y que aparece a menudo desvinculado del ordenamiento jurídico en el que hoy debe ser armónicamente integrado.⁵⁹

El origen de esta concepción original del OPE, que en nuestro país casi todos los autores anteriores a la Constitución de 1980 hacen suya, es la aproximación de Ripert, cuando en 1948 atribuyó al OPE la función de poner un freno a la competencia, "sustituyendo la anarquía resultante de la libertad, por una organización del mercado".⁶⁰ En su obra, *Le Régime Démocratique*, como recuerda Avilés, Ripert había propuesto la idea de un orden público económico: "junto a la organización política del Estado, hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un Orden Público Económico".⁶¹

La influencia de Ripert y del análisis civilista de las relaciones económicas es evidente en nuestro medio: el OPE emerge como un aspecto más del orden público civil. En la perspectiva del famoso civilista

57 Sin perjuicio de los antecedentes aquí consignados, puede profundizarse sobre la genealogía del concepto de Orden Público Económico en algunos de nuestros trabajos previos. Consúltese en particular, ALEJANDRO FERNÁNDEZ, *Ripert y su influencia en el Concepto de Orden Público Económico: Auge y Caída de una Visión Dirigista*, en XXXII Revista Chilena de Derecho, N° 1 (2005), pp. 7-18. Allí, a través de una revisión de los principales hitos del pensamiento de Ripert en la materia, escasamente visitados por la generalidad de la doctrina nacional, llegamos a concluir que "el concepto de Orden Público Económico como lo entendió Georges Ripert en 1927, no puede en absoluto ser aplicado a la realidad jurídica chilena desde la vigencia de la Constitución de 1980. Ello porque, habiendo el mismo Ripert evolucionado hacia posiciones más libertarias con su concepto y tratándose el OPE de una noción indisolublemente unida a un Estado planificador e intervencionista de la economía, no puede aquel subsistir si esta clase de Estado desapareció, como no existió el OPE antes de su surgimiento" (*op. cit.*, p. 18).

58 No postularemos la abrogación del concepto OPE sólo por la vigencia de una nueva Constitución, pero afirmaremos que sus elementos esenciales han cambiado de tal forma, que perfectamente podría proponerse una nueva expresión en lugar de la que le precede.

59 Como nos recuerda LUIS MONTT DUNNAN, la definición con que nació el OPE pertenece a GÉRARD FAJAT, *Droit Économique* (Paris, Ed. Puf, 1971). Se trata de una definición meramente funcional: "organizar, mediante la regulación jurídica, la actividad y las relaciones económicas". MONTT invoca y utiliza la definición de FAJAT, ya citada en este trabajo por HUNTAO CONTRERAS en *ob. cit.*, en nota N° 37. "El conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas". Véase LUIS MONTT D., *Orden Público Económico y Economía Social de Mercado. Elementos para una formulación constitucional*, en *Revista de Derecho Económico* N° 41 (Santiago, Universidad de Chile, 1978) p. 111.

60 GEORGES RIPERT, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne* (Paris, LGDJ, 1948).

61 AVILÉS, *ob. cit.* en nota N° 36, p. 194; y RIPERT, *Le Régime Démocratique* (Paris, LGDJ 1936).

francés, las relaciones contractuales nacidas de la autonomía de la voluntad deben ser reguladas también por el Estado, puesto que éste no puede desinteresarse de la situación jurídico-económica que ha nacido, sino debe continuar supervigilándola mediante regulaciones hasta que se produzca el cumplimiento total de la obligación contraída en nombre de esa autonomía.

3.3.1.1 Los primeros trabajos de Ripert sobre el OPE

Sin perjuicio de la evolución posterior y el matiz de libertad que Ripert termina colocando al orden público —que revisaremos en el siguiente acápite— es interesante acudir a los más tempranos trabajos de este autor en la materia. Ello nos permitirá contextualizar el surgimiento del OPE y subrayar el abismo histórico que existe entre esta influencia dirigista y el sistema inaugurado por la Constitución de 1980 en Chile.

En primer lugar, precisemos que Ripert aborda el asunto del OPE con ocasión de los límites a la autonomía de la voluntad exigidos por el artículo 6° del Código Civil francés. En su *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, detalla los alcances que tiene ese precepto del código privado francés.⁶²

En un texto inmutable hasta hoy, el artículo 6° del Código, ubicado en el título preliminar, “*De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general*”, dispone:

“No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”.

Es interesante la forma que se presenta el conflicto por el Código Francés, como la posibilidad de los particulares de “derogar” leyes en sus convenciones. Se trata de un evento extremo pretendido por las partes, ya no sólo de sustraerse de los efectos de las leyes vigentes, sino de derogarlas, de terminar expresamente con su vigencia en forma indefinida, mediante las cláusulas de un contrato privado.

Ripert, al enumerar cuáles son, a su entender, las “leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres” según el artículo 6° del Código francés, convoca en primer lugar a las “leyes de derecho público”. Dice: “*En primer lugar, debemos entender dentro del concepto orden público a todas las leyes de derecho público, es decir, las que reglamentan la organización y las atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, lo mismo que las obligaciones y los derechos de los particulares en materia política (elecciones, impuestos, servicio militar, etc.)*”.

62. RIPIERT, GEORGES, IT BOULANGER JEAN, *Tratado de Derecho Civil Según el Tratado de Planiol* (Buenos Aires, Editorial La Ley, 1988), Tomo I, Parte General, p. 425. Ripert publicó su propio tratado en 1958, luego de colaborar con MARCEL PLANIOL a partir de la undécima edición del tratado de este, titulado *Traité Élémentaire de Droit Civil, conforme au Programme Officiel des Facultés de Droit*, de 1928. RIPIERT había nacido en 1880.

Tiene razón el autor al citar las leyes de derecho público, pero cubre un evento que hoy parece un tanto ficticio: no se divisa cómo podrían los particulares alterar los estatutos orgánicos de los entes del Estado, o los términos en que han sido consagrados sus derechos y obligaciones en la Constitución. ¿Se refiere a cierta forma de irrenunciabilidad de las garantías constitucionales? No lo precisa Ripert, quien a continuación señala que un segundo elemento del orden público está constituido “por las leyes de derecho privado que interesan al orden público”. Se comentará este punto crucial a continuación, pero ahora dirijámonos a la siguiente categoría de normas de orden público que menciona Ripert como límite a las convenciones privadas: el Orden Público Económico. Aparentemente Georges Ripert escribió tempranamente sobre el OPE, en un trabajo de 1927 de ese mismo nombre.⁶³ Su comentario se ve reproducido en su *Tratado*, y lo justifica de la siguiente forma:

“*La idea de orden público es una idea política. Durante mucho tiempo el Estado no intervino en la vida económica para regular la producción, la circulación, o la distribución de las riquezas. En la actualidad (1927) es muy diferente; de allí proviene una serie de reglas imperativas que ha venido a restringir la libertad contractual. Se ha formado así un nuevo orden público*”.

A continuación, al ejemplificar convenciones que alterarían este nuevo orden público (económico) una vez más sugiere ejemplos que nos resultan curiosos:

“*Por ejemplo, el legislador prohíbe las convenciones y las cláusulas que podrían debilitar el valor de la moneda, o desalentar el ahorro, o estimular la venta a altos precios, o impedir la explotación del comercio en los locales ocupados por los comerciantes, etc.*”⁶⁴

En fin, se puede observar que el gran civilista y comercialista francés es un ejemplo de la realidad jurídica que le tocó vivir a fines del siglo XIX y comienzos del XX.⁶⁵ Su aproximación al orden público económico es entonces originalmente dirigista, pero más que por convicción, simplemente por constatación de la realidad. Ripert simplemente toma nota de la ofensiva regulatoria que emergería en Europa a contar de 1920 en materia económica

63. GEORGES RIPIERT cita en su *Tratado* un trabajo suyo anterior llamado *L'ordre public économique* (Mélanges Gény, 1927), que no aparece registrado en las bibliotecas internacionales.

64. GEORGES RIPIERT, *op. cit.*, pág. 426.

65. Nótese que el primer libro que registra GEORGES RIPIERT es de 1902, denominado *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (París, A. Rousseau, 1902). Se trata de un jurista que pudo presenciar el liberalismo desregulado de fines del siglo XIX y su tránsito a la extrema regulación de la posguerra.

y audazmente la incluye—sin plena convicción, creemos— como elemento del orden público.

En efecto y curiosamente, como, se verá, sus convicciones jurídicas profundas lo colocan en considerable mejor sintonía con nuestra propuesta libertaria de OPE que lo que la doctrina chilena ha entendido hasta la fecha.⁶⁶

3.3.1.2 El reconocimiento de Ripert al carácter de orden público del derecho de propiedad

Decíamos que Ripert considera como parte del orden público a aquellas “leyes de derecho privado que interesan al orden público”. Es decir, al momento de resolver sobre las leyes que no pueden ser “derogadas” por los particulares conforme al artículo 6° del Código Civil, Ripert incluye tanto las propias del derecho público como aquellas especiales del derecho privado “que interesan al orden público”.

Y encontramos aquí la primera sorpresa con el privatista francés, ampliamente distorsionado en nuestras tierras en relación al OPE. Ocurre que dentro de esta categoría de leyes, e inmediatamente después de las leyes referidas al Estado y la capacidad de las personas —típicamente consideradas de orden público— Ripert coloca a “las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus aplicaciones, sus límites, sobre todo cuando se trata de la propiedad inmobiliaria, que están demasiado ligadas a la organización social del país para que puedan ser abandonadas a los efectos de las convenciones privadas”.⁶⁷

Este ejercicio conceptual de Ripert es notable, y constituye el primer antecedente proveniente del derecho privado que identificamos en la misma lógica de OPE que planteamos en esta obra. Lo que señala el profesor de derecho de La Sorbonne es exactamente lo que hemos pretendido indicar con nuestras nociones: el derecho de propiedad, por su trascendencia, interesa a toda la sociedad, y su protección forma parte del OPE. Así, el OPE no sólo es una colección de prohibiciones emanadas del Estado, sino también un conjunto de derechos inderogables por el propio Estado.

Esto es exactamente lo que plantea Ripert, aunque en rigor lo hace respecto del orden público y no del OPE. En su lenguaje, las leyes que consagran el derecho de propiedad “no pueden ser derogadas por las convenciones particulares”, dada su trascendencia para la sociedad toda. Ahora, es inevitable cierto grado de confusión en Ripert, en ese momento receloso aún de la autonomía contractual.⁶⁸ Nótese donde coloca la justificación de la propiedad como parte del orden público:

66 Véase, GEORGES RIPERT, Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno (Granada, Editorial Comares, 2001). Esta obra fue primeramente publicada en 1951, bajo el nombre de *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951). Como se anotó, el primer trabajo de Ripert sobre el OPE es de 1927, para luego reproducirlo en su libro *Le Régime Démocratique et la Droit Civil Moderne*, que es del año 1936. Pues bien, ya en sus últimas ediciones del Tratado el autor se venía mortificando en su entusiasmo por la regulación económica, para abandonarla sustancivamente a partir del citado Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno, en plena década de 1950.

67 RIPERT, *op. cit.* en nota N° 62, pp. 425-426.

“La formación feudal, que fue tan difícil de eliminar de la Europa moderna, y particularmente de Francia, es un gran ejemplo histórico de lo que puede realizar el juego natural de las convenciones privadas cuando se permite que sus efectos se acumulen durante siglos”.⁶⁹

Impropiamente aquí, Ripert dispone antagónicamente al derecho de propiedad y a las convenciones privadas, olvidando que éstas son fuente de aquel. Pero en fin, su aporte de considerar el derecho de propiedad como parte del orden público y, por tanto, perteneciente a las zonas inderogables de la juridicidad es notable, y lo acerca a un fino razonamiento constitucional económico.

Pero hay más, Ripert emerge definitivamente libertario en su obra de 1951, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, y formula una fiera crítica al dirigismo económico.⁷⁰ Por su elocuencia, se transcribirán algunas frases notables del Ripert de sus últimos años de vida:

“La modestia del dirigismo es extrema. Para hacerse aceptar fácilmente no ha hecho declaración de principios, lo que equivale a reconocer que los antiguos principios no han perdido valor. Ahora bien, nosotros vivimos en un régimen de libertad y la libertad económica ha aparecido en la historia como hermana de la libertad política. Es una conquista de la revolución francesa que no puede ser combatida sin atacar a sus grandes principios. Afirmada por la ley 2-17 Marzo 1791 (art. 7°), tomó el valor de una regla constitucional en la Constitución de la Montaña de 24 de junio de 1793 (art. 17°).”⁷¹

Aludía Ripert al establecimiento de la libertad de comercio e industria ya inmediatamente después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁷² Ésta dispuso en su artículo 17: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en

68 Después del valioso aporte consistente en incorporar al Orden Público el derecho de propiedad, la confusión de Ripert es doble, aunque justificada para su tiempo. En primer lugar, su insistencia en la propiedad inmobiliaria se entiende por el fundamento de la sociedad feudal que se pretendió eliminar en Francia, pero es inconsistente con los alcances modernos de la propiedad mobiliaria o intelectual. Estos suelen ser más vastos que el tradicional dominio sobre la tierra. Y luego, Ripert no alcanza a percibir que la propiedad y la autonomía contractual están estrechamente vinculadas, si aceptamos la premisa básica que, una vez celebrados, los contratos generan derechos que ingresan en el patrimonio de las personas.

69 GEORGES RIPERT, *op. cit.* en nota N° 62, p. 426.

70 Como se ha señalado, la obra Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno, de Ripert, tiene su última edición en 2001 (Granada), pero es un texto antiguo, editado en Buenos Aires ya en 1950 (Boel) y en París en 1946 (LGDJ). Aun así, se trata de un libro opacado por los voluminosos tratados de Derecho Civil (14 tomos) y de Derecho Comercial del mismo autor.

71 GEORGES RIPERT, *op. cit.* en nota N° 66, p. 202.

72 En rigor, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue sancionada por el rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Posteriormente, la ley de 1791 consagró la natural consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad, que es la libertad de contratación, llamada “de comercio e industria” por el derecho comercial y constitucional francés.

condiciones de una indemnización previa y justa". La consagración del derecho de propiedad en Francia abriría el camino a la libertad de industria y comercio dos años después.

Pero lo que más llama la atención es la fuerza con que el autor reprobaba el exceso de regulación económica, atentatoria de esta libertad constitucional:

"Sin duda, nos consta que muy a menudo las libertades públicas han sido ahogadas por un exceso de reglamentación. Pero ello no es óbice para que el principio persista. El de la libertad de comercio e industria no tiene solamente el valor de una regla de conducta, es una verdadera regla jurídica (...). El Consejo de Estado anula como contrarios a la ley de 1791 los decretos y reglamentos que, a pretexto de reglamentar la explotación, significan un atentado a la libertad de comercio e industria. No permite a los alcaldes, que pretenden hacer uso de sus poderes de policía conferidos por la ley municipal, que impidan la apertura de una explotación o que la subordinen a una autorización previa o que exijan el pago de una tasa".⁷³

De manera que éste es el gran civilista y comercialista francés en sus últimos tiempos. Le repugna la excesiva reglamentación administrativa que asfixia la libertad económica, que tiene rango y naturaleza constitucional. Con estos antecedentes, no resulta riguroso, entonces, invocar el concepto de orden público económico de Ripert de 1927, ahora en el siglo XXI. Contraría su misma doctrina justificar así la regulación administrativa de las libertades que él mismo califica de regla jurídica constitucional, y del derecho de propiedad al que considera parte del orden público.

3.3.2 Gerard Farjat

Prácticamente todos los autores que han escrito sobre el orden público económico se remiten a Gerard Farjat, y su obra *Droit Economique*. Es el autor de la famosa definición que considera al OPE como "el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos tendientes a organizar las relaciones económicas".⁷⁴ Si se revisa su obra, se apreciará que el análisis de Farjat es bastante más amplio del que suele atribuírsele. Construye su modelo de OPE sobre la base de agregar al concepto civil de orden público, entendido como el conjunto de principios fundamentales sobre los que reposa la sociedad, otros elementos que van más allá de la mera prohibición.

⁷³ GEORGES RIPERT, *op. cit.* en nota N°66, p. 203. RIPERT cita cuatro sentencias del *Conseil d'Etat*, de 1938 (2), de 1943 y de 1944.

⁷⁴ Véase FARJAT, *op. cit.* en nota N° 59, p. 39.

Así, mientras el orden público clásico desempeña una función esencialmente prohibitiva, Farjat le agrega a ello para efectos económicos un papel organizativo e interventor, desempeñado por el *orden público económico de dirección* y por el *orden público económico de protección*. En éste, se incorporan las medidas de la *política económica* desplegada por la autoridad, y las medidas de protección tendientes a equiparar la actividad contractual en la que exista un desequilibrio económico entre los contratantes.⁷⁵

Como se ve, existe un reduccionismo en las citas a Farjat, lo que no le resta dirijismo a su definición.⁷⁶ En efecto, a lo largo y ancho de su obra se respira la tentación de autorizar a la autoridad para desarrollar las estructuras de una economía próspera, mediante una intervención que provendrá de las medidas que adopte.⁷⁷

3.3.3 Doctrina Nacional anterior a la Constitución de 1980

Es aventurado clasificar la doctrina nacional entre aquellos trabajos anteriores de aquellos posteriores a la Carta de 1980. Ello porque la entrada en vigor de nuestro Código Político no representó, en realidad, un cambio en las categorías conceptuales del OPE.

Con la sola excepción de Guerrero del Río, los autores nacionales suelen seguir la doctrina francesa, de tendencia dirigista, aún varios años después de 1980.

Así, hemos identificado tempranos trabajos que se insertan en esta línea. Aimone Gibson, en 1963, revisando trabajos de Eduardo Novoa en 1962, y también remitiéndose a Ripert, es un exponente de aquel concepto de OPE.

La búsqueda de Aimone tiene por objeto dilucidar si corresponde la creación de una nueva rama del derecho, llamada Derecho Público Económico, y que reúna en sí el conjunto de normas "que tiende a establecer el orden público económico".⁷⁸ Luego de revisar el activo papel que corresponde al Estado en el desarrollo económico y en su planificación,⁷⁹

⁷⁵ Nuestra Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997, es un buen ejemplo de la función de *L'Ordre Public Economique de Protection* en la idea de Farjat, puesto que interviene en las relaciones contractuales económicas para proteger a quien identifica como débil en una relación desequilibrada ante el derecho. Probablemente la diferencia formal, que se transforma en sustantiva como se verá, es que nuestra regulación goza de rango legal y no meramente administrativo; y se aplica como una excepción en medio de una regla general y muy diluida de libertad contractual. Así, la Ley N° 19.496 interviene en contratos de *adhesión* en que las partes sean *consumidores y proveedores*.

⁷⁶ Es el mismo Farjat quien subraya el peligro del concepto de OPE en manos de una economía socialista en materia de la planificación autoritaria sobre los contratos. Véase FARJAT, *op. cit.* en nota N° 59, p. 48.

⁷⁷ También, para hacer justicia con este autor francés, su definición coloca la fuente de las medidas económicas en los *poderes públicos*, que incluye desde luego al legislador y al constituyente, y no sólo en la *autoridad*, como suele citárselo.

⁷⁸ ENRIQUE AIMONE GIBSON, *Concepto y Contenido del Derecho Público Económico*, ponencia en las Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Público, publicada en Revista de Derecho y Ciencias Sociales U. de Concepción (1964) pp. 138 a 155.

⁷⁹ AIMONE señala: "si el Estado se preocupa del desarrollo, quiere decir que debe preocuparse de planificar ese desarrollo, ya que en los últimos tiempos se ha perdido también la fe en la eficiencia social de las decisiones que aisladamente tomen los individuos.", en *op. cit.* en nota N° 78, p. 150.

3.3.4 Guerrero del Río

El abogado y profesor Roberto Guerrero del Río, a la sazón Fiscal del Banco Central, asistió a las sesiones números 384, 393 y 398 de la CENC, en los meses de junio y julio del año 1978, en las que se trató el tema del OPE y la autonomía del Banco Central. Es conocida su influencia determinante en el seno de la comisión para obtener la aprobación de la autonomía del órgano emisor, así como la positivización de otros principios novedosos para nuestra tradición, como el de la no afectación tributaria, en el N° 20 del artículo 19.

En materia de OPE, es autor de dos trabajos notables, de gran lucidez conceptual. El primero, de 1979, habría de adelantar con extraordinaria precisión los nuevos elementos del Orden Público Económico, reformulando con apreciable novedad su esencia en el nuevo período. Se trata de su trabajo *"La Constitución Económica"*, de 1979, que no habría de tener, en su tiempo, equivalente alguno en claridad y profundidad de comprensión del nuevo orden inaugurado el 11 de marzo de 1981.⁸³

Guerrero identificó con precisión en esa monografía el problema central del Orden Público Económico: la determinación de cuál es el grado de regulación o intervención que debe autorizarse al Estado en materia económica, y en qué forma debe canalizarse esta intervención. Efectivamente: no se trata de una disyuntiva rígida de excluir al Estado o de asignarle un rol protagónico, sino sólo de formular bajo qué criterios, dinámicos, la actividad regulatoria o emprendedora del Estado es admisible. La respuesta, en nuestro ordenamiento, emana del principio de subsidiariedad, el que debe aplicarse siempre con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales.⁸⁴

Empero, y probablemente producto del momento de transición constitucional en que fue escrito, la definición de OPE que entrega Guerrero apela también a las regulaciones como parte medular del concepto: *"El conjunto de normas y regulaciones que permiten el funcionamiento de la economía, dentro del contexto del modelo político y social que el sistema institucional le está dando al país"*.

Casi dos décadas después del advenimiento del nuevo orden, en 1998, Guerrero escribió su *"Consideraciones en Torno al Orden Público Económico y los Impuestos Manifiestamente Desproporcionados o Injustos"*.⁸⁵ En él, con sereno orgullo hemos sido citados por este autor

83 Véase ROBERTO GUERRERO DEL RÍO, *La Constitución Económica*, en VI Revista Chilena de Derecho (1979) pp. 79-94.

84 GUERRERO formula una definición operativa de la subsidiariedad económica: "a grandes rasgos significa que el Estado sólo puede asumir aquellas decisiones y funciones que no pueden realizar las particulares en forma individual u organizada; que las autoridades superiores no tienen ni las decisiones ni las funciones que pueden asumir las autoridades inferiores; la necesaria descentralización de funciones y responsabilidades, y que las sociedades intermedias pasen a desempeñar sólo los roles que le son propios", en ob. cit. en nota N° 83, p. 83.

85 ROBERTO GUERRERO DEL RÍO, *Consideraciones en torno al Orden Público Económico y los Impuestos Manifiestamente Desproporcionados e Injustos*, en II Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae N° 2 (1998), p. 107.

el contenido que finalmente atribuye al OPE tiene el extraordinario valor de rescatar aún así su papel subsidiario —probablemente entendido de forma apreciablemente diversa a la interpretación actual— frente a los derechos de las personas, *"el orden público económico consiste en lograr la conciliación de la realización de los fines de las personas y los fines subsidiarios del Estado. Es el Derecho Público Económico la rama del derecho que, por medio de la técnica de establecer y reconocer derechos fundamentales, de estructurar y delimitar funciones de los organismos a través de los cuales actúe el Estado, consigue esta coordinación de finalidades que hemos designado como orden público económico"*.

Hacia 1978, la aproximación del profesor Luis Montt evidencia que el concepto de OPE estaba sufriendo una ligera mutación en la doctrina, sin abandonar por ello el énfasis en la acción reguladora y planificadora del Estado. Así, continuamos en discrepancia cuando asevera: *"Como quiera que el orden público económico pretende dar a la actividad y a las relaciones económicas una determinada organización, su contenido y las técnicas a que él recurre, estarán vinculados, y, en una cierta dependencia, con la política económica adoptada por la autoridad y, más precisamente, con el modelo o forma de organización de la actividad económica escogido por aquélla"*.⁸⁰

A esa fecha, la Carta de 1980 estaba en preparación; se desconocían la profundidad, claridad y especificidad de la opción económica que habría de tomar. La *"Declaración de Principios de la Junta de Gobierno"*, de 1974, entregaba la opción doctrinaria de fondo, pero insuficiente para informar el contenido del OPE mediante un principio de subsidiariedad genuinamente interpretado.⁸¹

Como adelantáramos previamente, la entrada en vigor de la Constitución de 1980 habría hecho esperable una mutación, si no significativa, al menos apreciable en la aproximación de la doctrina al OPE. No obstante, la situación es distinta durante los primeros años del nuevo imperio constitucional: los ya citados Cea Egaña y Hurtado Contreras se ubican, a nuestro juicio, en la línea dirigista del OPE, opción ripperana, sin recoger ni asimilar la intensidad de la nueva propuesta económica de la Carta.⁸²

80 LUIS MONTT DUONIGAS, en ob. cit. en nota N° 59, p. 113.

81 Por una parte Montt, acepta en el contexto, pero, por otra, condiciona excesivamente la opción axiológica de la *"Declaración de Principios"*. Acreditadamente señala: "El OPE desempeñará, de un lado, un rol instrumental al dar configuración jurídica a aquellas medidas de política económica que se consideren aptas para alcanzar las metas perseguidas. Y, del otro, será el tránsito de una concepción axiológica, al cumplir tal tarea a través de aquellas técnicas que aseguren, o al menos no sean contradictorias con el principio de libertad económica y de los ideales de justicia y equidad, eventuales a todo ordenamiento jurídico". Pero en otro pasaje agrega diversas condiciones que restan armonía a su propuesta: "La libertad económica debe, sin embargo, ejercerse dentro y conforme al orden u organización establecido por la autoridad... No se trata de un orden espontáneo, sino que configurado por el Estado, al que compete una activa y principalísima labor en el campo económico, la cual se manifiesta en un papel planificador de la actividad económica". ¿En qué sentido están enunciadas las voces "autoridad" y "Estado"? ¿Estado-administrador? ¿Estado conjunto de poderes públicos, constituyente incluido? Probablemente no en esta última acepción. Véase ob. cit. en nota N° 59, pp. 115 y 117, respectivamente.

82 Véase José Luis Cea, ob. cit. en nota N° 32, p. 158.

como quienes hemos propuesto un concepto "que es el que más se ajusta a una definición de orden público económico". Se refería Guerrero a la definición de OPE que planteamos en abril de 1998, publicada en Informe Constitucional N° 1722, de 2 de abril de 1998.^{86,87}

Aquí, Guerrero rescata nuestra definición, porque en sus palabras "se engarza dentro de una nueva institucionalidad basada en la preservación de una sociedad fundamentalmente libertaria, en que los individuos son libres de decidir su destino, con limitaciones sólo en la medida que afecten el bienestar e integridad del resto, con una promoción de la desconcentración del poder que implica aplicar a lo largo de toda la estructura institucional el principio de la subsidiariedad".⁸⁸

Las definiciones más recientes de OPE tienden a corregir algunos aspectos que están merced a nuestra crítica. Avilés Hernández, con una propuesta que revisaremos a continuación, y John Jaederland, quien define el OPE con un perfil de garantía. Ha dicho este autor: "Se trata el orden público económico, en definitiva, de un conjunto de normas y principios que reconocen, garantizan y protegen derechos individuales, en especial, en lo relativo a los valores económicos esenciales definidos como tales por la sociedad, en su Constitución Política".⁸⁹

3.3.5 Argumentos para una crítica

¿Por qué nos parecen en definitiva todas las definiciones revisadas, salvo la de Guerrero, y parcialmente la de Avilés —que más adelante revisaremos—, conceptualmente erradas o al menos perfectibles?

En suma, por las tres siguientes razones:

- Apuntan a una supuesta neutralidad del contenido del concepto, atendiendo únicamente a la fuente de las regulaciones para calificar como elementos de OPE (análisis formal y no sustantivo);
- Prescinden de la jerarquía normativa y en particular de la supremacía constitucional, sólo por referirse a materias económicas;
- Se orientan única e innecesariamente a justificar la imperatividad de las regulaciones económicas estatales, omitiendo sistemáticamente los elementos realmente fundantes del sistema económico constitucional.

3.3.6 Propuesta de Avilés Hernández

En 1998 Avilés Hernández publica su memoria de prueba "Orden Público Económico y Derecho Penal", en la que ofrece otro concepto de orden público económico que conviene destacar.⁹⁰

⁸⁶ Junto con el honor de recibir la referencia que hace Guerrero a nuestra definición, precisemos que en las siguientes páginas se presentará y ampliará la idea de OPE que planteamos en Informe Constitucional N° 1722, de 2 de abril de 1998, a que alude el referido autor.

⁸⁷ Nuestra definición de OPE aparece también citada en la obra de JOHN JAEDERLAND LUTECKE, *El Recurso de Amparo Económico* (Santiago, Editorial Librotecnia, 1999) p. 24.

⁸⁸ GUEAERRO, ob. cit. en nota N° 83, p. 108.

⁸⁹ JOHN JAEDERLAND LUTECKE, op. cit., p. 24.

⁹⁰ Véase AVILÉS, ob. cit. en nota N° 36.

Orientado a indagar en las profundidades del concepto antes de tomar una posición doctrinaria, Avilés agrupa tres clases de tesis para el concepto OPE, en una técnica con marcados elementos filosóficos.

Para él, se reconocen las tesis funcionales, las tesis materiales, y las tesis situacionales. Las primeras "no pretenden entregarle al concepto de orden público económico ningún contenido especial, ni menos estimarlo como una situación, real o ideal". Cita como ejemplo la definición que en la década del 40 recogió la Corte de La Serena del profesor de Derecho Comercial, don Raúl Varela: "conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad".⁹¹

Las tesis materiales serían aquellas que apuntan más a la esencia que a la función del OPE: desplegando una crítica severa a Cea Egaña, por la vía de subrayar el error de subordinar el OPE a la norma, Avilés síndica la definición de este autor como ejemplo de noción material de OPE.

Finalmente, destaca que las tesis situacionales son aquellas que contemplan como eje central del concepto la noción filosófica de orden.⁹²

3.3.6.1 Concepto de Avilés

Define este autor al OPE como "La recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica —públicos y privados— que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre".⁹³

Llama la atención el avance que de inmediato incorpora esta noción de OPE, al usar un bastidor filosófico para construir el concepto: "la recta ordenación de los diferentes elementos...". Para una adecuada apreciación de este aporte, que no le resta en absoluto mérito, es justo advertir al lector que nuestro concepto de OPE ya había incorporado antes esta técnica de definición, junto a la noción de OPE que ofrecimos en nuestro comentario publicado en Informe Constitucional N° 1720, de 2 de abril de 1998. Avilés publica su obra en agosto de 1998.⁹⁴

Como sea, el de Avilés es un concepto moderno. Para este autor, el OPE es un orden que proviene de una realidad valórica social, a la que denomina *Orden Natural Económico*, que corresponde a uno de sus elementos. Junto a

⁹¹ AVILÉS, ob. cit. en nota N° 36, p. 197, citando la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 13 de marzo de 1954, publicada en LXI Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª P. S. 4ª, p. 124.

⁹² De las tesis situacionales, en materia de OPE, sólo conocemos en realidad la nuestra, de abril de 1998, y la que propone Avilés en su obra de julio de 1998. En cuanto conceptos de Orden Público solamente, este autor cita a FONTAINE AUDUNAT: "orden social, en el sentido de arreglo o disposición adecuada de la sociedad civil", y CLARÓ SOLAR: "arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que mitan a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social". Citadas por AVILÉS, ob. cit. en nota N° 36, pp. 188 y 189.

⁹³ AVILÉS, ob. cit. en nota N° 36, p. 218.

⁹⁴ Nuestro concepto, en todo caso y a diferencia de Avilés, evita el uso de la voz *ordenación*, para evitar una tautología en la definición de OPE, idea que a su vez comienza con la palabra *orden*. El espíritu es siempre el mismo, pero hemos preferido la expresión *adecuado modo de relación*.

este elemento *social-natural*, se ubica también el *jurídico-positivo*, dentro del que se encontrarían, a su vez, el elemento *jurídico-fundamental* por una parte, y el "*instrumental*", por otra.

Hay entonces una distinción primera en esta idea, que separa los derechos y libertades, por una parte, y las normas positivas que regulan al OPE.

Los principios que forman o informan el sistema de la relación entre lo público y lo privado en el OPE constituirían para esta visión el elemento jurídico-fundamental, dentro del que se encuentran los derechos y libertades reconocidas a las personas. La nota o elemento "jurídico-instrumental" comprende para Avilés las normas positivas que regulan al OPE, y que no buscan sino dar certeza jurídica y afianzar la conducta de los entes que en él actúan.

El peligro radica en confundir al OPE con esas normas, las cuales no son sino herramientas de las que se vale.

Por tanto, el autor nos presenta un concepto situacional o social, prejurídico o normativo, "*aplicable a economías con énfasis estatistas o liberales diferentes, aunque preferentemente sólo dentro de un contexto de democracia que haga eco de las valoraciones sociales*" (p. 218). Según dicho concepto, y según se verá, el OPE se distingue y diferencia de las normas o leyes, igualmente de los principios, aunque los comprende como sus elementos, mas no como su esencia. En efecto, aquellas sólo serían sus instrumentos "*de las que se vale el orden público económico para asegurar su vigencia por sobre las desviaciones parciales de origen individual*" (p. 220).

3.3.6.2 Evaluación y crítica

En una breve evaluación de la propuesta de Avilés, vamos a coincidir y discrepar. Las coincidencias comienzan con la utilización del concepto de orden u ordenación de elementos como base de la definición. Luego, es acertado, a nuestro juicio, presentar al OPE como una noción meta-normativa, inclusiva de los *elementos sociales de dimensión económica*, en palabras del autor.

Vamos a discrepar de concebir a las normas y regulaciones como el instrumento del OPE. Según plantearemos, no es correcto asignar a algunos elementos económicos el carácter de instrumentos y no a los otros. El OPE persigue la plena satisfacción material y espiritual de la persona mediante todos los elementos económicos presentes en la sociedad. *Ergo*, todos estos elementos son instrumentales de ese fin, son "cosas adecuadamente dispuestas" para ese fin. Tanto el comerciante individual como el legislador son pares en la tarea mayor.

Adicionalmente, y según fundaremos más adelante, no corresponde predisponer a la ley o a la regulación a una actitud confrontacional con el individuo. Cuando Avilés asigna a la norma la tarea de asegurar la vigencia del OPE *por sobre las desviaciones parciales de origen individual* no está agregando nada a la función ordenadora de la ley en cualquier ámbito

social, pero está levantando dudas sobre su valor incentivador, encauzador y promotor de una recta vida económica.

Por último, y antes de profundizar en nuestra propuesta, agregaremos como antecedente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de Orden Público Económico.

3.4 El Orden Público Económico en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Hemos revisado la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera en el tema del Orden Público Económico. Junto con formular un nuevo marco de interpretación para el concepto, hemos teorizado sobre la real necesidad de construir una idea sobre OPE, autónoma de los valores económicos constitucionales y muchas veces ignorante de los mismos.

Corresponde ahora revisar lo que ha dicho nuestro máximo órgano judicial-constitucional sobre el Orden Público Económico. ¿Confluye o diverge de nuestro planteamiento? Se conocen dos sentencias en que el TC que se ha referido directamente al OPE. Veamos.

3.4.1 Sentencia Rol N° 78: Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central

Con fecha 20 de septiembre de 1989 el Tribunal Constitucional emitió el pronunciamiento obligatorio que le exige el artículo 93 N° 1 (82 N° 2) de la Carta respecto del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.⁹⁵

a. El asunto discutido

Habiéndose consensuado por los diversos sectores políticos el texto del proyecto, se cuestionó, sin embargo, su constitucionalidad en cuanto consolidaba la autonomía del ente emisor en términos estimados incompatibles con las facultades del Presidente de la República como Jefe de Estado y cabeza de la administración y gobierno del país (artículo 24 CPR).

El Tribunal rechazó el requerimiento —habría sido impensable una cosa distinta, atendida la fuente directamente constitucional de la autonomía (actual artículo 108 de la Constitución)— pero, en sus fundamentos, efectuó una referencia al OPE que merece una reflexión en este trabajo.

b. El Banco Central y el OPE

Al fundar el rechazo al requerimiento, el considerando N° 14 de la sentencia recordó el carácter autónomo que el constituyente otorgó en

⁹⁵ Sentencia rol N° 78, de 20 de septiembre de 1989, en RAFAEL LABRAJIN CRUZ, Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 25 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), pp. 208-225.