

TOMO I / SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

Derecho Constitucional Económico

GARANTÍAS ECONÓMICAS,
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

ARTURO FERMANDOIS V.

ABREVIATURAS

CE : Constitución Económica

CENC : Comisión de Estudio para la Nueva Constitución

CGR : Contraloría General de la República

CPR : Constitución Política de la República de Chile

DFL : Decreto con Fuerza de Ley

DO : Diario Oficial

EE : Estado Empresario

LOC : Ley Orgánica Constitucional

OPE : Orden Público Económico

RAE : Recurso de Amparo Económico

RJE : Revisión Judicial Económica

RP : Recurso de Protección

TC : Tribunal Constitucional de Chile

posterioridad, el profesor Cea ha acentuado la vocación libertaria de su definición. Así, en 1991, aseveró que “la finalidad del Orden Público Económico es institucionalizar con rango de máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa y apropiabilidad de los bienes, de isonomía o igualdad de oportunidades... en general, de la prioridad del sector privado, paralela a la subsidiariedad estatal, en el marco de la libre competencia en un mercado legalmente regulado”.³⁵

Avilés Hernández reprocha a la obra pionera de Cea en materia de OPE —respaldando nuestra visión en este aspecto— el centrarse “en el aspecto regulador de la economía, por lo que lo adscribe a sistemas intervencionistas, dejando fuera su vigencia en sistemas más liberales, ambos mixtos”.³⁶

Otros conceptos doctrinarios sobre el OPE resultan aún más restringidos. Hurtado Contreras lo redujo a “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”.³⁷ Así, sólo las medidas gubernativas —entendidas como las provenientes del Poder Ejecutivo— constituyen el OPE para este autor, excluyéndose las normas y desde luego todo precepto o garantía constitucional. Constituyente, legislador, órganos constitucionales autónomos y Poder Judicial quedan aquí fuera del ámbito del OPE: sólo la autoridad que “adopta medidas” es fuente del OPE. Ya veremos cuán incompleta nos parece esta definición para los objetivos perseguidos por el constituyente al modelar la noción actual de OPE.

Todas estas nociones aparecen fuertemente influidas por el derecho penal y comercial, disciplinas que suelen ubicarse en una posición tradicional de recelo ante la libertad contractual. Sandoval López ha dicho, por ejemplo, que si bien el OPE no implica que los particulares no puedan ejercer actividades económicas, “deben ejecutarlas con estricta sujeción a las normas de orden público económico, so pena de incurrir en sanciones tanto civiles como criminales en caso de conculcarlas. En otras palabras, el Estado al establecer las reglas del orden público económico actúa como guardián para asegurar que los particulares no abusen de la libertad económica que les ha otorgado”.³⁸

Indagar por aproximaciones doctrinarias anteriores a la Constitución de 1980 resulta aún más frustrante intelectualmente. Nociones parciales y centradas en otras problemáticas dificultan la tarea. Normalmente, el

antecesor doctrinario del OPE parece ser la idea de Derecho Público Económico, y el centro de discusión la determinación de si determinadas regulaciones son parte del derecho público, o bien del derecho privado.

Llegada la hora de redactarse la nueva Constitución, la CENC dio un giro trascendental en la aproximación histórica de la doctrina ante el OPE. Buena parte del propósito de este trabajo es colaborar en acelerar la comprensión de esta nueva arquitectura del OPE, que se edifica sobre cimientos libertarios, constituyendo la adecuada libertad la esencia misma del OPE. Como recuerda López Blanco, la CENC trabajó sistemáticamente entre las sesiones 38, de 7 de mayo de 1974 y espaciadamente un total de 20 sesiones, hasta la 400, en julio de 1978. Cita una de las definiciones propuestas por la Comisión, que repasaremos al tratar la garantía del 19 N° 21: “*Normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que conduzcan a la consecución del bien común*”. Para este autor, la definición de los comisionados “logra un equilibrio admirable entre el concepto ‘iniciativa creadora del hombre’ con el fin esencial de esa iniciativa, que es el ‘desarrollo del país’ para obtener el ‘bien común’”.³⁹

El profesor y parlamentario Sergio Diez Urzúa, miembro de la CENC durante un período inicial, en su obra de 1999, *Personas y Valores, su protección constitucional*, propone una definición que parece rescatar parte de este espíritu inicial en el seno de los constituyentes. No abandona, empero, la técnica de colocar el eje del OPE en la regulación estatal, si bien esta debe dirigirse a los derechos de las personas. Dice Diez: “*El Orden Público Económico es el conjunto de normas marco o generales contenidas en la Constitución Política que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos*”.⁴⁰

Antes de proseguir la búsqueda doctrinaria y elaboración de un concepto de OPE satisfactorio, conviene exponer al lector un sumario jurisprudencial de las invocaciones a este concepto por los tribunales superiores de justicia.

3.2 El Orden Público Económico en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

La revisión sistemática de las referencias al Orden Público Económico en jurisprudencia judicial y administrativa, publicada en todas las revistas especializadas chilenas durante el siglo XX, permite delinear tres clases

35 JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *Notas sobre orden público económico* en *Gaceta Jurídica* N° 135 (septiembre, 1991), p. 18.

36 VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ, *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Editorial Conosur, 1998) p. 208.

37 JOSÉ TOMÁS HURTADO CONTRERAS, *El Orden Público Económico en la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica, 1981) p. 101.

38 RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, *Acercamiento al Orden Público Económico, Análisis de un Caso Real* en *LIX Revista de Derecho* N° 188 (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, julio-diciembre, 1990), p. 112.

39 JOSÉ LUIS LÓPEZ BLANCO, *Algunas Consideraciones Jurídicas sobre el Desarrollo del Estado Moderno*, en *IX Temas de Derecho* N° 1 (Universidad Gabriela Mistral, enero - junio, 1994), p. 89.

40 SERGIO DIEZ URZÚA, *Personas y Valores, su protección constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999) p. 182.

de alusiones. Las hemos determinado en atención a la función y contenido que se le atribuye al OPE por el juez. En ellas, nuestro concepto aparece en tres perspectivas:

- a. El OPE como justificación de la reducción de la autonomía de la voluntad económica;
- b. El OPE como justificante del poder sancionatorio del Estado en materia económica, y
- c. El OPE como fuente del poder regulatorio del Estado-Administrador en el ámbito económico.

Muy excepcionalmente, el OPE es invocado en defensa de ciertas garantías como la libertad de trabajo o la libertad económica.

Revisaremos en detalle las alusiones judiciales al OPE.

3.2.1 El Orden Público Económico como límite a la autonomía de la voluntad

Esta es la corriente jurisprudencial más frondosa, y también la más antigua⁴¹. De alguna forma resulta explicable, al menos hasta 1981, en atención a que la nueva columna vertebral del orden económico constitucional data de la Carta de 1980, que transformó en términos tan radicales la concepción anterior. Por el contrario, resulta inexplicable que, con posterioridad a esa fecha, la judicatura continúe casi exclusivamente centrada en reforzar al Estado en su confrontación con la autonomía de la voluntad, como tema protagónico del OPE.

Sin adelantar en este espacio la crítica que esta línea judicial nos merece, repasaremos los términos en que ellas se ha formulado. Los siguientes son ejemplos judiciales de las diversas épocas:

i. 1956

La primera referencia jurisprudencial al OPE la hemos identificado en 1956, con ocasión de un fallo de Recurso de Inaplicabilidad.⁴² Se objetó en dicha oportunidad por los recurrentes la constitucionalidad de la Ley 12.006, que disponía retroactivamente un determinado reajuste para las remuneraciones de los contratos de trabajo vigentes en la industria y el comercio. La Corte Suprema desechó la inconstitucionalidad, argumentando que la ley civil retroactiva no estaba prohibida por la Carta de

1925, y “si la norma fija un reajuste diferente a un fallo arbitral que debía regir a partir de enero de 1956, debe primar la ley, puesto que se trata de una norma de orden público económico, que no vulnera derechos adquiridos que se pudieran encontrar amparados por la inviolabilidad de la propiedad”.⁴³

Es decir, la autonomía de la voluntad, e incluso una resolución jurisdiccional arbitral, no constituyen para este sentenciador derechos adquiridos que deban ser respetados por el legislador, por cuanto la fijación de reajuste a remuneraciones es materia de normas de orden público económico. El concepto, en este caso, es casi idéntico al orden público civil que nos recuerda Ducci, y que consiste en “la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad”, frente al cual la autonomía de la voluntad debe necesariamente plegarse.⁴⁴

ii. 1963

Igual orientación ofrece una decisión de 1963, en que la Corte de Apelaciones de Santiago, fallando un recurso de apelación resolvió que “las disposiciones que dicen relación con las obligaciones monetarias son de orden público, no impera el principio de la autonomía de la voluntad, sino el dirigismo jurídico. Tales disposiciones se dictan por razones superiores de carácter económico social, en interés y beneficio de toda la comunidad; no caben respecto de ella los derechos adquiridos”.

Este fallo representa el paradigma de la época dirigista: no hay derechos particulares que respetar cuando se invoca el orden público, ni que indemnizar si se han tenido en consideración razones superiores de naturaleza económica. Esta visión aparece plenamente coherente, por lo demás, con la infracción contemporánea que estaba sufriendo el derecho de propiedad en toda su extensión.⁴⁵ Aún así, llama la atención que el orden público económico no se invoque tanto para fundar la irrenunciabilidad de ciertos derechos de naturaleza económica, sino para justificar el desconocimiento de los derechos u obligaciones correlativos, nacidos al amparo de la autonomía de la voluntad.

41 En este sentido emplea el concepto Bassols Coma, cuando señala que la defensa de la libre competencia ha requerido “la aparición de la disciplina pública de la economía, con la modulación del clásico principio privatista de la autonomía de la voluntad por motivos de orden público económico”. BASSOLS COMA, *op. cit.*, p. 21.

42 Existen diversas referencias al mero concepto de *Orden Público* en jurisprudencia anterior al año 1956. La Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de 1954, habla del orden público desde un “ángulo económico”; citado por JUAN PABLO VERA MONTERO, *El Orden Público Económico en la Constitución de 1980* (tesis de grado, Santiago, Universidad Central, 1993), p. 6. ARTURO YRARRAZAVAL COVARRUBIAS cita un dictamen judicial de 1954 en su trabajo *Orden Público Económico: ficción o realidad*, en *Revista del Abogado* N° 15 (Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., abril, 1999), pp. 10-14.

43 Considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte Suprema, publicada en LIII Revista de Derecho y Jurisprudencia (1956) 2° P., S. 3°, p. 15.

44 CARLOS DUCCI CLARO, *Derecho Civil, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980) p. 394. Ducci, como la generalidad de los civilistas, alude a esta noción de Orden Público civil como aquella delineada por la jurisprudencia, y agrega: “se lo ha estimado como una noción de excepción frente a la libertad contractual, un concepto esencialmente prohibitivo o negativo...”.

45 Ejemplo de esta infracción al derecho de propiedad es la ley de Reforma Agraria N° 15.020 publicada en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 1962. A juicio de ENRIQUE BRAHM GARCÍA: “En el proceso que con ella se iniciaba se llegaría a configurar -de manera consciente y completa- un nuevo concepto de propiedad, en el ámbito de los bienes raíces agrícolas, en las antípodas de aquel acuñado por el liberalismo del siglo XIX y que seguía definido en el artículo 582 del Código Civil”. Más adelante concluye: “En esencia, lo que ocurrió es que se tendió a hacer desaparecer el contenido de libertad característico del derecho de propiedad en una tradición liberal, de tal manera que, por lo menos en algunos ámbitos, a medida que nos acercamos al año 1970, el titular del derecho de dominio parecía ser poco más que un nudo propietario”, en *Propiedad sin Libertad* (Santiago, Universidad de Los Andes, 1999) pp. 144 y 262 respectivamente.

iii. 1986

En 1986, la Comisión Resolutiva (DL 211, de 1974) ratificó la autoridad del Ministerio de Economía para fijar los precios de bienes y servicios energéticos, entre ellos el gas natural. Así, otorgó su razonamiento final: *"Las resoluciones que se dictaren en tal sentido forman parte del orden público económico, por cuanto organizan las relaciones económicas imperativamente, constituyendo una limitación a la libertad contractual y al principio de la autonomía de la voluntad"*.⁴⁶

La fijación de precios, en cuanto "organiza las relaciones económicas", formaría parte del Orden Público Económico. La autonomía de la voluntad de comprador y vendedor de este bien, para este fallo, debe replegarse ante un concepto de orden superior.

iv. 1988

La tendencia subyugadora de la autonomía de la voluntad se aprecia más claramente en un fallo de 1988 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que permitió derechamente desestimar, en nombre del OPE, determinadas convenciones celebradas por particulares en materia bancaria. Tratábase de un contrato de permuta de acciones entre bancos, expresamente prohibido por el artículo 84 N° 8 del DFL N° 252, Ley General de Bancos, y actualmente derogado. *"Dicho contrato tiene objeto ilícito, pues contraviene lo que está expresamente prohibido por la ley y por ser contrario al orden público económico"*, afirmó la Corte. Así, se asimila la prohibición de determinados actos jurídicos-económicos que civilmente adolecen de objeto ilícito, con el atentado al orden público económico, barrera final de la autonomía de la voluntad.⁴⁷

v. 1991

En 1991 se recurrió contra la Superintendencia de Valores y Seguros por haber interpretado administrativamente las normas de los DL 251 y 3.538, lo que se estimó ilegal por los requirentes. La Corte de Santiago invocó el OPE para ratificar las facultades interpretativas de la Superintendencia, puesto que dichos cuerpos legales *"pertenecen al orden público económico (y están) establecidos para salvaguardar el interés general"*.⁴⁸ El OPE aparece aquí como respaldo de la actividad regulatoria e interpretativa de los órganos administrativos, que quedan amparados por una presunción de legalidad cuando las facultades pertenecen al OPE.

Éstas son entonces algunas de las poderosas invocaciones judiciales al Orden Público Económico como limitación de la autonomía de los particulares, y su contrapartida como legitimación de las potestades regulatorias de la autoridad económica.

3.2.2 El OPE como justificante especial del poder sancionatorio del Estado

El segundo grupo más numeroso de sentencias que registra la historia del OPE es aquel en que se le levanta como fuente justificante del poder sancionatorio de particulares en materia económica.

Se aleja sólo un matiz respecto de la tendencia revisada en el 2.2.1, pero aquí el énfasis se ubica en el castigo económico, jurídico o corporal a los infractores de normas de orden público económico.

En esta línea se ubican sentencias de los años 1967, 1980 y dos de 1983, estas últimas en bullados casos bancarios.

i. 1967

Este año la Corte Suprema ratificó la autoridad de la Comisión Antimonopolios de la época para sancionar civil y penalmente a quienes cometieron actos que se calificaron de monopólicos. Afirmó el máximo tribunal: *"Es suficiente entonces que las conductas señaladas constituyan una ofensa al bien jurídico protegido, el orden público económico, que pongan en peligro la libre competencia para que tales hechos sean castigados en sí mismos"*.⁴⁹ Lo curioso de este fallo es que el acto sancionado fue una mera cláusula contractual, una convención, que se estimó atentaba contra la libre competencia en el mercado de las baterías.

ii. 1980

Finalmente, en 1980 la Corte de Apelaciones de Santiago invocó al OPE como bien jurídico protegido para subrayar la consumación de un delito económico: la presentación de una boleta falsa o adulterada. Aquí, se le atribuyó una cualidad de carácter jurídico penal especial. Dijo la Corte: *"El bien jurídico protegido es el orden público económico y su especial característica es que el delito se entiende consumado por la sola presentación de la boleta..., aunque no se haya causado perjuicio alguno"*. Es decir, en materias de OPE, el intérprete de la ley penal queda autorizado para calificar con mayor rigurosidad los tipos; se trataría de un bien jurídico especial.

Esta sentencia se inserta con plenitud en la línea judicial de reforzamiento del poder sancionatorio de la autoridad, tanto en lo civil como en lo penal, cuando afecta valores económicos considerados esenciales.

46 Resolución de la Comisión Resolutiva, publicada en LXXXIII Revista de Derecho y Jurisprudencia (1986) 2ª P., S. 6ª, p. 37.

47 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en LXXXV Revista de Derecho y Jurisprudencia (1988) 2ª P., S. 2ª, p. 65.

48 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en LXXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia (1991) 2ª P., S. 2ª, p. 151.

49 Sentencia de la Corte Suprema, publicada en LXIV Revista de Derecho y Jurisprudencia (1967) 2ª P., p. 399.

A estas alturas de nuestra investigación la inquietud es tan precisa como insoslayable: ¿Existe alguna sentencia que incorpore al OPE las garantías individuales de naturaleza económica? ¿Existe algún reconocimiento judicial a la libertad económica como parte del OPE? ¿Se abre algún espacio en el concepto judicial del OPE a la autonomía de la voluntad económica, con su fuente el N° 21 del artículo 19 de la Constitución, pilar económico de nuestro sistema económico constitucional?

La respuesta, como se verá más adelante, es desalentadora. No obstante, y como lo dirá la doctrina comparada a que acudiremos, debe esperarse una fuerte mutación del entendimiento judicial acerca del contenido del Orden Público Económico, so pena de un progresivo debilitamiento de su prestigio como bien jurídico protegido.

iii. 1983

Este año se interpusieron sendos recursos de protección en contra del Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, por dos de los bancos intervenidos y decretados en liquidación por dicha autoridad en enero de ese año. La problemática constitucional de la acción administrativa era compleja; debido proceso legal del artículo 19 N° 3 inciso 4° (Superintendente actuó unilateralmente, negando toda opción a los afectados a efectuar descargos), derecho de propiedad y derecho a la libertad económica, entre otras garantías. En ambos recursos, sin embargo, la Corte Suprema apeló al Orden Público Económico para respaldar el papel sancionatorio de la autoridad: *"al autorizarse a la Superintendencia que pueda tomar la administración provisional de una institución bancaria, simplemente limita la manera de administrarla cuando su administración ordinaria pone en peligro del Orden Público Económico o los dineros de los depositantes que acuden al banco"*.⁵⁰

La otra sentencia de protección en materia de intervención bancaria de 1983, rol 16746-83, tomó derechamente la definición de Cea Egaña sobre OPE, y agregó inmediatamente: *"En base a ello es posible configurar excepciones al derecho constitucional del artículo 19 N° 21 de la CPE en aras de alcanzar el fin último establecido en la Constitución: el bien común"*.⁵¹

3.2.3 El OPE como fuente del poder regulatorio del Estado en materia Económica

Hemos identificado, a modo ejemplar, algunas sentencias de nuestros tribunales superiores de justicia que se inclinan con particular fuerza hacia esta tendencia judicial.

i. 1992

El más paradigmático fallo de esta tendencia resulta aquel de nuestra Corte de Santiago, cuando en 1992, con ocasión de desechar una acción de amparo económico interpuesta por un particular contra la empresa ENTEL S.A. por presuntas infracciones administrativas, reforzó la cuestionable tesis de que todas las normas administrativas (económicas) son parte del Orden Público Económico. Esta es, en verdad, una idea que subyace al concepto desde un comienzo, pero su reconocimiento judicial, sin distinción de jerarquías normativas ni condiciones de aplicación, resulta especialmente contrariante.

Dijo la Corte: *"El concepto de orden público económico, como conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, debe ser entendido en un sentido amplio, de tal manera que la expresión "normas legales" debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado"*.⁵²

La sentencia efectúa una tácita referencia a la expresión "normas legales" del inciso primero del número 21° del artículo 19 de la Constitución. Veremos más adelante cómo la actividad económica puede jurídicamente regularse sólo por "normas legales" en su sentido estricto, quedando abierto al administrador la aplicación de dicha regulación, que jamás puede envolver establecimiento de parámetros o requisitos más exigentes que los formulados por el legislador.⁵³

Distinto es el criterio de la Corte de Santiago en este caso: para este fallo, la potestad reglamentaria es fuente del OPE, sin mayor calificación. El peligro de esta concepción es sencillamente despojar de operatividad a la jerarquía normativa y la supremacía constitucional, base institucional especialmente resguardada en la Carta (artículo 6°). La tesis enunciada envuelve el peligro de considerar al OPE como un segmento autónomo y soberano de normas de todas las jerarquías, una especie de sistema normativo independiente, un bolsón jurídico al que caen preceptos de distinta procedencia vinculados únicamente por su función suprema de regular la economía, todos dotados de una especial supremacía sobre las demás conductas, garantías, convenciones e incluso garantías constitucionales que puedan colisionar con tales regulaciones.

Similar aproximación exhibe un fallo de 1992 recaído en otra acción de Amparo Económico. Aun cuando no se realiza por los sentenciadores disquisición alguna sobre las consecuencias de su doctrina, ni se efectúan

50 Sentencia de la Corte Suprema, rol 16707, publicada en Fallos del Mes N° 294 (mayo 1983) p. 200.

51 Sentencia de la Corte Suprema, publicada en Fallos del Mes N° 294 (mayo 1983) p. 171.

52 Sentencia de la Corte de Apelaciones, publicada en LXXXIX Revista de Derecho y Jurisprudencia (1992) 2ª P., S. 5ª, p. 306.

53 Esta sentencia es previa a la determinante decisión del Tribunal Constitucional en el caso "Publicidad Caminera I", de 21 de abril de 1992, rol 146, que viene a respaldar el criterio de interpretación sobre el alcance de la expresión "normas legales" del artículo 19 N° 21, inciso primero. Como se verá, este criterio, sanamente expuesto en este fallo, no ha resultado del todo vinculante para las Cortes, aun cuando el TC sí lo siguió en su línea matriz, aproximadamente hasta 1998.

declaraciones expresas sobre la supremacía *sui generis* de las normas pertenecientes al OPE, consolida a la potestad reglamentaria como integrante preminente del mismo.

Expresó la Corte de Santiago: "*Orden público (económico) es el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, concepto que incluye a las normas emitidas en ejercicio de la potestad reglamentaria propia del ejecutivo*".⁵⁴

ii. 1991

Anterior cronológicamente, pero inferior en relevancia para los efectos de nuestra clasificación, se ubica una decisión de 1991, en que el respaldo judicial lo obtiene el legislador frente a la autonomía de la voluntad particular en materia de medio de pago. Así, resulta más comprensible y menos objetable entender como fuente del OPE las facultades reguladoras del legislador, por ser la ley precisamente el instrumento destinado constitucionalmente al efecto.⁵⁵ En estos casos, como es obvio, estas regulaciones deberán adecuarse armónicamente a las garantías constitucionales económicas, muchas de las cuales se satisfacen con la mera exclusión del administrador del ámbito regulatorio económico.

Expresó en este caso el fallo: "*La moneda de curso legal es el peso, conforme con lo establecido en el Decreto Ley 1.123 de 4 de agosto de 1975, norma que involucra el orden público económico. En consecuencia, es improcedente determinar el monto de los honorarios demandados en unidades de fomento, por no ser esta moneda de curso legal en el país*".

iii. 1998

Finalmente, es justo citar una sentencia de 1998 en que nuestra Corte Suprema relaciona felizmente al OPE con ciertos valores y principios constitucionales propios de la Constitución de 1980, aunque su función final también fue respaldar a la autoridad administrativa en su papel regulatorio. Tras citar el concepto de OPE de Cea Egaña, la Corte plasmó en el fallo la siguiente reflexión: "*De esta forma, el orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros*".⁵⁶

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 anticuado, 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 Democratique*, 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

⁵⁴ Considerandos 2° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2762-91, publicada en Gaceta Jurídica N° 144 (junio, 1992) p. 74.

⁵⁵ No sólo por lo dispuesto en el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la CPE, sino en muchos otros pasajes directos e indirectos en que el legislador resulta llamado a actuar en materia económica. Ejemplos son el artículo 19 N° 20, 22 y 24, artículo 60 N° 3, 7, 8, y particularmente N° 20.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de noviembre de 1997, por la cual resolvió el recurso de amparo económico "Universidad Mariscal Sucre con Consejo Superior de Educación", publicada en Informe Constitucional N° 1668, 6 de enero de 1998.

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. Consultese en particular, ARTURO FERNANDOIS, *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 DUBURNAIS, la definición con que nació el OPE pertenece a GERARD FARJAT, *Droit Economique* (París, 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 FARJAT, ya citada en este trabajo por HURTADO CONTRERAS en *op. 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 Democratique et le Droit Civil Moderne* (París, LGDJ, 1948).

⁶¹ AVILÉS, *op. cit.* en nota N° 36, p. 194; y RIPERT, *Le Régime Democratique* (París, 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.)*”.

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 reglar 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

⁶² RIPERT, GEORGES, ET 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 éste, titulado *Traité Élémentaire de Droit Civil*, impreso en *Programme Officiel des Facultés de Droit*, de 1928. RIPERT había nacido en 1880.

⁶³ GEORGES RIPERT 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 RIPERT, *op. cit.*, pág. 426.

⁶⁵ Nótese que el primer libro que registra GEORGES RIPERT es de 1902, denominado *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Paris, 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.

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, impliamente 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:

“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

Impropiaamente 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

⁶⁶ 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.

⁶⁷ GEORGES RIPERT, *op. cit.* en nota N° 62, p. 426.

⁶⁸ 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 (*Bosch*) 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.

⁶⁹ GEORGES RIPERT, *op. cit.* en nota N° 66, p. 202.

⁷⁰ 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.

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 le Droit Civil Moderne*, que es del año 1936. Pues bien, ya en sus últimas ediciones del Tratado el autor se venía morigerando en su entusiasmo por la regulación económica, para abandonarlas sustantivamente a partir del citado *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, en plena década de 1950.

⁶⁷ Ripert, *op. cit.* en nota N° 2, pp. 425-426.

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 reprueba 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 impiden 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.

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 dirigismo 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

⁷³ Véase, por ejemplo, en nota N° 66, p. 203. RIPERT cita cuatro sentencias del *Conseil d'État*, de 1938.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, en nota N° 54, p. 24.

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 la 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 difundida 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, ob. 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 citarse.

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 ob. cit. en nota N° 78, p. 150.

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 recurra, 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 aquella”.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 DUBONNAIS, en ob. cit. en nota N° 59, p. 113.

⁸¹ Por una parte Montt, acierta en el contexto, pero, por otra, condiciona excesivamente la opción axiológica de la “Declaración de Principios”. Acertadamente 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 trasunto 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, esenciales a todo ordenamiento jurídico”. Pero en otro pasaje agrega diversas condicionantes 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 JOSE LUIS CEA, ob. cit. en nota N° 32, p. 158.

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 los 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 Tributos Manifiestamente Desproporcionados e Injustos*, en II Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae N° 2 (1998), p. 107.

omo 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 del 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 o 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 mereciendo 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 del 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

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 sinica 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 valórico social, a la que denomina *Orden Natural Económico*, que corresponde a uno de sus elementos. Junto a

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 LÜTECKE, *El Recurso de Amparo Económico* (Santiago, Editorial Librotecnia, 1999) p. 24.

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

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

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

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 ALDUNATE: “orden social, en el sentido de arreglo o disposición adecuada de la sociedad civil”, y CLARO SOLAR: “arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran 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 LARRAÍN CRUZ, Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), pp. 208-225.

la letra y en el espíritu de nuestra Carta. Para ello, reprodujo parcialmente en el mismo fallo un oficio de fecha 10 de noviembre de 1977, dirigido por el Presidente de la CENC al Presidente de la República.⁹⁶

En su letra "g", tercer párrafo, el aludido oficio expone textualmente:

"Al considerar el Orden Público Económico en la primera parte de este informe, expresamos que los excesos de la demagogia política en los últimos 40 años habían afectado gravemente la economía de la nación y provocado una inflación endémica que deterioró en forma importante el desarrollo económico del país.

(...)

"A fin de evitar estos problemas que revisten tanta gravedad para el futuro nacional y recogiendo la inquietud expresada por V.E. en su oficio a la Comisión de noviembre último, en el sentido de crear una instancia técnica e independiente destinada a procurar que la emisión monetaria no sea manejada como señuelo de promesas y acciones demagógicas, el anteproyecto consagra constitucionalmente al Banco Central como un órgano autónomo encargado de fijar y regular la política monetaria y cambiaria".

La sentencia del TC en este caso produce, a nuestro entender, los siguientes efectos:

- i. Hace suya la inspiración del constituyente al otorgar autonomía constitucional al Banco Central, en la extensión que el fallo luego determina;
- ii. Recuerda que fue intención del constituyente incorporar, como *pieza importante del Orden Público Económico*, la autonomía del Banco Central, y
- iii. Hace suya la pertenencia del Banco Central autónomo al concepto de OPE.

c. Contraposición conceptual

Este fallo permite acreditar, para los efectos de nuestra jurisprudencia constitucional, que el OPE es un concepto que debe entenderse comprensivo del Banco Central autónomo. En efecto, la política monetaria y cambiaria es de tal naturaleza determinante para la economía del país, que debe ser manejada con independencia del Poder Ejecutivo, a la que estuvo siempre asociada.⁹⁷ Esta independencia, orientada a una emisión no demagógica, es el bien jurídico-económico al que el constituyente atribuyó mérito suficiente

para considerársele una de las piedras angulares del ordenamiento económico deseado constitucionalmente.⁹⁸ Por consiguiente, le atribuyó rango constitucional y la incluyó en el proyecto, pudiendo llamársele, desde ese momento, como una legítima parte del OPE.

Como se ve, el elemento que califica como integrante del OPE no es "el Banco Central", en cuanto órgano, ni lo son "las regulaciones del Banco Central" por sí mismas. El elemento perteneciente al OPE tiene un contenido sustantivo, y consiste en "la independencia del Banco Central respecto del Poder Ejecutivo y de todo otro órgano, en cuanto faciliten un manejo no demagógico de la política monetaria".⁹⁹ Así, la regulaciones, normas y actos en general emanados del Banco Central no podrán considerarse necesariamente como normas de OPE, si no convergen hacia el valor sustancial recién expuesto.

Llama la atención, finalmente, que ninguno de los conceptos sobre Orden Público Económico que hemos consultado y que se han reseñado en este trabajo, exceptuada la noción de **Guerrero del Río**,¹⁰⁰ incluyen siquiera una breve mención al Banco Central ni menos a su autonomía, como pertenecientes al OPE. La circunstancia de su autonomización no fue debidamente apreciada por la doctrina que ha merecido nuestra crítica, la que continuó asignando el privilegio de pertenecer al OPE sólo a las regulaciones, neutras, emanadas de "la autoridad" en materias económicas. En el caso de la autonomía del Banco Central, y por tener ya desde 1989 un reconocimiento expreso del Tribunal Constitucional en el sentido positivo, esta omisión es doctrinariamente grave.

3.4.2 Sentencia Rol N° 207: Caso Deuda Subordinada¹⁰¹

La referencia más completa y reciente al OPE por parte del Tribunal Constitucional emana de los considerandos 72°, 73° y 74° del fallo rol N° 207, de febrero de 1995¹⁰². En la oportunidad, con ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que derogaba el inciso 4° del artículo 10 de la Ley 18.401, sobre capitalización de dividendos en los bancos con deuda subordinada, el TC teorizó sobre el OPE y sus alcances.

⁹⁶ Este oficio tuvo por objeto reportar al Jefe de Estado las orientaciones generales de la labor que estaba realizando a la sazón la CENC, ya avanzada en su trabajo de dar nueva forma a la nueva institucionalidad constitucional.

⁹⁷ Para un análisis del marco político que ha acompañado la autonomización de los Bancos Centrales en el Derecho Comparado, véase JOHN B. GOODMAN, *The Politics of Central Bank Independence*, en XXIII Comparative Politics N° 3 (abril 1991) pp. 329-349.

⁹⁸ Algunos científicos políticos, como el citado ROBERT FRANZESE JR, son de la idea de moderar las expectativas respecto de un banco central independiente. Fundamentan su tesis con serias mediciones de las variables inflación, autonomía de bancos centrales y gobiernos sensibles. Véase ROBERT FRANZESE, JR., "Partially Independent Central Banks, Politically Responsive Governments, and Inflation", en *American Journal of Political Science*, Vol. 43, N° 3 (July 1999) pp. 681-706.

⁹⁹ Para una profundización sobre la independencia constitucional del Banco Central y el valor jurídico de sus potestades normativas, véase nuestro trabajo "Naturaleza Jurídica de los Acuerdos del Banco Central y su conflicto con la Ley de Quiebras", en XXII Revista Chilena de Derecho N° 3 (1995), p. 365 ss.

¹⁰⁰ Véase ROBERTO GUERRERO, ob. cit. en nota N° 83, p. 79.

¹⁰¹ En este libro, para facilitar la identificación de la jurisprudencia del TC, a cada fallo y rol del TC le hemos asignado un nombre, con el cual llamaremos a la trilogía caso-fallo-rol. Al seleccionar este nombre y bautizar los casos, hemos actuado arbitrariamente, intentando reflejar en él la temática de fondo de lo discutido, todo con la brevedad que exige un texto de estudio.

¹⁰² La sentencia se puede encontrar en: Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996 (Santiago, edición del Tribunal Constitucional, 1996), pp. 285-315. También en XXII Revista Chilena del Derecho N° 3 (1995), pp. 535-554.

a. La cuestión debatida

El asunto sometido al juicio del Tribunal fue sumamente complejo, puesto que enfrentó directamente la autonomía de la voluntad legalmente respaldada con el ámbito y alcance de la regulación estatal de la economía. Complicaciones adicionales emanaban del tratarse de una zona carente de normas regulatorias que impidieran o condicionaran los actos comerciales que el proyecto de ley proponía eliminar para los bancos con deuda subordinada, sino que, por el contrario, los permitían expresamente.

El Tribunal finalmente acogió el requerimiento, declarando inconstitucional la tentativa parlamentaria de eliminar de la Ley 18.401 la facultad de los bancos con deuda subordinada para capitalizar dividendos. Uno de los fundamentos a que acudió el TC para construir su fallo consistió en desechar la alegación de que los preceptos de la Ley 18.401, sobre deuda subordinada, fuesen normas de orden público económico. Así la sentencia, al declarar que tales normas formaban parte del orden privado, construyó la base teórica necesaria para afirmar que los derechos ya adquiridos y amparados por dicha ley al tiempo de su adquisición no podrían ser afectados por regulaciones legales posteriores.

b. Función del OPE en la sentencia

La conclusión de este trascendental fallo es en principio armónica con una adecuada interpretación de las garantías constitucionales.¹⁰³ Empero, el papel que se hace jugar al OPE para fundarlo es, a nuestro juicio, incorrecto y muy peligroso.

En efecto, el razonamiento de los considerandos 72°, 73° y 74° evita el problema de fondo, que consiste en determinar la naturaleza del OPE y sus distintas dimensiones y jerarquías frente a las garantías constitucionales, optando por el más breve camino de declarar que las normas discutidas no pertenecen al OPE, y que, por ello, debe imponerse la autonomía de la voluntad en el conflicto. Los sentenciadores usan el concepto tradicional de OPE, como normas que se imponen por sobre la voluntad de los particulares en su actuar económico, y que habrían hecho legítimar una regulación estatal prohibitiva en este caso de no mediar su naturaleza de orden privado.

La crítica que merece esta doctrina es evidente: la afirmación de que sólo por pertenecer al orden privado los derechos amparados en la

Ley 18.401 no pueden ser objeto de regulación o supresión —que fue el propósito directo del proyecto de ley cuestionado— significa admitir que, si se entendiese que pertenecen al OPE, sería lícito desconocerlos. En otras palabras, esta doctrina admite que no habría una jerarquía y valor autónomo para los derechos económicos en atención al rango de la norma que los garantiza ni al tiempo en que se adquirieron, ya que si éstos recaen sobre materias propias del OPE, esta sola circunstancia habilitaría al Estado para regularlos, reducirlos o simplemente extinguirlos unilateralmente.

Es probable que la justificación de este razonamiento jurisdiccional esté en la dificultad para jerarquizar por otras vías el conflicto de bienes jurídicos planteado. Se trabó una eventual colisión de dos derechos amparados por normas de un mismo rango: el derecho a capitalizar dividendos reconocido por el artículo 10 de la Ley 18.401 y la imposición por norma de igual rango de la prohibición de hacerlo por la vía de la derogación de la facultad. De manera que, junto a otros criterios, la determinación de si se estaba frente a normas de OPE escondió en el fondo un ejercicio intelectual más simple, consistente en determinar cuál era el bien jurídico económico más relevante para el ordenamiento, y que, por tanto, cuál debía imponerse en ese caso.

La jerarquización de diversos bienes jurídicos económicos concurrentes, sin embargo, es un ejercicio permanente, al que constantemente estarán enfrentados el administrador, el legislador y el juez. Ello, sin embargo, no convierte a este juicio en una categorización de bienes en privados o públicos. La publicación o privatización de bienes jurídicos económicos no puede ser requisito para jerarquizar bienes. Jerarquización no es categorización, porque dos bienes privados pueden tener distinta jerarquía, como también dos bienes públicos la pueden tener. Por ello, recurrir al argumento de que las normas en juego no pertenecen al OPE, y sólo por ello el Estado debe abstenerse de regularlas, es afirmar tácitamente que aquellas materias que sí pertenezcan al OPE pueden ser lícitamente reguladas, restringidas o prohibidas, con independencia de otros criterios constitucionales. De ahí que discrepamos de la función que este fallo atribuyó al concepto.

En suma, el Tribunal Constitucional en su sentencia “*Deuda Subordinada*” manifiesta:

- a. Salvaguarda el derecho de los particulares a ejercer actos económicos en conformidad a la ley que los habilitó al tiempo en que adquirieron esos derechos¹⁰⁴;
- b. Protege el ejercicio de esos derechos frente a la eventual prohibición pretendida por ley, y

¹⁰³ Este fallo ha sido uno de los más controvertidos en toda la historia del Tribunal Constitucional. Concordante con la sentencia comentada, véanse: PABLO RODRIGUEZ GREZ, *Informe en Derecho*, p. 483; GUILLERMO BRUNA CONTRERAS, *Informe en Derecho*, p. 493; CARLOS CRUZ-COKE OSSA, *Informe en Derecho*, p. 511; FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA y MARIO VERDUGO MARINKOVIC, *Informe en Derecho*, p. 525. Para una visión crítica del fallo véanse en la misma publicación: RAÚL LECAROS ZEGERS, *Objeciones a un fallo*, p. 555; y JULIO CHANÁ CARIOLA, ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, RAÚL LECAROS ZEGERS, ALEJANDRO VERGARA BLANCO, RODRIGO ÁLVAREZ ZENTENO, EUGENIO EVANS ESPÍNEIRA, *Estudio crítico de las doctrinas jurídicas contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995*, p. 559; todo ello en XXII Revista Chilena de Derecho N° 3 (1995).

¹⁰⁴ Al respecto se pueden leer los considerandos 67, 69, 71 y 72 de la sentencia.

- c. Recurre, entre otros argumentos, al OPE como un instrumento para descartar la primacía de la regulación estatal por sobre el derecho particular, en función de que la materia en cuestión no pertenece al OPE.

c. Nociones de OPE aludidas por el Tribunal Constitucional

En su considerando 71°, el Tribunal Constitucional alude al concepto de Orden Público vertido por don Luis Claro Solar. Recuerda que para el distinguido civilista es *“el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado, y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas”*.¹⁰⁵

Cita literalmente a continuación la noción de OPE de don José Luis Cea Egaña que hemos reseñado previamente, junto a la cual agrega elementos nuevos. Dice el TC: *“el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”*.

d. Comentario

Pese a nuestra apreciación anterior, me parece que aun así la noción de OPE que construye aquí el Tribunal Constitucional es parcialmente armónica con lo que hemos venido planteando en esta obra. Por una parte, aborda la necesidad de contar con regulaciones racionales y permanentes de la actividad económica, siempre ejercidas en conformidad a la ley, que acompañen, “ordenen”, racionalicen, la autonomía de la voluntad privada. Con esta noción, el TC no está postulando expresamente un repliegue conceptual, “*per se*”, de la autonomía privada frente a las regulaciones estatales, sólo porque se trate de regulaciones económicas. La noción del TC simplemente llama a coexistir permanente y racionalmente las normas organizadoras del OPE con la autonomía de la voluntad.

La carencia de este concepto, por su parte, consiste precisamente en la omisión de la autonomía de la voluntad como elemento integrante del OPE, más que beligerante con él. Al tenor de las mismas definiciones citadas de Claro Solar y Cea Egaña, no puede negarse que la autonomía de la voluntad, en primer lugar, es un bien jurídico a proteger, y, en segundo lugar, pertenece

al OPE en calidad plena, y, más aún, es un pilar esencial del concepto. Hoy, ya en el siglo XXI, ¿podría afirmarse que el derecho a desarrollar una actividad económica no es parte del *“arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado”*?, ¿o parte de la organización del cuerpo social? ¿Podría decirse lo mismo del principio de igualdad o de la no discriminación arbitraria en materia económica?¹⁰⁶ En verdad, no hay razones conceptuales para excluir estos principios del OPE, pero en el veredicto “Deuda Subordinada” el Tribunal no los excluyó ni incluyó, probablemente porque tal cosa habría sido innecesaria al tenor de lo discutido.¹⁰⁷

4. ACTUAL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Llega el momento de formular un concepto de OPE acorde con la Constitución de 1980, atribuirle sus elementos más relevantes y fundamentar adecuadamente la propuesta.

4.1 Orden Público Civil y finalidad clásica del OPE

En páginas anteriores presentamos un panorama somero del surgimiento del concepto de OPE.

En ellas se comprobó que el concepto tradicional de Orden Público Económico nació para cumplir una función precisa, que es limitar la autonomía de la voluntad particular. Recuérdese que, a diferencia de las materias de orden público civil, los derechos económicos son esencialmente renunciabiles. Así, las normas de orden *público* se imponen por sobre las de orden *privado* para que éstas se subordinen a aquéllas.

En la filosofía de la definición ripperana, las estipulaciones privadas que colisionan con las de orden público deben entenderse subordinadas con estas últimas, ya que la autoridad, en uso de facultades conferidas en el área económica, tendría potestades para conducir la economía que se elevan por sobre la voluntad privada.

¹⁰⁵ Quien afirme que la autonomía de la voluntad económica no es una materia perteneciente al OPE, se enfrentará a severos desafíos conceptuales. Primeramente, le corresponderá explicar por qué las Bases de la Institucionalidad han reservado un lugar tan privilegiado a la libertad, como principio inspirador y fundante del Estado, y, sin embargo, este principio no tendría el mérito suficiente para incluirse en el OPE, que es precisamente comprensivo de los principios “e instituciones indispensables a la existencia del Estado” (Claro Solar). La más ardua tarea la tendrá, empero, frente a la existencia de una garantía constitucional que consagra tal autonomía económica (art. 19 N° 21), pero que se estimaría irrelevante para la economía de un país; y, finalmente, defender el porqué tal autonomía no revestiría carácter de organizadora de la economía, en un sentido filosófico.

¹⁰⁶ Para DOMINGO VALDÉS PRIETO, por ejemplo, el principio de la no discriminación arbitraria, y su consecuencial derivación para materias económicas, son parte de las bases esenciales de muchos ordenamientos comparados. Para Chile lo señala, desde luego, como explícitamente consagrado en las Bases de la Institucionalidad, a partir del artículo primero, incisos 1° y 5°. La discriminación arbitraria en el derecho económico (Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992), p. 31.

¹⁰⁷ LUIS CLARO SOLAR, XI Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, citado en el considerando 72° del fallo del Tribunal Constitucional, rol 207, caso “Deuda Subordinada”, en Fallos, ob. cit. en nota N° 172, pp. 285-315.

Este esquema nos parece obsoleto; parece dirigido a asegurar una obediencia jerárquica de ciertas normas sobre otras. Parece pretender asegurar que las leyes y actos nacidos al amparo del artículo 1545 del Código Civil se subordinen efectivamente a las normas de la autoridad cuando ésta regula la economía; buscan un efecto de eficacia potestativa, relacionada de alguna manera con el Estado de Derecho.

4.2 El OPE y la Pirámide Normativa: ¿por qué orden público? Crítica

Creemos, en definitiva, que el problema a que apunta la idea tradicional del OPE está suficientemente resuelto por la pirámide de la jerarquía de las normas, fundada en la supremacía constitucional que emana del artículo 6° inciso primero de nuestra Ley Fundamental.

Los particulares tienen derechos y deberes constitucionales, al igual que la autoridad, los que también alcanzan áreas económicas. Los ciudadanos tienen derechos subjetivos económicos que reclamar del Estado y éste estará obligado a reconocer materialmente su legítimo ejercicio, así como el Estado está investido de determinadas potestades regulatorias que, si ejercidas con pleno respeto de las garantías constitucionales, los gobernados deberán necesariamente obedecer.

En consecuencia, es del todo inoficioso pretender que determinadas normas económicas sean regulaciones estatales o estipulaciones contractuales, gocen de una supremacía especial que las habilite para imponerse sobre otras únicamente porque pertenecen al OPE. Dichas normas, si deben respetarse lo son porque han sido ubicadas por el constituyente, por el legislador, por el administrador, o bien, por el juez, en un lugar constitucional tal que deben obedecerse. Es decir, su imperatividad emana esencialmente de la jerarquía normativa y consecuencial distribución de funciones del poder estatal, y sólo accidentalmente del OPE. Dicho de otra forma: una norma administrativo-económica no es coercitiva por pertenecer al OPE, sino porque, si dictada con apego a la ley y a la Constitución, el Estado de Derecho envuelve su cumplimiento. Por el contrario, la misma norma administrativa, o incluso legislativa, no necesariamente por tratarse de una regulación económica —considerada por su autor como esencial y por ello perteneciente al OPE— obliga a los particulares si en su forma o su fondo contradice la Constitución.

Por estas razones, el concepto de orden público económico tradicional nos parece sobrepasado. A la vez, alienta confusiones y fomenta una interpretación contraria al espíritu de la ordenación económica constitucional. Recuértese que la Carta de 1980 revirtió desde sus bases la opción tradicional en esta materia, reconociendo a la persona supremacía por sobre el Estado y trasladando todo el poder estatal económico no regulatorio a los cuerpos intermedios creados

por los particulares, reservándose sólo por excepción una actuación subsidiaria¹⁰⁸.

En esta perspectiva, no hay necesidad de agregar el calificativo de “público” al orden económico, puesto que éste incorpora todos los elementos económicos presentes en la sociedad, públicos o privados. Ahora, si lo que se encuentra en análisis es el esquema básico del orden económico, aquel que, además, goza de supremacía constitucional y por ello se impone sobre el resto de las normas, entonces puede subrayarse su carácter de *público*. De hecho muchas de sus normas pertenecerán al Derecho Público, en cuanto relacionadoras del Estado con los particulares. ¿Quiere decir esto que sólo las normas que rigen la relación del Estado con los particulares deben obedecerse imperativamente por éstos? En absoluto, y como demostración, un ejemplo.

La garantía del derecho a desarrollar actividades económicas, en cuanto obliga a dos particulares vinculados contractualmente por una legítima actividad económica, no está regulando una relación Estado-particular ni pertenece, por tanto, al ámbito tradicional del derecho público, pero aun así debe respetarse. ¿Emana este deber de respeto de su carácter de norma de orden público económico? No necesariamente. Su obligatoriedad sólo emana de su carácter de garantía constitucional, reclamable de toda “*persona, institución o grupo*”, según reza el artículo 6° de la Constitución.

Las normas trascendentales del orden económico, entonces, no son otras que las abordadas con precisión en la Carta. Una serie de normas complementan el compartimento normativo del OPE, y su obligatoriedad, en ambos sentidos, dependerá de su conformidad con ella. Ante la ausencia de una presunción clara de cuál es el precepto económico correcto y cuál el que debe replegarse, surge la pregunta: ¿quién resuelve?¹⁰⁹

La respuesta nos lleva a un tema clave del nuevo OPE: la revisión judicial expedita, calificada e independiente.

4.3 Nuestra Definición de OPE bajo la Carta de 1980

Presentaremos la propuesta de un nuevo concepto de Orden Público Económico (OPE), a cuya definición le atribuimos diversos elementos descriptivos, por una parte, y de contenido sustantivo, por otra.

Nos parece que el Orden Público Económico extrae su naturaleza del concepto filosófico de *orden*, como “adecuada disposición de las cosas hacia su fin”. Luego, el orden económico no es un conjunto de leyes, de contratos

¹⁰⁸ Los artículos 1° inciso tercero y 19 N°21 de la Constitución son testimonios de una voluntad constitucional que no admite dos interpretaciones: la actuación del Estado, esencial en las funciones indelegables de regulación, es siempre excepcional en materia empresarial, y en todas ellas no podrá afectar la esencia de los derechos garantizados a los gobernados.

¹⁰⁹ En el concepto tradicional de Orden Público Económico la presunción de veracidad y legitimidad se atribuye a la autoridad: está regulando la economía y en ello no debe ser ininterferida por los particulares.

mucho menos de regulaciones administrativas cuya misión sea organizar la economía. Tampoco puede ser un grupo de medidas de toridad en cuanto dirigen la política económica, así como ha sido finida por Yrarrázaval.¹¹⁰ La contingencia es precisamente ajena al den económico que llamaremos público, porque éste se basa en valores rmanentes y opciones axiológicas, que, recogidas primeramente en la nstitución, están destinadas a orientar el comportamiento de los entes económicos en un marco integral único definido por el nstituyente.¹¹¹

Así entendido, el Orden Público Económico es el adecuado modo relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica esentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de s garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.

Son elementos descriptivos de esta definición, entonces, los siguientes:

- Adecuado modo de relación
- Todos los elementos económicos
- Garantías constitucionales
- Estado subsidiario
- Plena realización de la persona

Esta definición incorpora a la visión tradicional del OPE todos los más elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad. desde luego, se incorporan los elementos jurídicos, y entre ellos los más levantes son los elementos y opciones constitucionales, a los que habrán adecuarse todos los demás en virtud del principio de supremacía nstitucional del artículo 6° de la Carta Fundamental. En consecuencia, gislador y administrador, leyes y regulaciones administrativas, se clinan ante los elementos constitucionales que han sido la opción tegral del constituyente.

¹¹⁰ Véase ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, *Principios Económicos de la Constitución de 1980* en XIV Revista Chilena de Derecho (1987) p. 97 ss. Para Yrarrázaval, los modelos "pretenden ser un conjunto de objetivos, instrumentos y medidas de políticas económicas coherentes y apropiadas para las realidades contingentes de cada país", p. 98.

En esta formulación, seguimos parcialmente a la escuela "ordoliberal" alemana de la post-guerra. Como bien apunta DAVID G. GERBER, esta concepción difiere del liberalismo clásico en que éste pretendió que la economía debía estar divorciada de la ley y de la política, mientras la citada línea de pensamiento afirma que la eficiencia de la economía es fuertemente determinada por sus relaciones con el sistema legal y político. Los ordoliberales reconocían que las opciones políticas fundamentales —recogidas obviamente en la Constitución— crean las estructuras básicas de todo sistema económico. Hemos revisado en detalle el pensamiento de la escuela ordoliberal al enfrentar del tema de la constitucionalización de la economía. DAVID G. GERBER, ob cit. en nota N° 23, p. 25.

La definición propuesta le señala una meta al OPE: el bien común y la plena realización de la persona humana mediante la contribución económica de los diversos agentes. En este sentido, no es admisible que el OPE sea una idea neutra, meramente funcional, desligada de las opciones libertarias y subsidiarias de nuestra institucionalidad. Por ello, el Bien Común no se cita en términos vacíos sino concretos, en el sentido aludido por el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución. Descartamos, consecencialmente las que Avilés llama tesis funcionales y materiales de OPE¹¹², por cuanto no exhiben utilidad alguna en tanto cuanto existe un orden constitucional permanente que dispone valores sustantivos específicos. Su utilidad se radica, o más bien se radicó en su momento, en los tiempos en que la constitucionalización de la economía fue un fenómeno desconocido.

Nuestro concepto omite la voz "organizar" y "regular", porque no son de la esencia de un orden económico. La regulación y la organización ingresarán como simples elementos de naturaleza económica destinados a obtener el adecuado modo de relación; pero pueden ser escasos, irrelevantes o incluso desaparecer en ciertas áreas, o bien ser claves en otras, dependiendo del flexible movimiento del principio de subsidiariedad. Pero el OPE no se agota ni puede agotarse en regulaciones; sería un concepto escuálido, inocuo e intrascendente jurídicamente.

Finalmente, nuestra descripción eleva la obligación del OPE de asegurar el pleno disfrute de las garantías individuales de naturaleza económica, en un marco valórico informado por el principio de subsidiariedad. Esta inclusión es obvia: no se concibe un OPE desvinculado de la estructura económico-constitucional, dentro de la cual las garantías individuales de naturaleza económica son el eje.

4.4 Elementos del Orden Público Económico

Sugeriremos, entonces, sólo algunos de los elementos centrales del Orden Público Económico por la Constitución de 1980. Ellos son:

a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; h) Principio de la revisión judicial económica.

Nuestro concepto de OPE se formula en la línea de la idea constitucional de Bien Común. Todos los elementos económicos son parte del orden económico, no sólo los normativos emanados de "la autoridad", ni los

¹¹² Véase AVILÉS, ob cit. en nota N° 36, pp. 194 - 205

principios” que supuestamente le subyacen. Ahora, en este punto, ¿cuál es la gran diferencia con el concepto tradicional de OPE?

La respuesta se responde parcialmente con la sistematización efectuada en la sección consagrada al estudio de la constitucionalización de la economía y con la revisión comparada que se hará más adelante. En lo inmediato, interesa escudriñar si en los últimos años la doctrina nacional ha evolucionado en la dirección de un OPE más libertario, o permanece pegado a una noción dirigista del mismo.

1.5 La modernización de la doctrina nacional sobre OPE a contar de 2000

En este libro se ha venido demostrando que la doctrina nacional del derecho constitucional permaneció muchos años apegada a una noción regulatoria, planificadora y afrancesada de OPE. Lo mismo ocurre en general con los autores del derecho económico, civil y comercial. Hemos comprobado que la promulgación de la Constitución de 1980 no produjo cambios sustantivos en la forma doctrinaria de enfrentar el concepto, lo que ha venido influyendo en las Cortes y sus fallos hasta nuestros días.

A esa realidad, en 1998 opusimos la idea de una nueva definición de OPE centrada en la libertad e iniciativa privadas, recogida también por la primera edición de este libro *Derecho Constitucional Económico* (2001). Creemos que tal noción se aviene mejor con la Carta Fundamental que nos rige, según expresa constancia del Informe final de la CENC al entregar su anteproyecto, que persiguió que el OPE tuviera por objeto preservar la ‘capacidad creadora del hombre’, más que regularla o limitarla.

Esta situación cambia visiblemente a contar de los años 1999 y 2000. A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia, que continúa ajena al trascendental cambio jurídico habido en Chile, la doctrina nacional se ha modernizado notoriamente a contar del nuevo siglo.¹¹³ En un breve vistazo, un grupo de reputados autores del derecho público han publicado diversos trabajos con enfoques libertarios del orden público económico.

Entre éstos, se puede citar a Soto Kloss, quien insiste en la vocación del OPE como promotora de la iniciativa particular, según lo entendió la CENC.¹¹⁴ Roberto Guerrero del Río escribe nuevamente en 2001

sobre el tópico, adscribiendo a sus conceptos previos de OPE y evitando acentuar en él las potestades estatales, sino más bien la relación de éstas con las libertades del individuo.¹¹⁵

Finalmente, a contar de 2000 hay un buen cúmulo de trabajos en similar orientación, proveniente entre otros de la profesora Olga Feliú,¹¹⁶ del civilista Enrique Alcalde Rodríguez¹¹⁷, y del constitucionalista Enrique Navarro Beltrán.¹¹⁸ Mientras, el libro publicado por el ex miembro de la CENC, profesor Sergio Diez Urzúa, se mantiene enfocando el OPE desde una perspectiva más bien tradicional, al señalar que es el “conjunto de normas marco o generales, contenidas en la Constitución Política, que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos”.¹¹⁹

Por último, debe citarse el trabajo del profesor Teodoro Ribera Neumann, quien ingresa decididamente al grupo de autores que entienden al OPE como un concepto que “tiene por objeto evitar la implementación de un sistema económico basado en la intervención o en la planificación estatal”.¹²⁰

Celebramos que todos estos autores se ordenen en torno a una visión de OPE entendida como un grupo de valores, normas y principios destinados a promover la libertad de las personas en materia económica. O a promover la “recta ordenación de ellos”, según propusimos en nuestra noción. Algunos han reconocido el aporte de nuestra definición de 1998 publicada en *Informe Constitucional* ese año y en *Derecho Constitucional Económico* (primera edición) en 2001, otros han formulado las suyas; todos en definitiva se incorporan a la reacción doctrinaria nacional a partir del 2000 que busca con mayor intensidad —a 20 años de vigencia de la Ley Suprema de 1980— desterrar la vieja concepción francesa del OPE como un catálogo de imposiciones, planificaciones y sanciones económicas del Estado que los ciudadanos deben obedecer postergando su autonomía.¹²¹

113 Como ejemplo de la inmutabilidad judicial, véase fallo en Recurso de Amparo Económico caratulado “Gerdau Aza S.A. y Compañía Siderúrgica de Huachipato S.A. con Comisión Nacional de Exportaciones”, rol N° 2420-01 (Corte de Apelaciones de Santiago). El considerando 8° dice: “(...) El libre ejercicio de una actividad económica (...) tiene su límite en el Orden Público Económico y en las normas legales que regulan la actividad. La jurisprudencia ha entendido, a este respecto, que el recurso (de amparo económico) está referido al derecho objetivo y genérico, a la lesión al Orden Público Económico general, no al perjuicio de un sujeto o al menoscabo de intereses particulares, lo cual sería propio de un recurso de protección”.

114 EDUARDO SOTO KLOSS, *La actividad económica en la Constitución Política de la República*, en *Ius Publicum* 2 (1999), p. 121.

115 ROBERTO GUERRERO D., *Orden Público Económico*, en 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001; editor ENRIQUE NAVARRO B., p. 313.

116 OLGA FELIÚ S., *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 1, 2000, p. 74.

117 ENRIQUE ALCALDE R., *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, en *Revista Actualidad Jurídica* N° 4 (2001), p. 90. El reconocimiento de una nueva idea de OPE por parte de un exponente del derecho privado, reputado autor del derecho civil, es un avance a destacarse. La doctrina tradicional del derecho civil chileno tiende a permanecer en las categorías creadas en la materia por GEORGES RIPERT en 1927, siéndole ajeno el fenómeno constitucional.

118 ENRIQUE NAVARRO B., *El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Público* N° 62 (2000), p. 32.

119 SERGIO DIEZ U., op. cit. en nota N° 40, p. 182.

120 TEODORO RIBERA N., *La potestad tributaria del Estado*, en *Revista de Derecho Público* N° 62 (2000), p. 22.

121 Las nuevas generaciones intelectuales están siendo naturalmente permeadas con estos conceptos. Tesis, Memorias de Grado y otros trabajos académicos suelen citar nuestra definición de 1998. También algunos fallos de Cortes de Apelaciones. Como ejemplo, véase de la U. de Talca la tesis *Evolución del Concepto de OPE en la Doctrina Nacional*, de JORGE GONZÁLEZ, 2003. En este trabajo se incluye entrevista al Ministro de la Corte de Apelaciones de Talca, Rodrigo Biel, quien declara conocer las definiciones de OPE de los profesores “CEA, GUERRERO DEL RÍO y FERNANDOIS”.