

## EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1980

*Arturo Ferrandois Vöhringer<sup>1</sup>*

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto y contenido del Orden Público Económico: 1. Conceptos Preliminares. 2. El Orden Público Económico en la Doctrina. 2.1. El contenido dirigista y la influencia de Ripert. 2.2. Gérard Farjat. 2.3. Doctrina Nacional anterior a la Constitución de 1980. 2.4. Guerrero del Río. 2.5. Argumentos para una crítica. 2.6. Propuesta de Avilés Hernández. a) Concepto de Avilés. b) Evaluación y crítica. III. Actual contenido del Orden Público Económico: 1. Orden Público Civil y finalidad clásica del Orden Público Económico. 2. El Orden Público Económico y la pirámide normativa: ¿por qué orden público? 3. Nuestra definición de Orden Público Económico bajo la Carta de 1980. 4. Elementos del Orden Público Económico.

### I. INTRODUCCIÓN

Se ha vuelto prioritario profundizar sobre el concepto, contenido y alcance del Orden Público Económico (OPE). Este término es aludido constantemente por la jurisprudencia, invocado por la doctrina, defendido por los particulares y justificado por la autoridad. Esta diversidad de agentes sirviéndose de una misma idea económico-constitucional despierta sospechas doctrinarias, motivándonos a indagar en la esencia del concepto o, incluso, a resolver previamente si existe tal esencia.

El resultado de nuestra breve investigación es alarmante para el mundo jurídico: no hay certidumbre alguna sobre la esencia del OPE en nuestro medio. Existen definiciones doctrinarias y reconocimientos judiciales de la misma, pero su aplicación aparece justificando resultados económico-constitucionales tan diversos, que no quedan dudas acerca de la ambigüedad y difusas fronteras en que nuestro objeto de comentario ha navegado durante los últimos años.

Quienes hemos sido formados jurídicamente bajo el imperio de la Constitución de 1980 y su opción económica, apreciamos con mayor claridad las tendencias divergentes acerca del OPE. Mientras para algunos autores y una buena cantidad de sentencias judiciales el OPE aparece como

---

<sup>1</sup>Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

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”<sup>4</sup>.

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*<sup>5</sup>. 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 y funesta nos parece esta definición para los objetivos perseguidos por el constituyente al modelar la noción actual de OPE.

Indagar por aproximaciones doctrinarias anteriores a la Constitución de 1980 resulta aún más frustrante. 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.

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.

## 2. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO EN LA DOCTRINA

### 2.1. *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

---

Así, los particulares gozan de normas constitucionales de orden económico, incluyéndose éstas en el concepto mismo. Como se verá en el espacio destinado al análisis crítico, la desvirtuación proviene no de esta distinción de planos, sino de los énfasis que la definición de Cea lleva explícitos y que constituyen el eje de su definición.

<sup>4</sup>Víctor Manuel Avilés Hernández, *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Editorial Conosur. Santiago de Chile. 1998, p. 208.

<sup>5</sup>José Tomás Hurtado Contreras, *El Orden Público Económico en la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1981, p. 101.

vigente en su nacimiento<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>.

El comienzo 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<sup>8</sup>. En su obra, *Le Régime Démocratique*, como recuerda Avilés, Ripert había propuesto la idea de un orden público económico: ...junto a la organización política del Estado, hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un Orden Público Económico<sup>9</sup>.

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 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.

## 2.2. Gérard Farjat

Prácticamente todos los autores que han escrito sobre el orden público económico se remiten a Gérard 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*<sup>10</sup>. 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,

---

<sup>6</sup>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.

<sup>7</sup>Como nos recuerda Luis Montt Dubournais, la definición con que nació el OPE pertenece a Farjat: *Droit Economique* (Paris. Ed. Puf. 1971) es 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 (*ob. cit.*, nota 5): "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.

<sup>8</sup>Georges Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne* (Paris. LGDJ. 1948).

<sup>9</sup>Avilés, *ob. cit.*, p. 194; y Ripert: *Le Régime Démocratique* (París, 1936).

<sup>10</sup>Véase Farjat, *ob. cit.*, p. 39.

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<sup>11</sup>.

Como se ve, existe un reduccionismo en las citas a Farjat, lo que no le resta dirigismo a su definición<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>.

### 2.3. Doctrina nacional anterior a la Constitución de 1980

Es aventurado clasificar la doctrina nacional entre aquellos trabajos anteriores de aquellos posteriores a la Constitución 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<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup>Nuestra ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997, desempeña la misma función del *Ordre Public Economique de Protection* en la idea de Farjat, puesto que interviene en las relaciones contractuales económicas para proteger a quien identifica como débil en una relación desequilibrada. 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*.

<sup>12</sup>Es el mismo Farjat quien subraya el peligro del concepto de OPE en manos de una economía socialista: la planificación autoritaria sobre los contratos. Véase Gérard Farjat, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>13</sup>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 citársele.

<sup>14</sup>Eduardo Novoa Monreal, "La Legislación penal en materia económica", conferencia publicada en *La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile* (Valparaíso. UCV. 1962).

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"<sup>15</sup>. Luego de revisar el activo papel que corresponde al Estado en el desarrollo económico y en su planificación<sup>16</sup>, el contenido que finalmente atribuye al OPE tiene el extraordinario valor de rescatar aun 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*<sup>17</sup>.

A esa fecha, la Carta de 1980 estaba en preparación; se desconocía 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<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup>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.

<sup>16</sup>Aimone afirma: "...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." Véase *ob. cit.* Nota 15, p. 150.

<sup>17</sup>Luis Montt Dubournais, *ob. cit.*, p. 113.

<sup>18</sup>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

ta, en nuestro ordenamiento, emana del principio de subsidiariedad, el que debe aplicarse siempre con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales<sup>21</sup>.

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*<sup>22</sup>. En él, con sereno orgullo hemos sido citados por este autor como quienes hemos propuesto un concepto *que es el que más se ajusta a una definición de orden público económico...* Se refería Guerrero a la definición de OPE que planteamos en abril de 1998, en Informe Constitucional N° 1722, de 2 de abril de 1998<sup>23, 24</sup>.

Aquí, Guerrero rescata nuestra definición, porque en sus palabras se engarza *dentro de una nueva institucionalidad basada en la preservación de una sociedad fundamentalmente libertaria, en que los individuos son libres de decidir su destino, con limitaciones sólo en la medida que afecten el bienestar e integridad del resto, con una promoción de la desconcentración del poder que implica aplicar a lo largo de toda la estructura institucional el principio de la subsidiariedad*<sup>25</sup>.

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 Jaederlund, 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,

---

<sup>21</sup>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 les son propios", *ob. cit.* 20, p. 83.

<sup>22</sup>Roberto Guerrero del Río, "Consideraciones en torno al Orden Público Económico y los Tributos Manifiestamente Desproporcionados e Injustos", en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae N° 2 (1998), pp. 107-116.

<sup>23</sup>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, a que alude el referido autor.

<sup>24</sup>Nuestra definición de OPE aparece también citada en la obra de John Jaederlund Lütecke, *El Recurso de Amparo Económico*, Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 1999, p. 24.

<sup>25</sup>Guerrero, *Consideraciones...*, *ob. cit.*, p. 24.

Finalmente, destaca que las tesis situacionales son aquellas que contemplan como eje central del concepto la noción filosófica de *orden*<sup>29</sup>.

a) *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*<sup>30</sup>.

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.<sup>31</sup>

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 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.

---

<sup>29</sup>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.*, pp. 188 y 189.

<sup>30</sup>Avilés, *ob. cit.*, p. 218.

<sup>31</sup>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*.

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, pre-jurídico 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).

#### b) 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 fundamentaremos 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, debe agregarse como antecedente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, punto que omitimos aquí en afán de brevedad.

### III. 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.



## 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 renunciables. 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 de Ripert, las estipulaciones privadas que colisionan con las de orden público deben entenderse subordinadas a estas últimas, ya que la autoridad, en uso de facultades conferidas en el área económica, tiene potestades para conducir la economía que se elevan por sobre la voluntad privada.

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.

## 2. EL OPE Y LA PIRÁMIDE NORMATIVA: ¿POR QUÉ ORDEN PÚBLICO?

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 esencial-

mente 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. Recuérdese 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 subsidiaria<sup>32</sup>.

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,

---

<sup>32</sup>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.

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 demás elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad. Desde luego, se incorporan los elementos jurídicos, y entre ellos los más relevantes son los elementos y opciones constitucionales, a los que habrán de adecuarse todos los demás en virtud del principio de *supremacía constitucional* del artículo 6° de la Carta Fundamental. En consecuencia, legislador y administrador, leyes y regulaciones administrativas, se inclinan ante los elementos constitucionales que han sido la opción integral del constituyente.

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, consecuentemente, las que Avilés llama tesis funcionales y materiales de OPE<sup>36</sup>, 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 desde el punto de vista jurídico.

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

---

<sup>36</sup>Avilés, *ob. cit.*, pp. 194-205.

económico-constitucional, dentro de la cual las garantías individuales de naturaleza económica son el eje.

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

La respuesta va a emerger en el estudio de la constitucionalización de la economía\*.

---

\*Este artículo es parte de un trabajo mayor que el Prof. Fernandois ha elaborado sobre el tema, y que se encuentra en curso de publicación.

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?<sup>33</sup>

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

### 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 ni mucho menos de regulaciones administrativas cuya misión sea organizar la economía. Tampoco puede ser un grupo de medidas de autoridad en cuanto dirigen la política económica; así como ha sido definida por Irarrázaval<sup>34</sup>. La contingencia es precisamente ajena al orden económico que llamaremos público, porque éste se basa en valores permanentes y opciones axiológicas, que recogidas primeramente en la Constitución, están destinadas a orientar el comportamiento de los agentes económicos en un marco integral único definido por el constituyente<sup>35</sup>.

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

---

<sup>33</sup>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 interferida por los particulares.

<sup>34</sup>Véase Arturo Irarrázaval Covarrubias, "Principios Económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen XIV (1987), p. 97. Para Irarrázaval, 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).

<sup>35</sup>En esta formulación, seguimos parcialmente a la escuela "ordoliberal" alemana de la posguerra. 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 *depende* de 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. Revisaremos en detalle el pensamiento de la escuela ordoliberal al enfrentar del tema de la constitucionalización de la economía. David G. Gerber: "Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law, and the 'New' Europe", en *XLII The American Journal of Comparative Law* (1994) p. 25.

en lo relativo a los valores económicos esenciales definidos como tales por la sociedad, en su Constitución Política<sup>26</sup>.

### 2.5. 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:

- a) 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);
- b) Prescinden de la jerarquía normativa y en particular de la supremacía constitucional, sólo por referirse a materias económicas;
- c) Se orientan única e innecesariamente a justificar la imperatividad de las regulaciones económicas estatales, omitiendo sistemáticamente los elementos realmente fundantes del sistema económico constitucional.

### 2.6. 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<sup>27</sup>.

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*<sup>28</sup>.

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, indica la definición de este autor como ejemplo de noción material de OPE.

<sup>26</sup>John Jaederlund, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>27</sup>Véase Avilés, *ob. cit.*

<sup>28</sup>Avilés, *ob. cit.*, p. 197, citando la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 13 de marzo de 1954, publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 41, 2ª parte, sección 4ª, p. 124.

Como adelantáramos anteriormente, 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 riperiana, sin recoger ni asimilar la intensidad de la nueva propuesta económica de la Carta<sup>19</sup>.

#### 2.4. 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 Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, 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 *La Constitución Económica*, de 1979, que no habría de tener, hasta el día de hoy, equivalente alguno en claridad y profundidad de comprensión del nuevo orden inaugurado el 11 de marzo de 1981<sup>20</sup>.

Guerrero identificó con precisión en ese trabajo 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 respues-

---

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.*, pp. 115 y 117, respectivamente.

<sup>19</sup>José Luis Cea, *ob. cit.* y José Tomás Hurtado, *ob. cit.*

<sup>20</sup>Véase Roberto Guerrero del Río, "La Constitución Económica", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen VI (1979) pp. 79-94.

una proyección más del concepto civil de orden público y, por tanto, barrera infranqueable para la autonomía de la voluntad, fundamento omnipotente de las potestades económicas de la autoridad y subordinación indefectible del particular a ella, nosotros propugnamos una interpretación más fidedigna, armónica con el resto del ordenamiento y operativa del concepto.

En efecto, formularemos un nuevo concepto de OPE que enfatiza su vocación de garantía constitucional para los gobernados, más que su naturaleza justificante de potestades estatales; su perspectiva ordenadora del poder económico estatal, más que su elemento legitimador del mismo; su contenido objetivo y opción doctrinaria clara, armónica con la primacía del hombre sobre el Estado que proclama la Carta, más que su ambigüedad, incertidumbre e indeterminación esencial.

Una propuesta como ésta nos permitirá formular fundadamente la que creemos es la más genuina interpretación de las diversas garantías que emanan de cada uno de los numerandos, económicos del artículo 19° de la Constitución, en los que reinan fuertes contradicciones interpretativas emanadas del Poder Judicial.

## II. EL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

### 1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Existe una notoria desproporción en la producción doctrinaria sobre el OPE en relación a la utilización que se hace de él. Entre la escasez de autores nacionales en la materia, justo es reconocer que el concepto más difundido es el propuesto por Cea Egaña: *el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución*<sup>2</sup>.

Es probable que se deba a la acción de la jurisprudencia, que, como veremos, ha recogido constantemente esta precisa definición, o bien al énfasis que Cea coloca en los vocablos eje de su definición, *organizan y regularla*, pero esta aproximación al Orden Público Económico ha dado lugar a la desnaturalización de su contenido en el sentido que anotábamos en la introducción<sup>3</sup>. Avilés Hernández reprocha a la obra pionera de Cea

<sup>2</sup>José Luis Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1988, p. 158.

<sup>3</sup>La aproximación de Cea, por sí sola no puede ser objetable; es más, el autor incluye en el OPE tres planos distintos. El primero lo constituyen las normas y principios que rigen la acción del Estado. El segundo, aquellas que regulan las relaciones entre el Estado y el sector privado; y el tercero aquellas normas que son exclusivamente aplicables a los particulares.