

PRESENTACIÓN DEL LIBRO

“DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO”, DEL PROFESOR ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER

Santiago, 26 de abril de 2001

Enrique Alcalde Rodríguez

Vicedecano de la Facultad de Derecho

Para la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la presentación del libro *“Derecho Constitucional Económico”*, de don Arturo Fernandois Vöhringer, constituye un profundo motivo de orgullo. Más allá del calificativo de “lugar común” que pudiera, a primera vista, atribuirse a tal afirmación en el marco de una ceremonia de este tipo, lo cierto es que ella obedece a un sentimiento surgido a partir de una estricta observación de nuestro propio entorno y realidad.

Quisiera, con unas muy breves palabras, procurar explicar el porqué.

En primer lugar, en este día uno de nuestros profesores jóvenes da un paso relevante –probablemente el más trascendental hasta ahora– en lo que ha sido una destacadísima carrera docente, que responde además fielmente a las expectativas que esta Facultad pudo forjarse al verlo salir de sus aulas como un brillante egresado. El solo hecho de hallarnos hoy reunidos para presentar esta obra, sirve de claro testimonio al esfuerzo y dedicación con los cuales el profesor Fernandois se ha planteado la labor académica, en una Casa de Estudios que –aunque huelgue decirlo– no reduce su función a la mera transmisión de datos o antecedentes necesarios para ejercer una determinada profesión.

Como es sabido, escribir un libro no constituye tarea nada fácil o trivial. El hacerlo exige pasar de la idea a la acción; de la potencia al acto, siendo también comparable, aunque metafóricamente hablando, con el hecho del parto. De igual modo, escribir un libro compromete un tiempo de investigación y concentración cada vez más escaso y esquivo bajo los parámetros de la vertiginosa

vida actual. Y si, además, aquel libro rehuye la cómoda tentación de compendiar y reproducir lo que otros ya han dicho, aventurándose a formular nuevas propuestas, entonces el libro ya se puede llamar una “obra”, como no dudo en calificar aquella que hoy presentamos.

En segundo lugar, también motiva nuestro sentimiento de orgullo examinar el contenido mismo del texto que sale a la luz. En este sentido, la obra que nos entrega el profesor Fernandois aparece en un momento histórico en el cual las conclusiones a que arriba y, aun antes que eso, el punto de partida en que basa su análisis, son particularmente relevantes. Baste considerar, para ello, el que en esta sociedad que se ha dado en llamar a sí misma “postmoderna”, parece imponerse la creencia de que todo es relativo y debe ser apreciado desde una órbita esencialmente –y a ratos excluyentemente– pragmática. De manera adicional una tal actitud se ve agravada por la circunstancia de que la solución que se plantea para muchos de los problemas que de forma vulgar se califican de “reales”, las más de las veces prescinde por completo, casi de manera dogmática, de todo intento o vocación por comprender los fundamentos de las propuestas que con tales objetos se formulan.

Entre los factores que sin duda han contribuido a generar este ambiente, podemos identificar la ausencia de criterios normativos objetivos, que trasciendan la consideración del individuo como un fin en sí mismo o, en el otro extremo, como un mero engranaje de una estructura social a la que aquel se subordina y somete en aras de un supuesto “bien común” o “general”. Se suma a lo anterior, la circunstancia de haber heredado una

tradición histórica que sobre la base de un culto irrestricto a la ley —entendida en su acepción meramente formal— y una exacerbada desconfianza hacia la función judicial, prodigó un total desprecio hacia todo aquello que de alguna manera pudiera escapar de los designios de un legislador omnipresente, capaz de prever y regular *a priori* toda actividad humana de relevancia jurídica o social.

Como resultado de lo dicho, ya casi no asombra ver cómo en ocasiones se invocan, prescindiendo de su real contenido y efectos, conceptos cuyo solo nombre parece otorgar “patente de corso” para configurar violaciones a principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico. Una de estas nociones es, precisamente, la del *orden público económico* de la que trata la obra del profesor Fermandois. Es así como advertimos que tal concepto tiende a ser esgrimido por autoridades regulatorias como argumento para justificar la total o parcial abolición de garantías y derechos fundamentales de la persona. Por la inversa, son escasas las oportunidades en las cuales se pone de relieve la indisoluble relación que debe darse —y sobre todo respetarse— entre dicho concepto y las exigencias que en este ámbito derivan de la propia naturaleza humana. En otras palabras, se olvida por algunos que siendo todo “orden” la recta o adecuada disposición de las cosas hacia su fin, en el caso del denominado “orden público económico”, la determinación de su misma finalidad —y a la cual, por tanto, habrá de dirigirse cualquier preceptiva que pretenda incluirse en él— impone la necesidad ineludible de tener en cuenta los principios esenciales que nuestro constituyente consagró en el capítulo dedicado a las Bases de la Institucionalidad. Con singular intuición pareció advertir el peligro que entraña este olvido, la propia comisión que tuvo a su cargo el estudio de la actual Constitución Política, la cual, al referirse al punto, precisó que la expresión misma de *orden público económico* debe ser entendida como el conjunto de *normas fundamentales*, destinadas a *preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común.

Guardando plena coherencia con estas ideas, la doctrina social de la Iglesia no vacila en reconocer que constituye un *derecho* el de la *iniciativa económica*, siendo una *primera incumbencia del Estado la de garantizar la libertad individual y la propiedad*, de modo que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente. En cambio —continúa diciendo el Magisterio— el deber que también pesa sobre el Estado en el sentido de encauzar el ejercicio de los derechos humanos en el sector econó-

mico, no le corresponde como finalidad primera y directa; residiendo tal responsabilidad en *cada persona* y en los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad.

Ahora bien, la sola lectura del novedoso concepto que del OPE nos formula el profesor Fermandois, y del cual, como es natural, deduce trascendentes consecuencias o efectos, se colige que la perspectiva con la cual el tema debe ser abordado no puede prescindir de la genuina concepción a que adhiere nuestro constituyente con respecto a las nociones de “persona” y “sociedad”, la cual determina, en definitiva, que la segunda se subordine a la primera en cuanto constituye una entidad que le es ontológicamente superior. Desde este punto de vista, nos parece notable que el autor no recurra a la manida utilización de conceptos vinculados a la “regulación” como supuesto esencial para explicar —y lo que es aún peor— fundamentar el contenido del OPE. Precisamente ha sido esta la visión predilecta de quienes han querido justificar intervenciones estatales arbitrarias, con flagrantes atropellos a la libertad en materia económica. En esta misma línea, creemos relevante hacer notar el interesante repaso y posterior fundamentación que el autor dedica al principio referido a la interdicción de la arbitrariedad en el plano económico. Para ello, abandona las categorías doctrinarias gastadas y, en el hecho, muchas veces tautológicas con las cuales ha sido común aproximarse a estos temas y nos plantea, en cambio, con singular brillo —y acompañado aquí de la doctrina constitucional francesa contemporánea— aquellos que llama “*elementos del juicio discriminatorio no arbitrario*”, tópico en el cual el libro alcanza uno de sus puntos más altos de reflexión.

Tanto las ideas que brevemente he querido enunciar, como otras muchas que podrían destacarse en el libro del profesor Fermandois, sin duda podrán ser comentadas —con la competencia y propiedad que su calidad les confieren— por el profesor Cumplido y por mi apreciado maestro don Guillermo Bruna. Para terminar, por tanto, únicamente reiterar el que es este un día especialmente importante para nuestra Facultad de Derecho: un profesor joven, convertido en uno de los líderes de su generación académica, nos prestigia con una obra profunda, útil y moderna en el Derecho Público; redactada, además, con un estilo ágil, ameno y dotado de aquel “realismo” que solo puede proporcionar una práctica profesional del derecho que, como en el caso del autor, contribuye a enriquecer el producto de su pluma. Y más allá de todo eso, Arturo Fermandois ha honrado con holgura el latín *facta, non verba*.

Muchas gracias.

Guillermo Bruna Contreras

Profesor de Derecho Constitucional
Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional

Arturo me ha puesto en difícil situación, al solicitarme que copresente este libro de su autoría, primero, porque me envió el texto hace muy pocos días —dándome así un trato discriminatorio negativo— y segundo, por citarme nominalmente en sus agradecimientos, como si yo hubiera hecho algo por él en la preparación de este libro, cosa que niego, incurriendo en otra discriminación, esta vez positiva, que podría conducirme a juzgar su obra sin la independencia y ecuanimidad que deben adornar a un crítico.

Quiero asegurar a los asistentes que no asumiré el carácter de juez sino el de presentador, sin objetividad, con todo el compromiso emanado del conocimiento, afecto y amistad que me unen a Arturo, quien hace algún tiempo fue mi auxiliar en la cátedra y asociado en mi oficina, y quien es actualmente comentarista destacado en "Informe Constitucional".

Vínculos y contactos por tanto tiempo y tan firmes no se establecen sobre la nada, sino sobre afinidades en cosas, temas y valores que son sustantivos e importantes para las personas. De ahí que mi primera afirmación sobre este libro es declarar que él no tiene nada de neutro, sino que, por el contrario, es de un claro y decidido compromiso con la Constitución de 1980 y su contenido libertario, con especial énfasis en su aspecto económico, conducta con la cual me confieso identificado y complacido.

Desde luego debo expresar mi coincidencia con Arturo en apreciar la Constitución de 1980 como un avance histórico monumental en el reconocimiento y aseguramiento de los derechos naturales del hombre, como jamás se había hecho en Chile en textos similares; el reconocimiento de la superioridad esencial del hombre sobre el Estado, la subsidiariedad de este y su servicialidad, sin restar importancia a su condición de sociedad necesaria para el hombre y de ser insustituible en el cumplimiento de ciertas tareas.

La convicción de Arturo sobre estos puntos, pura e incondicional, lo lleva a tomar una bandera de lucha para convencer a quienes no lo están, y para reforzar a los ya convencidos, de los valores libertarios de la Constitución y alertar y corregir sobre las malas lecturas, malas comprensiones y malas aplicaciones legislativas, administrativas y judiciales de nuestra Constitución.

Si debiera limitarme a destacar un solo valor de este libro, este sería, sin dudas, la consecuencia firme, constante, inalterable e inalterada, de sostener que la constitución económica se sustenta en la libertad de iniciativa y en la igualdad en

el trato que desde el Estado merecen las personas, Estado que no solo debe ser subsidiario, sino fomentador de tales libertad e igualdad, regulando legislativamente las actividades económicas.

Mis afirmaciones no solo son trasuntos de la lectura del libro, sino un reconocimiento explícito de su autor, quien declara que su trabajo "...persigue no solo sistematizar doctrina y jurisprudencia del orden público económico y sus garantías. Se propone también y más significativamente, identificar los muchos problemas de interpretación constitucional tradicionalmente insolutos en nuestro catálogo de derechos económicos; aportar elementos para una solución acorde con la primacía del hombre sobre el Estado y motivar a legisladores, jueces y abogados a avanzar en el entendimiento progresivo de una visión personalista del sistema constitucional".

Este primer tomo contiene tres partes muy importantes y bien diferenciadas. El orden público económico, la libertad económica y la no discriminación arbitraria.

Respecto de lo primero, del orden público económico, expresa su disconformidad con la doctrina y jurisprudencia conocidas —salvo contadas excepciones— y emprende una difícil tarea, la que espero más temprano que tarde rinda sus merecidos frutos. Nos dice, por ejemplo "...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 ordenada 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".

Arturo no improvisa, ha dedicado mucho estudio doctrinario, jurídico y económico, nacional y comparado, al llamado orden público económico, y desmenuza cada vocablo, cada concepto y cada intención hasta llegar a despejar las menudencias y limpiar el hueso. Sus investigaciones han sido profundas y completas, la libertad de comercio no fue ajena al constitucionalismo de fines del siglo XVIII, pero tampoco fue su preocupación principal; solo después de la Segunda Guerra Mundial se intensifica la preocupación por los derechos económicos, pero mientras en algunos países se afirma la libertad del hombre como objeto y fin de la economía y de la legislación, en otros se crea una intervención del Estado que llega a ser monstruosa y asfixiante de aquella libertad, de-

clarando todos, eso sí, que se está organizando un orden público económico. El autor no cae en tentaciones fáciles y no confunde los tópicos constitucionales con la contingencia política.

Con razón afirma que el campo propio de una constitución política, en lo económico, sea "el de las definiciones básicas del sistema económico", sin adoptar modelos económicos ni formular políticas económicas. Así estima que ha procedido la Constitución de 1980, para la cual las bases se refieren a tres aspectos: a) las potestades regulatorias e intervencionistas del Estado en la economía y la forma en que se ejercen y revisan, b) el tema del Estado empresario y su relación con el individuo, y c) las garantías económicas del ciudadano.

Sin eludir riesgos ni evitar responsabilidades, cual moderno caballero andante, Arturo Fermanois nos entrega su propio concepto de Orden Público Económico, no sin antes analizar, criticar y prescindir de definiciones de algunos autores, a los que cita con nombres y apellidos, hecho que sin ser yo adivino, le auguro le traerá reacciones de los afectados y críticas a su propio trabajo, circunstancias que estoy seguro ha previsto y que estoy cierto él ha decidido enfrentar.

El libro es polémico, condición que el autor no busca pero que tampoco esquiva, pues lo veo convencido de que tiene razón en sus conceptos y que él quiere "desfacer los entuertos" que la mala doctrina y mala jurisprudencia han venido asentando en nuestro medio jurídico.

El profesor Fermanois aborda el contenido del Orden Público Económico en Chile y analiza los principios y garantías, tanto positiva como negativa.

Su propósito es tratar los temas vinculados con la materia, no desperdiciar ninguno y no dejar de lado nada. Digamos que es muy ambicioso en sus metas y permanentemente muestra su compromiso intelectual y plena convicción sobre las bondades de la Carta de 1980. El tema de la primacía del hombre sobre el Estado, a su juicio, comprendería todos los demás principios, incluido el de subsidiariedad y desde luego el de libertad económica, todos conformando el bien común. Sin embargo y para fines pedagógicos, trata uno a uno los principios que él estima pertenecen al OPE chileno:

- Primacía del Hombre y el Principio de Autonomías Sociales
- Principio de Subsidiariedad Económica
- Principio de Interdicción de la Arbitrariedad: Igualdad y No Discriminación Económica Arbitraria.
- Principio de Propiedad Privada
- Principio de la Revisión Judicial (Económica)

- Principio de la Reserva Legal de la Regulación Económica y
- Principio de la Política Monetaria Independiente y Disciplina del Gasto Fiscal.

Muy interesante y positiva me parece la inclusión, como principio, de la revisión judicial económica. El cree y así lo dice, que "...el OPE solo es servido con eficiencia si la revisión judicial económica dispone de suficientes acciones cautelares o sustantivas ante órganos jurisdiccionales independientes y sujetas a una tramitación veloz. Creemos que la creación de esta clase de instrumentos —dice— ha sido la tendencia creciente luego de la aparición del Recurso de Protección, pero subsisten aún, en pleno siglo XXI, pequeños espacios de verdadera extraterritorialidad constitucional, zonas extrañas en la práctica de esta clase de controles".

El cita como "zonas grises" respecto de las cuales aún no hay control judicial, los casos de los Autos Acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y los Reglamentos Internos de las Cámaras del Congreso, pero yo agregaría muchos otros en que los propios Tribunales de Justicia renuncian al control, mediante declaraciones suyas de inadmisibilidad de acciones o recursos, bajo distintos motivos o excusas, respecto de leyes especiales o de ciertas autoridades, respecto de las cuales los particulares quedamos prácticamente desprotegidos.

En una enumeración de las acciones y recursos constitucionales y legales en materias económicas, me parece que ella no es completa ni exhaustiva, lo que demuestra la difícil tarea que el autor se propuso. Creo, por ejemplo, que faltarían los casos de leyes en materias eléctricas y de administradoras de fondos de pensiones e isapres.

El análisis de la libertad para desarrollar actividades económicas es muy original y franco, lo que nuevamente puede hacer que esta obra sea polémica. Para Arturo esta libertad debe interpretarse más allá de lo puramente económico y referirse a toda la Constitución como un sistema, valiéndose de la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual "para expresar el verdadero sentido y alcance de las normas constitucionales, es necesario considerar los principios básicos en que descansa la Carta Fundamental expresados, explícita o implícitamente, en preceptos que tienen atinencia con el problema que se estudia".

Su defensa de la libertad económica es valiente, clara y decidida, insistiendo en el contraste con la ausencia de garantías que sufrimos en la legislación y jurisprudencia anteriores a 1980.

Interesante es, por cierto, el análisis detallado y cuidadoso que realiza sobre los conceptos de límites, prohibiciones, suspensiones, restricciones y regulaciones de las garantías económicas, estudiando no solo nuestra propia Constitución, sino también muchas leyes y Códigos que incursionan en el tema con variados resultados y hasta Pactos Internacionales vigentes en Chile, muy citados en materia de defensa de los derechos humanos, como el de San José de Costa Rica y otros, los que el autor destaca no reconocen el derecho a la libre actividad económica ni tratan las restricciones al Estado empresario.

Aborda en doctrina, legislación y jurisprudencia la defensa de la libre competencia, que no tiene rango constitucional, pero que indudablemente es consecuencia de la libertad económica general reconocida.

Igualmente aborda los conceptos de legalidad y legitimidad en el ejercicio de esta libertad, con abundante y acertada jurisprudencia, doctrina e historia.

Su estudio es serio, aunque difícilmente puede ser completo; es que hay tantos y tan variados casos, que solo a través de monografías podría pretenderse agotar uno de estos temas. Piénsese, por ejemplo, en toda la problemática que las leyes de urbanismo y construcción, o la propia de Municipalidades nos brindan, con permisos, concesiones, líneas de edificación, coeficientes de constructibilidad, uso del suelo, densidades, patentes, las que Arturo analiza como puede hacerse en un libro cuyo alcance es tan vasto, que muchos casos específicos –aunque interesantes– forzosamente quedan fuera.

Sin embargo, justo es decirlo, hay casos que hoy llamamos emblemáticos, como los de publicidad caminera I y II, que son recogidos y estudiados adecuadamente.

El meollo del tema de la libertad está en los conceptos de “regulación de la actividad económica” y su “reserva a la ley”. ¿Hasta dónde puede llegar la regulación sin convertirse en restricción, en suspensión o en prohibición, y hasta dónde pueden llegar el administrador y la potestad reglamentaria en esa regulación, sin lesionar el ámbito legislativo? Las normas legales ¿son solo las leyes o también lo son los reglamentos decretos?

La discusión existe y la legislación y jurisprudencia han sido cambiantes. Los poderes tienden a avanzar hasta donde encuentren un obstáculo que los frene, ya lo dijo Montesquieu más de dos siglos atrás. Arturo sostiene el punto de vista estricto de la reserva legal al legislador propiamente tal, y argumentos de respaldo no le faltan, postura a la que yo adhiero firmemente, pero debe reconocerse que el propio legislador

muchas veces ha renunciado a hacer él la regulación y la ha encomendado no ya al Presidente de la República en su rol de reglamentador, sino y lo que es peor, a la propia Administración en casos de Superintendencias y Servicios Públicos, con todo el riesgo y daño consiguientes para los particulares.

En materia de medio ambiente y restricción vehicular, conocida es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que no aceptó una delegación del legislador, doctrina que pronto puede ponerse a prueba con la reciente toma de razón por el Contralor del D.S. que permite la restricción de vehículos catalíticos.

Mi convicción es que tal regulación y restricción por vía reglamentaria no es constitucional y los motivos están más que explicados por el Profesor Fernandois en su libro, recordando a autores tan conocidos como respetados, Burdeau en Francia y Rubio Llorente en España, según cuyos pensamientos el legislador, por tener la ley una génesis abierta, transparente y pluripersonal, expresada en una discusión controversial y sometida a contrapesos, ejerciendo la soberanía nacional delegada a sus representantes en el Congreso Nacional, puede complementar la norma constitucional y no así el Presidente que es solo una autoridad unipersonal que obra sin un proceso deliberativo público, por lo tanto no transparente –aunque sea bien intencionado y correcto– y sin contrapesos institucionales semejantes a los que se libran dentro del Congreso.

Así como en la primera parte el concepto y contenido del orden público económico está llamado a ser un tema polémico, como lo he señalado, en esta segunda parte, sobre la libertad económica, el de la reserva legal y el de la regulación son los temas medulares, cuyas aplicaciones e interpretaciones, a partir de este libro, están llamados a resolverse, necesariamente, dentro de los márgenes que Arturo ha escrito y expuesto en su obra.

Porque hay que recalcarlo, este libro es la recopilación más completa, la exposición más acabada y el estudio sistemático más serio emprendido en Chile sobre el derecho constitucional económico y será obra indispensable de consulta de estudiosos, legisladores, jueces y abogados.

Prosigue Arturo abordando lo que llama garantía negativa de la libertad económica y que consiste en precisar cómo y cuándo el Estado puede desarrollar o participar en actividades empresariales, por aplicación del principio de subsidiariedad, y de allí que es parte de la garantía a favor de las personas. No puedo entrar en un detalle de lo que el autor dice, pues me extendería

demasiado, pero hay materias tan interesantes que los auditores podrán satisfacer su curiosidad leyendo el libro, pero anticipo algunas de ellas como la referencia a empresas públicas que dicen regirse por el derecho privado, la decepcionante –para el autor– 5ª disposición transitoria de la Constitución, con el colapso del proyecto de ley que quiso limitar las empresas del Estado y que solo se concretó en un artículo, que creó el recurso de amparo económico. Todo, como es normal en esta obra, está lleno de respaldos doctrinarios, históricos y jurisprudenciales bien escogidos, equilibrados y acertados, que permiten conocer las opciones existentes, sin ignorar la que toma el autor, con las explicaciones que justifican su posición.

La tercera y última parte del libro, en este primer tomo, contiene el estudio sobre la igualdad y no discriminación arbitraria, la que contiene un excelente material doctrinario nacional y comparado, un acertado estudio histórico y muy buenas reflexiones sobre el peligro de autoridades administrativas transformadas en intérpretes legales discrecionales. Por supuesto que no están ausentes los análisis y referencias a leyes que han concedido franquicias a sectores o zonas geográficas especiales, con referencias legislativas y jurisprudenciales muy actuales, certeras y oportunas. El tema, en algún momento, se torna muy económico, perdiendo algo de la sustancia jurídica.

Repito que no he sido objetivo y no he querido hacer una crítica de este libro que cabe calificar de excelente; lo estoy presentando y alabando porque creo que era necesario, aunque no guste a todos. Arturo no podía hacerlo de otro modo, él es un estudioso, joven y lleno de una legítima ambición, está llamado a sobresalir, a ser actor y solista, no es para comparsas o coros. Ha hecho este libro de acuerdo a su conciencia, recta e ilustrada, con plena convicción, combativo y valiente, como aprendió a hacerlo y como no sabe sino hacerlo así.

Punto destacado de sus críticas es la amplitud que en 1992, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, dio en su sentencia sobre el recurso de amparo económico en contra de Entel S.A. interpuesto por un particular, donde el Tribunal sostuvo que: "...la expresión 'normas legales' debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado..." y no solo las que emanan del Poder

Legislativo, adhiriendo así a una orientación del OPE como fuente del poder regulatorio del Estado en materia económica, en lugar de ser amparador de la libertad individual.

Como contrapartida y muy complacido, cita también la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 17 de noviembre de 1997, en el recurso de amparo de la Universidad Mariscal Sucre contra el Consejo Superior de Educación, donde se afirma que el OPE "...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".

Por supuesto que estas no son las únicas citas jurisprudenciales que hace, pues su trabajo es muy minucioso y completo. Ahí están meticulosamente analizadas, desde su punto de vista, los fallos del Tribunal Constitucional recaídos en el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Banco Central y el caso de la llamada "Deuda Subordinada".

Tampoco deja de lado un análisis del derecho comparado y analiza los casos de Alemania, Argentina y Perú.

Finalizo diciendo que le agradezco que me haya concedido el honor y privilegio de presentar su libro. Estoy muy complacido de hacerlo y muy agradecido, como fundador y Presidente de *Informe Constitucional*, un periódico informativo y comentario constitucional que hace diez años formé, que se mantiene con un bajo perfil pero constante y batallador, haya sido objeto de innumerables citas en esta obra científica de primer nivel, aludiendo a las plumas de Raúl Bertelsen, Waldo Ortúzar, Eduardo Soto Kloss y a la mía propia, que en una segunda etapa se ha enriquecido con las de varios otros de nuevas generaciones, como el propio Arturo, Ramiro Mendoza, Jorge Baraona, Alejandro Vergara, Ángela Vivanco, Patricio Muñoz y Marisol Peña, que hemos ido sembrado la idea de difundir los valores y principios de la Constitución de 1980, analizar la legislación y jurisprudencia a la luz de la que creemos recta interpretación de la Carta, sin eludir ningún comentario adverso o fuentes del derecho nos suscitan en nuestro pensamiento, estilo que Arturo ha asimilado y hecho suyo, dando un paso gigantesco al imponerlo en esta obra que constituye un aporte inestimable al pensamiento constitucional actual.

Francisco Cumplido Cereceda

Profesor (j) de Derecho Constitucional
Ministro de Justicia (1990-1994)

Síntesis: Es un verdadero Tratado sobre la materia, serio y reflexivo. Una filosofía constitucional que busca el conocimiento radicalmente fundado y fundante, pues lleva cada pregunta al límite del conocimiento. En general logra el objetivo. Presenta la doctrina y la jurisprudencia en forma crítica. También, salvo excepciones, ofrece el fundamento de las posiciones contrarias a sus puntos de vista. La obra, como es lógico, refleja el talante del autor y su temperamento.

“Sed” del autor: hacerse cargo de la mutación esencial sufrida por Chile en los últimos 25 años del siglo XX en su vértice constitucional-económico. Identificar los elementos jurídicos básicos—principios y garantías—sistematizarlos, interpretarlos y ofrecerlos a estudiantes, abogados y principalmente jueces, de forma que su genuina aplicación se consolide en los tiempos venideros del siglo XXI.

Constitución de 1980: el autor la califica como una Constitución orientada con una finalidad “garantística” de la economía. Se otorga prioridad a las bases de la institucionalidad, al elemento armónico de interpretación y a ciertos criterios “sanos e innovadores” contruidos en jurisprudencia y doctrina comparada. Se reconoce que las constituciones no son neutrales; no obstante, el autor hace un esfuerzo para demostrar que la Constitución de 1980 no establece ningún sistema económico, modelo o política al respecto. En los dos últimos aspectos tiene éxito en su afirmación.

En relación con el hilo conductor de la obra el autor se inclina por un sistema orientador del orden social, que reconozca la primacía de la libertad personal económica. Todo el análisis está construido sobre la base de asegurar esta libertad personal económica. No se mira el problema desde la perspectiva de la racionalización del poder económico. Se acentúa la relación hombre-Estado a base del principio de subsidiariedad, sin omitir la consideración de la segunda parte del principio de subsidiariedad: las legítimas funciones del Estado en la economía, para el que comenta fundadas en el principio de la cooperación humana, la mayoría de las veces olvidadas por los que invocan el principio de subsidiariedad.

Gran parte de la obra está dedicada al estudio del concepto de Orden Público Económico, en parangón con los de Derecho Constitucional Económico y Constitución económica. Como sabemos ya desde la década del cincuenta del siglo pasado, García Pelayo nos previno que los conceptos de

la Constitución son polémicos, porque pertenecen a las ideologías políticas y forman parte de la lucha política. También se nos ha advertido de no incurrir en el “nominalismo”, es decir, denominar con conceptos de hoy los hechos o instituciones del pasado, y sin más declarar a los antiguos obsoletos, pasados de moda, etc. Es muy importante presentar la contextualización histórica de los conceptos y normas y tener en consideración los elementos extrajurídicos, entre los que se cuenta, también, la cultura jurídica. Tal ocurre en relación con el concepto de Orden Público Económico. El autor examina su evolución en forma crítica y construye un concepto integral a partir de su “sed”: *La libertad económica*, desdénando la raíz de tal concepto que proviniendo del derecho civil se ha extendido a todas las ramas del derecho, es decir, el orden público como una limitación a la libertad contractual. En definitiva, en mi opinión, se ha desvalorizado ese concepto al darle una extensión que lo desvirtúa, fundamentalmente por reforzar posiciones ideológicas. En el anteproyecto del Grupo de los 24 optamos por denominar el conjunto de estas normas como “Bases constitucionales del orden económico” precisamente a propuesta de la subcomisión de Orden Público Económico. Pienso, después de leer la obra, que el autor está más de acuerdo con esta denominación. No es una crítica negativa para el autor, pues yo también he tenido que utilizar el concepto amplio de Orden Público Económico, como en nuestro trabajo común con Andrés Cuneo titulado “El contrato y los regímenes económicos en Chile” (Estudios Sociales N° 16, 1978), y en mi artículo, más reciente: “Actividades Económicas de las Personas en la Constitución” (Estudios Sociales N° 85, 1995).

El autor define el Orden Público Económico como 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 el marco subsidiario, el disfrute de las garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana. Los principios y garantías del orden público económico, señalados en las páginas 52 y 64, serían, a juicio del autor, la libertad económica (primacía del hombre sobre el Estado y autonomías sociales), la subsidiariedad económica del Estado, el derecho de propiedad privada, la igualdad y no discriminación económica arbitraria, la disciplina del gasto

fiscal, la política monetaria independiente, la reserva legal de la regulación económica y la revisión judicial económica. Comparto plenamente estos principios como bases constitucionales de la economía, aunque discrepo en algunos casos de la amplitud que se les atribuye.

Otro problema polémico interesante es la afirmación del autor de que la Constitución de 1980 no consagra un sistema económico determinado. Estamos de acuerdo en que la Constitución no establece un modelo económico o políticas determinadas, pero del examen de las bases mencionadas resulta en mi opinión que la Constitución de 1980 asegura un sistema económico de libre mercado, que excluye una economía estatista centralizada o una socialización profunda de la economía. Por cierto ese sistema económico de libre mercado puede revestir el modelo liberal, social, ecológico, de crecimiento con equidad, o mixto, pero entre ellos. Los fundamentos dados por el autor de una política tributaria gravosa o un gasto fiscal expansivo para llevar a un sistema muy socializante, no pueden desarrollarse dentro de la Constitución, pues el derecho a regular la actividad económica no puede afectar ese derecho en su esencia, y, también, los tributos no pueden ser manifiestamente desproporcionados o injustos.

Por último, estoy de acuerdo con el autor en los análisis de la jurisprudencia sobre deuda subordinada y, en parte, sobre la naturaleza jurídica del Banco del Estado, aunque respecto de este último difiero de la conclusión de la Contraloría

General de la República sobre obligación de informar a la Oficina de Informaciones del Congreso Nacional sobre sus actividades financieras. Del mismo modo, respecto de las empresas es importante tener presente su creación constitucional, como CODELCO, o su carácter privado como ZOFRI para arribar a conclusiones. No comparto la sentencia de la Corte Suprema sobre el concepto de actividades conexas en el caso del Metro S.A., ni tampoco la sentencia del Tribunal Constitucional *sobre los quórum para la aprobación de los tratados*. Recuerdo al respecto que el Comisionado Jaime Guzmán propuso que se estableciera expresamente una norma sobre quórum, la que no fue incorporada en definitiva. No obstante, la mayoría de los constitucionalistas estimamos que deben modificarse las bases constitucionales del derecho internacional, entre las cuales está la uniformidad de quórum con el proceso de formación de la ley. Mi opinión es que hubo razones políticas de la época para no hacerlo. En relación con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, debo rectificar en el sentido que en esos convenios no procede la reserva, pero puede ratificarse con DECLARACIÓN, ya que se permite adecuar la terminología del tratado a las características propias del país, con lo que pueden salvarse varias de las objeciones de constitucionalidad planteadas por el autor en su magnífica obra.

En fin, termino haciendo votos para que en los próximos tomos de esta obra el autor continúe sus serias reflexiones.

Arturo Fermandois

Profesor de Derecho Constitucional
Autor del Libro

Quiero en primer lugar agradecer las intervenciones del Vicedecano de Derecho, don Enrique Alcalde Rodríguez, del Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, don Guillermo Bruna Contreras, y en particular del Profesor don Francisco Cumplido Cereceda.

Sus comentarios, observaciones y aun reservas sobre mi texto son tan bien recibidos como los elogios que profusamente han vertido sobre él, puesto que la ciencia del derecho solo progresa si a la investigación jurídica se añade el debate y la crítica, que es exactamente lo que me he permitido hacer en este libro. Es este un momento oportuno, también, para transmitir un reconocimiento especial a Guillermo Bruna, amigo y mentor, quien me acogiera en su cátedra en 1991 y en la publicación "Informe Constitucional", en 1996.

Vaya a todos ellos, entonces, la gratitud de habernos acompañado en esta ceremonia y destinado su tiempo a la lectura y análisis del libro.

Estimados amigos:

Cuando un día del año 1997 resolví comenzar a escribir un texto de Derecho Constitucional sobre garantías económicas, tres ideas inspiradoras circulaban por mi mente: Libertad, Operatividad, Dinamicidad.

Me parecía que, si habíamos de intentar un aporte intelectual al mundo del derecho, este tenía que hacerse cargo de estos tres conceptos.

El libro habría de abordar el tema de la LIBERTAD porque aquí radica la esencia del constitucionalismo. La Constitución, en realidad, no se creó para conferir potestades públicas al Estado ni para dotarlo de poder soberano. Sabemos

que el poder es consustancial al Estado, es un elemento de su esencia, que, de faltar, lo transforma en algo distinto, pero no en un Estado.

Digo esto porque el Estado está dotado de poder desde tiempos inmemoriales. Luego, el aporte del constitucionalismo no ha consistido en la creación de poderes, de facultades o prerrogativas para el Estado y sus órganos, sino precisamente en lo contrario: en la limitación del poder estatal y el contrapeso de sus potestades mediante el ensanchamiento del ámbito libertario de los individuos.

El principio de división de los poderes o funciones estatales, propuesto por Charles Lois de Secondat, Montesquieu, hace más de 200 años, solo tiene sentido para el Derecho Constitucional en función de la lógica de constreñir al Soberano y resguardar los derechos fundamentales de la persona humana.

En consecuencia, mientras para algunos como Burdeau la Constitución es el mero "estatuto del Poder", para nosotros, y aquí seguimos a Maurice Hauriou, la Constitución, aun la "Constitución social", comprende tanto las libertades individuales que forman la base de la sociedad civil, como las instituciones sociales que están al servicio y protección de las libertades civiles.

Ahora, ¿por qué esta clase de reflexiones al momento de escribir un texto de Derecho Constitucional Económico?

Sencillamente porque al emprender esta tarea la investigación acerca de la jurisprudencia y alguna doctrina en materia de garantías económicas consagradas por la Carta de 1980, como la libertad para desarrollar actividades económicas, el derecho de propiedad, o el derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica, por ejemplo, me estaban arrojando algunos resultados paradójicos e inexplicables.

Una serie de fallos y no poca doctrina estaban recurriendo al concepto de Orden Público Económico como un medio para subordinar la autonomía de las personas a las meras regulaciones emanadas de la autoridad administrativa, muchas sin habilitación legal suficiente y otras tantas sin siquiera rango de potestad reglamentaria formal; todo ello, sin jerarquización alguna de los bienes jurídicos concurrentes ni disquisición alguna que fundara el supuesto repliegue de los derechos fundamentales de rango constitucional.

Por lo tanto, en nuestro trabajo procuramos rescatar la fe en el individuo y sus potencialidades creadoras, más que levantar las barreras de la suspicacia y el recelo hacia su actuación en materia económica. Tenemos la convicción y la evidencia empírica que la libertad conlleva la prosperidad, que las sociedades más libres son además las sociedades más prósperas.

¿Y cuál es entonces el rol del Estado en el evento de una actuación torcida o abusiva por parte la persona en el ejercicio de sus garantías? Una vez más, y dada su naturaleza intrínsecamente potestativa, el Estado dispone de suyo de medios suficientes de coacción, fiscalización y represión; y si no los tiene sancionados jurídicamente, están plenamente a su alcance normativo, como promotor indelegable del Bien Común.

Es por ello que este es un libro que, junto con vertir una crítica directa, pero respetuosa, a la interpretación tradicional de Orden Público Económico que surgió con Gerard Farjat y la doctrina francesa de mediados del siglo XX, contiene una apología del valor de la libertad en el ejercicio de las garantías económicas, coherente con la supremacía ontológica y teleológica de la persona sobre el Estado, pilar angular de nuestra arquitectura jurídica.

Todo esto no quiere decir que hayamos recurrido a categorías artificiosas de interpretación para respaldar nuestro objetivo literario; por el contrario, y he aquí lo paradójico, nos ha bastado empaparnos de los contenidos axiológicos libertarios de la misma Ley Básica que hoy nos rige. Así, esa misma primacía de la persona y el principio de subsidiariedad que le sigue, con sus derivados operativos de libertad y solidaridad que el Constituyente introdujo en su obra, me han resultado suficientes para reinterpretar la tradicional perspectiva dirigista que las Cortes venían haciendo del estatuto individual económico.

He aquí la propuesta central del libro, la que, en todo caso, ha debido hacerse cargo y ponderar la lógica en que descansan las diversas teorías doctrinarias y jurisprudenciales que difieren de la nuestra.

En segundo término, mencionaba yo la palabra Operatividad.

Con esta noción quiero subrayar que un propósito de mi trabajo fue demostrar que el Derecho Constitucional ha dejado de ser un conjunto de declaraciones líricas que no producen efecto en la vida cotidiana de las personas, como solía ocurrir en tiempos anteriores a nuestra Carta de 1980.

Nuestro Derecho Constitucional contemporáneo es útil; actúa directamente en la realidad fáctica y jurídica de los ciudadanos porque existen los medios para que la Justicia haga carne las garantías constitucionales. Por eso hemos señalado que la Revisión Judicial es uno de los principios integrantes del Orden Público Económico, el que debe ser profundizado mediante el fortalecimiento de las acciones y recursos constitucionales y la eliminación del rigorismo procesalista que suele empobrecer algunos de los fallos de nuestros tribunales.

Efectivamente, el mayor atributo de nuestra justicia constitucional, representada centralmente por el Recurso de Protección, la Acción de Amparo Económico, la acción de requerimiento ante Tribunal Constitucional y sus términos perentorios para sentenciar, amén de los demás instrumentos de rango legal, es su presteza, y su informalidad en el caso de las primeras. Porque, como decía Piero Calamandrei, las acciones cautelares de esta clase se han creado "*...para evitar que la justicia, como los guardias de la ópera bufa, esté condenada siempre a llegar demasiado tarde*".

Aquí está el acento de este texto: pretende ser útil para las personas porque existe una Justicia Constitucional.

Finalmente, reconozco que la tercera idea inspiradora de este trabajo fue la Dinamicidad, este concepto que emana de reconocer que el derecho, como la vida humana, se encuentra en perpetua mutación. Así, la norma constitucional se abre y problematiza cada día, con las nuevas realidades fácticas que la persona va construyendo; los nuevos contratos, tanto como las nuevas iniciativas legislativas que ponen en ejecución políticas públicas en materia económica.

Es en virtud de la dinamicidad que los problemas constitucionales de hoy no son los de ayer ni los de mañana.

Hoy, nos preocupa por ejemplo cómo armonizar la protección del medio ambiente con la libertad de las personas para trasladarse de un lugar a otro en la ciudad en que viven, y con el derecho de propiedad sobre su automóvil sujeto a restricción. Hoy nos preocupa cómo conjugar la noble idea de un Fondo Solidario de Salud, con el imperativo constitucional de no estatuir un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto, afecto a un fin determinado.

Mañana los problemas serán otros, y es esta realidad mutable la que nos llevó a enfrentar este trabajo con modestia, intentando resolver los múltiples problemas interpretativos levantados hasta la fecha, y enfatizando los principios que permitirán resolver acertadamente los muchos conflictos venideros.

Estimados amigos: antes de despedirme quiero destacar que he dedicado este libro a dos personas. La primera de ellas es mi hija Catalina, cuya sorpresiva partida, en 1997, a poco tiempo de haber comenzado a escribir este modesto aporte que hoy lanzamos, me levantó un obstáculo tan alto como vigorosa fue la ayuda espiritual que de ella recibí luego para continuar el trabajo que nos habíamos propuesto.

Y la otra persona es Jaime Guzmán Errázuriz, mi profesor de Derecho Constitucional en esta querida Universidad, y mi amigo. Decía Jaime en 1987 que "EL DEBATE CONSTITUCIONAL SUELE PARECER DISTANTE PARA MUCHOS CHILENOS. SIN EMBARGO, EN TORNO A EL SE JUEGAN ASPECTOS ESENCIALES PARA CADA PERSONA Y PARA LA CONVIVENCIA PERSONAL".

Es evidente que Jaime Guzmán no alcanzó a instruirnos en las múltiples variables interpretativas que emanan de la problemática de las garantías económicas. Habría sido imposible, puesto que cuando tuve el privilegio de ser su alumno, nuestro Código Político tenía menos de dos años de vigencia. Pero Jaime me legó algo mucho más importante que eso: el amor por los asuntos públicos y la fidelidad al Derecho Constitucional, difícil camino que nos aproxima a la máxima a la que él entregó su vida: AMAR A DIOS Y A SU PATRIA.

Muchas gracias.