

ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA*

Juan Pablo Torrijo Rojas*.

Resumen

La Constitución al desarrollar su opción en materia económica, por lejos más allá de un mínimo fundamental para garantizar el desarrollo armónico de la actividad económica, ha ocasionado una distorsión en la naturaleza del orden público económico, ya que encontrándose establecido cual es el orden imperante, lo que le resta al Derecho Económico es identificar y sistematizar cuales son las normas que lo componen, para lo cual resulta más preciso la utilización de la noción constitución económica.

Palabras Claves: (Orden Público Económico – Constitución Económica).

Abstract

The Constitution develop his choice into economic subjects, far beyond a basic minimum to ensure the harmonious development of economic activity, has caused a distortion in the nature of the public economic order, because to be established which is the order prevailing, what remains to the Economic Law is to identify and systematize the rules that compose it, for what is more precise to use the concept of economic constitution.

Key Words: (Public Economic Order – Economic Constitution).

* Este trabajo es parte del Capítulo I de la Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, denominada *Derecho del Inversionista Extranjero del D.L. N° 600 a no ser discriminado y los Mecanismos para resguardar su vigencia*, que se encuentra en elaboración.

* Egresado de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I. Orden Público Económico

Ante la evidencia del surgimiento de una nueva rama del derecho, aquella que analiza las normas que regulan los fenómenos económicos, Enrique Aimone Gibson puso de manifiesto en 1964 la necesidad de delimitar el contenido de este naciente Derecho Económico.

Propuso aproximarse a esta nueva rama desde dos perspectivas complementarias entre sí. Desde el punto de vista de la finalidad de la norma se trata de una rama que «tiende a establecer el orden público económico»¹, mientras que, desde el punto de vista del resultado de la norma se trata de una rama que «organiza el sistema y la estructura institucional económicos»².

Aimone conceptualizó al Derecho Económico como «aquella 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»³.

Tal concepto mantiene plenamente su vigencia, y tiene la virtud de constituir a la noción orden público económico⁴ en la piedra angular que hace posible identificar al Derecho Económico como una rama con un enfoque particular sobre el Derecho, que consiste en «reunir en un sentido coherente y armónico todas las normas legales que tienden a realizar el orden público económico o que forman y constituyen la estructura económica institucional»⁵, en este mismo sentido, José Zabala Ortiz y Joaquín Morales Godoy señalan que «en efecto, la vinculación entre orden público económico y la aludida disciplina jurídica surge de nuestro planteamiento de que el orden público económico es la base de sustentación de ella»⁶.

El OPE refleja su importancia en la constante referencia que la jurisprudencia realiza hacia él para justificar sus decisiones, sin embargo, resulta paradójico que aún no se haya asentado con claridad, y con cierto grado consenso, cual es su contenido y que

¹ AIMONE GIBSON, Enrique, *Concepto y Contenido del Derecho Público Económico*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 128 (1964), p. 145.

² AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 145.

³ AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 151.

⁴ En adelante OPE.

⁵ AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 152.

⁶ ZAVALA ORTIZ, José Luis - MORALES GODOY, Joaquín, *Derecho Económico* (2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004), p. 13.

función cumple dentro del ordenamiento jurídico chileno. La doctrina ha dicho de él que «tal vez uno de los conceptos más discutidos en las últimas décadas ha sido el de orden público económico, cuestión que no es indiferente, ya que permitirá precisar el contenido del Derecho Económico»⁷. Al respecto, Roberto Guerrero del Río reconoce expresamente que «no existe al respecto unanimidad de los autores sobre el alcance del concepto, ni tampoco que la precisión jurisprudencial haya sido, en mi opinión, adecuadamente lograda»⁸. Esta situación ha generado tal grado de desconcierto que, incluso, parte de la doctrina ha recomendado abandonar el uso de la noción, postura a la cual se hará referencia más adelante.

Sin embargo, pese a este primer inconveniente al aproximarse a la noción OPE, si se razona deductivamente, parece evidente que el OPE constituye una especie de la noción más amplia denominada orden público⁹. Es a esta última idea a la cual se adhiere, y a continuación se intentará demostrar, con la finalidad de poder establecer los fundamentos a partir de los cuales se deba analizar el OPE.

1. *La noción Orden Público*

Cuando la doctrina nacional se refiere al OP en lo único que es unánime es en calificarlo como un concepto jurídico indeterminado. Considerando esta situación, parece apropiado intentar aproximarse al significado de la noción OP desde la perspectiva de su origen.

En este sentido, se encuentra suficientemente establecido por Joahanna Ramírez Soto que la expresión OP «tiene dos orígenes, uno vinculado con el Derecho Romano y el otro con la Paz Medieval, los cuales determinan los dos significados atribuibles a dicho término [...] uno que se vincula con un límite a la libertad contractual de los particulares fundado en un interés superior que se busca proteger, y otro como sinónimo de paz y tranquilidad que debe conservar el rey dentro de los límites de su territorio respetando los derechos de las personas»¹⁰.

⁷ ZAVALA ORTIZ, José Luís - MORALES GODOY, Joaquín, cit. (n. 6), p. 13.

⁸ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, *Orden Público Económico*, ahora, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, 2001), p. 307.

⁹ En adelante OP.

¹⁰ RAMÍREZ SOTO, Joahanna Carolina, *Orden Público: concepto, evolución y su consagración en la Constitución Política de la República* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2004), pp. 87-88.

Ramírez señala que aquel primer significado, el vinculado con el Derecho Romano en tanto límite a la libertad contractual de los particulares, fue la base a partir de la cual se desarrolló la Doctrina Clásica del Orden Público. Doctrina que comenzó a utilizar la expresión OP en el ámbito del derecho privado a partir del movimiento codificador del siglo XIX, para identificar aquellas normas que limitaban la libertad contractual de los particulares, limitación que se encontraba justificada en la idea de protección de los intereses superiores de la sociedad.

Mientras que, el segundo significado de la noción OP evolucionó en lo que se denomina Función de Policía, la cual, y en relación a las competencias de la autoridad, consiste en afirmar que la autoridad es la encargada de conservar el OP, encontrándose su actuación únicamente restringida por el respeto a los derechos de los súbditos.

2. La noción Orden Público Económico

George Ripert señaló en 1936 que «junto a la organización política del Estado, hay una organización económica, tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico»¹¹.

Ripert afirmó que tal como existen normas que constituyen la organización política de un país, las cuales dan forma a un determinado orden político, también es posible identificar la existencia de otras normas, las cuales dan lugar a otro tipo de organización, una de carácter económico, y a ese particular orden de la actividad económica es lo que Ripert denominó OPE.

Arturo Fermandois Vöhringer señala 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»¹², artículo cuyo texto aún se mantiene vigente y dispone que «*no se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres*».

De lo anterior se puede deducir que la afirmación de Ripert debe ser comprendida en el contexto de la primera vertiente evolutiva de la noción OP, aquella propia del

¹¹ RIPERT, Georges, *Le régime démocratique* (París, 1936), citado por MAC HALE, Tomás, *Orden, Orden Público, y Orden Público Económico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969), p. 87.

¹² FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006), I, p. 52.

Derecho Romano, y que vincula a la noción OP con un límite a la libertad contractual de los particulares.

Sin embargo, la afirmación de Ripert también debe comprenderse a la luz del momento histórico en que fue realizada, ya que Ripert experimentó el cambio hacia la fuerte intervención del Estado en la economía, como consecuencia de las crisis económicas a que condujo el liberalismo clásico del siglo XX, y denominó OPE al título de intervención del Estado en la economía.

Ripert fue el primer autor en identificar la existencia de normas que dan lugar a la formación de un organización de la actividad económica, y utilizó la expresión OPE conciente de que constituía una especie perteneciente a la noción más amplia OP. Sin embargo, quien conceptualizó la visión de Ripert fue Gerard Farjat, quien señaló que OPE es «el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos tendientes a organizar las relaciones económicas»¹³.

Fue así como se comenzó a identificar a un cierto conjunto de normas con la noción de OPE, sin embargo, y pese a que se trata de una noción acuñada en el siglo pasado, aún genera dificultad al momento de determinar cual es su concepto, que tipo de normas comprende, y que función les corresponde dentro del ordenamiento jurídico chileno.

A continuación se analizarán los distintos enfoques que la doctrina ha adoptado para su estudio y la utilidad de cada uno de ellos.

a) Evolución de la noción orden público económico en la doctrina

Es posible distinguir que la doctrina nacional se ha valido de tres distintos enfoques para aproximarse a la noción OPE: el funcional, el material y el situacional. Sin embargo, también se advierte que últimamente se ha desarrollado una postura minoritaria que recomienda el abandono del uso de la noción.

i) El enfoque funcional

¹³ FARJAT, Gerard, *Droit Economique* (París, 1971), citado por FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p.56.

Zabala y Morales señalan que una primera etapa «la doctrina de la década de los sesenta y setenta elaboró definiciones de orden público económico, a base de una posición ideológica asumida activamente por los defensores del Estado planificador del desarrollo e intervencionista»¹⁴, lo cual significa que se utilizó la noción OPE como una herramienta del Estado dirigista.

Como ejemplo de definiciones que reflejan este enfoque se pueden señalar la de Raúl Varela Varela, quien define al OPE como «el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía a los intereses de la sociedad»¹⁵; o la de José Hurtado Contreras, quien define el OPE como «el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas»¹⁶.

Este primer acercamiento que tuvo la doctrina hacia la noción OPE se califica como de carácter funcional debido a que centran su atención en la descripción externa del OPE, «medidas y reglas legales» o «medidas adoptadas por la autoridad», poniendo acento en los instrumentos que utiliza el Estado para lograr la organización de la actividad económica, sin vincularlo a ningún contenido determinado.

ii) El enfoque material

El paso hacia la segunda etapa respecto del enfoque para aproximarse al OPE fue consecuencia del cambio radical en la manera de concebir el rol del estado en la economía nacional.

La doctrina es conteste en afirmar que la Constitución Política de la República de 1980¹⁷ fundó una nueva institucionalidad, la cual se basó en la idea de primacía del hombre por sobre el Estado, y como consecuencia, el rol del Estado en la economía adquirió un carácter subsidiario, en el cual, por un lado se afirma la libertad económica de los hombres, y por otro, que la intervención del Estado en la economía solo debe realizarse de manera excepcional y subsidiaria.

¹⁴ ZAVALA ORTIZ, José Luis - MORALES GODOY, Joaquín, cit. (n. 6), p. 14.

¹⁵ VARELA VARELA, Raúl, citado en fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 51 (1954) 2, p. 124.

¹⁶ HURTADO CONTRERAS, José Tomás, *El Orden Público Económico*, en *Colección Seminarios Facultad de Derecho Universidad de Chile* (1980), p. 101.

¹⁷ En adelante C. Pol.

Partiendo de este supuesto, parece completamente lógico que la noción OPE comenzara a ser entendida como algo distinto de lo que proponía el enfoque funcional.

Como ejemplo de definiciones que reflejan el enfoque material puede señalarse la de Guerrero del Río, quien define el OPE como «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»¹⁸. Pero sin lugar a dudas, la definición material más difundida y aceptada por la generalidad de la doctrina es la de José Cea Egaña, para quién OPE es «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»¹⁹.

Este tipo de definiciones son calificadas como de carácter material debido a que no se limitan a la pura referencia genérica de la finalidad de organizar la actividad económica, sino que atienden además a la esencia de lo que constituye el OPE, restringiendo para ello las herramientas aptas para lograr un OPE con contenido determinado a aquellas que se encuentran «dentro del contexto del modelo político y social que el sistema institucional le está dando al país» o cuya utilización se encuentra «en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución», para lo cual desechan la idea de una C. Pol. neutra en lo económico, y afirman la existencia de valores plasmados en la C. Pol.

iii) El enfoque situacional

Últimamente es posible distinguir la aparición de definiciones de OPE calificadas como de carácter situacional, entendiendo por tales aquellas que «contemplan como eje central del concepto, la noción filosófica de orden»²⁰, expresión –esta última– que significa la «adecuada disposición de las cosas hacia su fin»²¹.

El surgimiento de este enfoque se encuentra vinculado a Víctor Avilés Hernández, quien señala que OPE es «la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica -públicos y privados- que integran la comunidad, de la manera que

¹⁸ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, *La Constitución Económica*, en *Revista Chilena de Derecho* 6 (1979), p. 80.

¹⁹ CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica, 1988), p. 158.

²⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 61.

²¹ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 71.

esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre»²².

En este mismo sentido, Fermandois señala que OPE 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»²³.

Ambos autores coinciden en concebir al OPE como un estado o situación que resulta de la posición en que se ubica a cada uno de los elementos que componen la actividad económica, la economía. Sin embargo, también coinciden en afirmar que no cualquier estado de cosas constituye OPE. Avilés, por su parte, condiciona el OPE a aquel que «la comunidad [...] estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre». Mientras que Fermandois explícitamente condiciona al OPE a aquel que «permita [...] 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».

Estas definiciones son calificadas como de carácter situacional ya que aparentemente otorgan más importancia a la situación u orden resultante de la vigencia del OPE, que a la finalidad de organizar la actividad económica, o a un determinado contenido del OPE.

Sin embargo, terminan vinculando el OPE a un contenido que necesariamente debe tener, y en ambos casos remiten hacia la C. Pol. Con lo cual se regresa al enfoque material, con la correspondiente consecuencia de que solo es posible que exista un OPE, aquel que se encuentra predeterminado en la C. Pol.

Los autores recién citados son los únicos exponentes del enfoque situacional, sin embargo, éste enfoque dista mucho de ser novedoso, puesto que ya en 1969 Tomas Mac Hale, razonando deductivamente y tal como lo anticipa el título de su obra «Orden, Orden Público, y Orden Público Económico», señaló que «antes de tratar una modalidad específica de orden, como es el orden público [...] es preciso analizar la esencia del orden considerado en sí mismo, independientemente de las modalidades que puede revestir en tal

²² AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Editorial Conosur, 1998), p.218.

²³ FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 72.

o cual caso concreto»²⁴, con lo cual establece que no solo el OPE es una especie de la noción más amplia OP, sino que lo determinante en el concepto de OPE es la noción de orden.

iv) El abandono del uso de la noción

Por otra parte, un sector minoritario de la doctrina sostiene que el insuficiente grado de determinación de la noción ha producido una «inflación galopante del concepto de orden público económico que llega a transformarse en un sinónimo de casi todo aquello que se considera importante en las disposiciones de carácter económico de la Constitución»²⁵, por lo tanto, Pablo Ruiz-Tagle Vial considera preferible, por tratarse de un concepto con significaciones equívocas, recomendar «a la doctrina y la jurisprudencia constitucional chilena el abandono del uso de la noción de orden público económico y que utilicen en sus opiniones y resoluciones los viejos principios constitucionales de libertad, igualdad y propiedad»²⁶.

Al respecto, Enrique Alcalde Rodríguez señala que «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 de orden público económico, la cual, presentada en ocasiones con contornos vagos e inciertos, suele ser esgrimida por autoridades regulatorias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos»²⁷.

Incluso es posible encontrar autores que dan un paso más, como Patricio Masbernat Muñoz y José Hurtado Contreras, quienes señalan que «percibimos el absurdo y la inutilidad del concepto de OPE en la doctrina nacional, pero estimamos que la solución no está en continuar aislándose en aquellas categorías que suponemos *prima facie* relacionadas con la libertad de empresa. En efecto, postulamos una interpretación constitucional sistemática del mismo modo que frente a cualquier otra cuestión constitucional [...] y si se refiere a derechos fundamentales, debe interpretarse además

²⁴ MAC HALE, Tomas, *Orden, Orden Público, y Orden Público Económico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969), p. 75.

²⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, en *Revista de Derecho Público* 12 (2000), p. 59.

²⁶ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, cit. (n. 25), p. 59.

²⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, en *Revista Actualidad Jurídica* 4 (2001), p. 89.

integrando los elementos de interpretación de la Teoría de los Derechos Fundamentales y de todo el moderno constitucionalismo»²⁸.

La base conceptual común de los autores que recomiendan abandonar el uso de la noción OPE es el cuestionamiento que realizan al concepto de Cea, imperante sin contrapeso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el cual supone la idea de que la C. Pol. intrínsecamente contiene valores relevantes para la sociedad, mientras que ellos prefieren interpretar la C. Pol. desde la perspectiva de que sus normas son de carácter neutro. Afirman que el concepto OPE «responde [...] a una visión iusnaturalista católica sobre la constitución chilena»²⁹, y proponen que el concepto debe «dejar paso a una concepción constitucional que recoja la verdadera tradición liberal democrática chilena y que se funda más directamente en los principios constitucionales de libertad e igualdad»³⁰. Esa es su real crítica, y la recomendación a abandonar el uso de la noción OPE es solo la consecuencia.

b) Utilidad de los enfoques doctrinales

La actitud con que la mayoría de la Doctrina se ha enfrentado al problema de la determinación de la noción OPE es ilustrada por José Guerrero Becar del siguiente modo: «los autores que desean referirse al tema, en un gran porcentaje, soslayan definir el concepto optando por utilizar uno ya dado o bien decididamente entran al tema dando el concepto por supuesto y conocido»³¹.

Fernandois también da cuenta de esta actitud doctrinaria señalando que «existe una notoria desproporción en la producción doctrinaria sobre el OPE en relación a la utilización que se hace de él»³², incluso afirma que «indagar por aproximaciones doctrinarias anteriores a la Constitución de 1980 resulta aún más frustrante intelectualmente»³³.

²⁸ MASBERNAT MUÑOZ, Patricio – HURTADO CONTRERAS, José, *Crítica al Concepto de Orden Público Económico*, en *Revista de Derecho Público* 66 (2004), p. 217.

²⁹ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, cit. (n. 25), p. 64.

³⁰ RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, cit. (n. 25), p. 64.

³¹ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico, La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1991), p. 99.

³² FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 41.

³³ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 42.

Tal actitud doctrinaria hace surgir el cuestionamiento acerca de cual es la utilidad de la noción OPE en el ordenamiento jurídico chileno.

Respecto de la utilidad de las definiciones funcionales lo primero es decir que propiamente no definen, ya que no permiten explicar en que consiste el objeto definido, sino que solamente se limitan a describir el aspecto externo del OPE, solo hacen referencia a su función de organizar la actividad económica. Reducen la noción OPE a ser un título aglutinador de todas las herramientas que el Estado tiene a su disposición para organiza la economía, ya sean las leyes de la función legislativa o los actos de autoridad de la función ejecutiva. La utilidad del uso de la noción OPE bajo este enfoque incluso es cuestionable en economías dirigidas, volviéndose completamente inútil en economías de mercado, debido a que se refiere exclusivamente al rol del Estado como regulador de la economía, sin referirse a la actividad del resto de los agentes económicos, a la posición en que se ubica a cada uno de los demás elementos que componen la actividad económica y sus derechos.

Luego, respecto de la utilidad de las definiciones materiales, si bien ellas asignan un contenido a la noción OPE, no lo definen de un modo general y abstracto, como cualquier institución del Derecho, sino que lo hacen de un modo interesado en limitar su significado a solo uno posible. Tal grado de determinación constituye un vicio en el modo de comprender la noción, ya que la simple constatación de que el OPE existe en sistemas económicos radicalmente diferentes permite concluir que no es propio o exclusivo de alguno de ellos. Desde el punto de vista del enfoque material la utilidad de la noción OPE se reduce a abreviar la idea de que la C. Pol. contiene un conjunto de principios y normas que institucionalizan un único y determinado sistema económico.

Por último, respecto de las definiciones situacionales, que si bien constituyen un avance, al dotar de un contenido abstracto a la noción OPE por centrarse en la idea de situación o estado de las cosas de la actividad económica, terminan por contener el mismo vicio que las definiciones materiales, ya que aunque sea de manera indirecta, igualmente remiten a los valores contenidos en la C. Pol. Con ello, el contenido del OPE se vuelve pétreo y conduce a que solo sea posible el orden de la actividad económica resultante de un único sistema económico.

A partir de ésto se aprecia que desde ninguno de los enfoques que ha desarrollado la doctrina para aproximarse a la noción OPE le asigna un valor jurídico relevante. Porque la definición de OPE imperante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia solo sirve para abreviar la idea de que la C. Pol. contiene un conjunto de principios y normas que institucionalizan un determinado sistema económico, lo cual carece de utilidad hermenéutica.

En consecuencia, solo parece posible tomar uno de dos caminos: o se abandona la noción OPE – pero por ausencia de utilidad jurídica- o por OPE se debe entender otra cosa.

c) Sentido y alcance de la noción

Como se indicó al principio, se adhiere a la idea de que el OPE constituye una especie de la noción más amplia denominada OP. Al respecto, Alfredo Nebreda Le Roy señala que «hoy se discute si el concepto de orden público económico está o no en una relación de especie a género respecto del concepto orden público. Nosotros, al contrario de muchos autores, adherimos a esta clasificación: el orden público económico pertenece a una especificación del orden público»³⁴, y es a partir de este supuesto que se procurará determinar el sentido de la noción OPE.

Para realizarlo se recurrirá al lenguaje empleado por Alejandro Guzmán Brito a propósito de la forma de distinguir el derecho público del derecho privado³⁵.

Como se señaló, el OPE encuentra su origen en la Doctrina Clásica del Orden Público, doctrina que identifica la existencia de normas o regulaciones establecidas por la ley pública para producir efectos en la esfera del derecho privado. Y el fundamento de tal afectación por la ley pública al ámbito de la esfera privada se encuentra en las implicancias extra-privadas que tienen las materias reguladas.

El efecto de aquellas normas o regulaciones establecidas por la ley pública es que ubican a los individuos en una situación de que cuando regulen su propia esfera de competencia, a través de leyes privadas, deben tomarlas necesariamente en cuenta. En un origen, esta afectación al ámbito de la esfera privada solo limitaba al ejercicio de la libertad contractual, pero, en la medida en que se desarrolló y fue posible distinguir a la libertad de empresa, surgieron también normas o regulaciones establecidas por la ley pública que limitaban su ejercicio, y fue a éstas específicas normas o regulaciones establecidas a través de la ley pública a lo cual Ripert denominó OPE.

Entonces, el OPE nace como una noción meramente funcional, aglutinadora de toda la regulación que limita a la libertad de empresa.

³⁴ NEBRED LE ROY, Alfredo, *Regulación constitucional del Orden Público Económico: análisis jurisprudencial* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2000), p. 4.

³⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Notas sobre el Derecho Público* en *Revista de Derecho Público* 20 (Santiago, 1976), pp. 385 – 393.

Con el transcurso del tiempo, y consecuencia de los cambios sociales, que en parte surgieron como reacción ante la excesiva regulación limitadora de la libertad de empresa, surge un nuevo enfoque para entender el OPE, el enfoque material.

El enfoque material mantiene la idea de que el OPE se encuentra constituido por una regulación que limita a la libertad de empresa, sin embargo, lo específico y preponderante de este nuevo enfoque es la inclusión al contenido del OPE de una regulación que además de limitar, garantiza. Garantiza el ejercicio de la libertad de empresa a través de normas que surgen como consecuencia de la afirmación de primacía del hombre por sobre el Estado.

Pero, sería erróneo entender a la noción OPE solo por los instrumentos de que se vale el Estado para organizar la actividad económica, o solo desde la perspectiva individual de la libertad de empresa, ya que el sentido de la noción OPE se aprecia plenamente desde la perspectiva de la sociedad. El OPE debe comprender tanto la regulación que la sociedad hace a través de la ley pública para su propia esfera pública, como la regulación que la sociedad hace a través de la ley pública para la esfera privada. La ley pública ya no tan solo regula, limitando y garantizando, la libertad individual de empresa, sino que además, y aquí lo específico y preponderante ahora, regula la actividad económica en su conjunto.

De ahí la necesidad de un orden, porque mientras se trataba de regular tan solo la actividad individual realizada al amparo de la libertad de empresa, era legítimo que hubieran tantos ordenes cuantos individuos o actividades fueran, sin embargo, como ahora se trata de regular la actividad económica en su conjunto, y como ello es algo que compete a la sociedad, solo puede haber un orden, y es a éste último orden a lo que se refiere la noción OPE, a la posición en que se ubica a cada uno de los elementos que componen la actividad económica.

Avilés confirma este razonamiento, al señalar que «la noción de orden público económico, concreción económica de la antigua noción de orden público, nace junto con el surgimiento de una serie de normas que limitaban la acción de los privados en el campo económico, todo ello a favor de la colectividad»³⁶. En este mismo sentido Nebreda afirma que el concepto de OPE «tiene su nacimiento en el aumento de la injerencia económica del estado moderno en la regulación de las actividades económicas, tanto en las relaciones económicas entre los particulares, como en la de éstos con el Estado»³⁷.

³⁶ AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Algunas Consideraciones Constitucionales sobre el Orden Público Económico y el Derecho penal*, en *Revista de Derecho Público* 62 (2000), p. 173.

³⁷ NEBRED LE ROY, Alfredo, cit. (n. 34), p. 4.

3. Concepto y función del Orden Público Económico

El OPE es definido por un autor español, Fernando Sainz Moreno, como «el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado»³⁸.

Sainz razona a partir de la premisa que OPE es una especie que pertenece a la noción más amplia OP, al respecto y refiriéndose también a la utilidad de la noción, señala que «al insertar la noción de “orden público económico” en la más antigua y elaborada noción jurídica de orden público, se pretende atribuir a la primera la eficacia de la segunda, constituyéndola así en el fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones»³⁹.

Afirma que se trata de una noción plenamente jurídica, y que, como tal, se utiliza con el propósito de lograr determinados efectos jurídicos «tanto en el ámbito de los negocios privados como en el de la actuación singular o reglamentaria de la Administración»⁴⁰, agrega que «cuando el legislador o la jurisprudencia aluden al “orden público económico” no lo hacen con el propósito de situar esta noción en un esquema general de ideas, sino que con la intención de lograr un resultado práctico, esto es, el mismo que se obtiene cuando se emplea la expresión “orden publico” »⁴¹, de ahí que para determinar cuales son los efectos jurídicos del OPE deba analizarse el alcance de la noción OP.

La función que le asigna al OP es la protección de ciertas normas y principios, proteger lo «mínimo y esencial para la convivencia armónica de la comunidad»⁴², y como consecuencia, la utilidad del OPE es proteger las reglas mínimas y esenciales para el desarrollo de la actividad económica de la sociedad. De ahí que el resultado práctico que se debe obtener cuando se emplea la noción OPE sea «lograr en el ámbito de la actividad económica los efectos típicos de la noción de orden público: establecimiento de límites y prohibiciones, declaraciones de nulidades e imposición de sanciones»⁴³.

Respecto de su naturaleza jurídica, Sainz califica al OPE como un concepto jurídico indeterminado, y agrega que esta naturaleza se explica porque el OPE es un concepto valorativo «implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica

³⁸ SAINZ MORENO, Fernando, *Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia*, en *Revista Administración Pública* 84 (1977), p. 599.

³⁹ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 597.

⁴⁰ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 599.

⁴¹ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 600.

⁴² SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 605.

⁴³ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 605.

con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas»⁴⁴. Pese a ésto, no deja de ser un concepto jurídico ya que su contenido normativo está constituido por «normas escritas [...] o reconocidas por la jurisprudencia o por la doctrina como principios generales del ordenamiento jurídico»⁴⁵, normas que «solo adquieren pleno sentido cuando se ponen en relación con un supuesto de hecho concreto al que se trata de calificar»⁴⁶, y esto último explicaría porqué la doctrina no ha logrado establecer con claridad y con cierto grado de consenso cual es su contenido y función en el ordenamiento jurídico chileno.

Por último, Sainz caracteriza al OPE como un concepto de contenido variable, pero no tanto como para generar inseguridad jurídica, sino que en el sentido de que «siendo, pues, un concepto abierto, lo es a la evolución de un “orden” cuyo contenido, si bien varía sustancialmente a largo plazo, sufre mutaciones moderadas y paulatinas a corto plazo porque solo asume aquellas variaciones que han logrado un grado suficiente de fijeza y aceptación»⁴⁷, de ahí que su apreciación se encuentre «fuertemente condicionada por la capacidad de comprensión de quien lo aplica»⁴⁸.

En definitiva, el OPE es el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado, y su utilidad o función radica en proteger tales reglas y principios mínimos y esenciales para el desarrollo de la actividad económica de la sociedad, ya que a diferencia de lo que se obtendría con una protección aislada de cada uno de sus componentes, el OPE protege el orden económico de un país en un momento dado, desde una perspectiva de visión de conjunto, en la cual cada uno de sus elementos se encuentran interrelacionados.

4. *Establecimiento del Orden Público Económico en la Constitución*

Cea afirma que «para comprender el sentido y alcance del sistema de disposiciones que conforman el Orden Público Económico, la fuente más confiable se halla en la historia fidedigna de la Constitución»⁴⁹. Y, precisamente, al revisar las actas de debate de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución⁵⁰ se observa que una de las primeras

⁴⁴ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 599.

⁴⁵ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 604.

⁴⁶ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 599.

⁴⁷ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 604.

⁴⁸ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 605.

⁴⁹ CEA EGAÑA, José Luís, *Notas sobre Orden Público Económico*, en *Gaceta Jurídica* (1991) 135, p. 19.

⁵⁰ En adelante CENC.

grandes decisiones que tuvieron que realizar fue determinar la conveniencia de sistematizar el OPE en un solo capítulo de la C. Pol., o no.

Al respecto, el principal debate tuvo lugar a propósito de la presentación de una minuta por parte de Alicia Romo Román, y de la exposición efectuada posteriormente por Guerrero del Río, Fiscal del Banco Central de la época. Ambas presentaciones decían relación con los contenidos que en materia de OPE debiera contener el anteproyecto de C. Pol.

Al respecto, Romo señaló que «tal vez sería práctico abordar la materia aprovechando el actual artículo 44 de la Carta Fundamental, donde hay varias normas sobre Orden Público Económico, a menos que la Comisión crea conveniente concentrar todos los preceptos de esa índole en un solo Capítulo, lo que a mi modo de ver sería inadecuado, porque se correría el riesgo de omitir algunas ideas o el de facilitar la derogación total de la preceptiva en un futuro cercano»⁵¹, a lo que Enrique Ortúzar Escobar, Presidente de la CENC, indicó que no sería posible «incluir en un solo capítulo todas las normas relativas al Orden Público Económico, porque hay muchas que necesariamente estarán insertas a lo largo de todo el texto constitucional [...] pero que podrá configurarse una preceptiva al respecto una vez que se estudie el conjunto de disposiciones sugeridas»⁵².

Más adelante en la discusión, Raúl Bertelsen Repetto instó a que debía resolverse si se va a establecer o no en la C. Pol. un capítulo dedicado al OPE, señalando que «en caso positivo, deberá elaborarse una preceptiva ordenada, orgánica, encabezada por los principios básicos que se vayan desarrollando; y que si, en cambio, se establece a través del texto fundamental una serie de nociones congruentes relativas a materias de Orden Público Económico, la tarea de la Comisión será más fácil, por cuanto se limitará a la revisión de ciertas normas constitucionales existentes o a la inclusión de algunas nuevas [...] el Orden Público Económico debe ser el resultado de las disposiciones constitucionales que inciden en la actividad económica, permitiendo que en ésta se desarrolle la libertad humana [...] la inclusión de un capítulo semejante trastorna la técnica constitucional»⁵³.

Por último, Jaime Guzmán Errázuriz manifestó su apoyo a «la tesis del señor Bertelsen, que se declara partidario de establecer un Capítulo referente al Consejo Monetario, pero no así para el Orden Público Económico, materia que, a mi juicio, debe fluir de las disposiciones que figuran en las partes pertinentes del texto constitucional»⁵⁴.

⁵¹ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 388, p. 2903.

⁵² *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 388, p. 2903.

⁵³ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 388, p. 2906.

⁵⁴ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 388, p. 2907.

En definitiva, la CENC llegó al acuerdo de no establecer un capítulo para agrupar estas normas, fundados en que «se analizó la conveniencia de establecer un Capítulo especial en lo relativo al Orden Público Económico, llegándose a la conclusión de que, salvo lo referente al órgano monetario, no es posible incluir en él todas las normas atinentes a esa materia, por lo cual muchas de ellas quedarán dispersas en el texto constitucional, algunas en el Capítulo I –por ejemplo, las disposiciones sobre el bien común y autonomía de los cuerpos intermedios- ; otras en las Garantías Constitucionales, como la igualdad ante la ley, el derecho a la propiedad, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo, etcétera, y, por último, ciertas materias que deben ser objeto de ley [...] sería muy reiterativo, aparte que el sistema adoptado por la Comisión consiste en establecer primero los derechos y deberes ciudadanos y en tratar después, estas materias en relación con los distintos órganos [...] por todas estas consideraciones, exceptuando el órgano monetario, se estimó que las demás disposiciones deben quedar insertas donde corresponda»⁵⁵.

En este mismo sentido, resulta clarificadora la opinión que posteriormente emitiera Guerrero del Río, señalando que «en la elaboración de las disposiciones relativas al Orden Público Económico, se consideró la conveniencia de establecer un capítulo especial que lo desarrollara, pero se llegó a la conclusión que, salvo en lo referente al Banco Central, no era posible esa iniciativa. Desde el punto de vista de la Constitución, resulta más claro que los preceptos se incluyan entre aquellos que tienen aplicación dentro de las respectivas funciones de los diversos órganos del Estado. Por eso es que, sin perjuicio de la sistematización académica de las normas sobre Orden Público Económico, que siempre podrán hacerse, en definitiva muchas de estas disposiciones quedaron dispersas en el texto constitucional: algunas en el Capítulo primero, otras dentro de las garantías constitucionales, como la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y comercio y el derecho de propiedad, y por último, algunas materias que son propias del ámbito de la ley»⁵⁶.

De todo lo anterior se concluye que si bien no se estableció en la C. Pol. un capítulo especial relativo la regulación de la actividad económica, ello no significa que no exista ni se haya establecido un OPE en el ordenamiento jurídico chileno.

5. *Grado de determinación del Orden Público Económico establecido en la Constitución*

⁵⁵ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 393 p. 3000.

⁵⁶ GUERRERO DEL RÍO, Roberto – NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 1 (1997), pp. 117 – 118.

La mayoría de la doctrina afirma categóricamente que la C. Pol. no determina expresa ni tácitamente su adhesión a un sistema ni menos un modelo económico determinado, e incluso reconoce abiertamente la inconveniencia que tal situación significaría, ya que no se podría contar con la flexibilidad necesaria para manejar adecuadamente las eventuales coyunturas económicas.

Al respecto, Guzmán Errázuriz manifestó que «de parece grave constitucionalizar una política económica, en circunstancias de que lo único que se puede constitucionalizar es un esquema, una estructura económica – social que responda a los principios de justicia y que favorezca un régimen de libertad»⁵⁷.

En éste mismo sentido, Guerrero del Río también expresó la inconveniencia de consagrar constitucionalmente un determinado modelo económico, al señalar que «no es posible pretender que la institucionalidad económica signifique propender consagrar en el sistema constitucional un esquema económico determinado [...] grave sería pretender rigidizar el sistema económico o consagrarlo constitucionalmente»⁵⁸. Guerrero del Río concibe el OPE como un estado mínimo, un orden fundamental, básico, de ahí que también señalara que «por el contrario, el establecimiento de un orden público económico, entendido como el conjunto de normas y regulaciones que permiten el funcionamiento de la economía [...] lo estimamos de la más alta conveniencia»⁵⁹.

Al respecto Fernandois se pregunta «hasta dónde una Constitución puede legítimamente desarrollar su opción económica, sin afectar la esencia de la idea “constitución política”»⁶⁰, y para responderlo distingue tres planos: el de la definición de las bases del sistema económico; el de la adopción del o de los modelos económicos; y el de la formulación de políticas económicas. De acuerdo a dichas categorías económicas señala que «es natural que el campo propio de una Constitución Política sea únicamente el primer plano, que llamamos de las definiciones básicas del sistema económico»⁶¹.

Fernandois también manifiesta la impropiedad que significaría que la C. Pol. consagre en materia económica definiciones que vayan más allá del establecimiento de las bases del sistema económico al señalar que «la determinación en la Carta misma del modelo económico preciso que se propone para el Estado, y desde luego la formulación de políticas económicas en ella, contradirían violentamente la rigidez, permanencia y generalidad propias de toda constitución. Los modelos económicos [...] y las políticas

⁵⁷ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 389, p. 2940.

⁵⁸ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, cit. (n. 18), p. 79.

⁵⁹ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, cit. (n. 18), p. 80.

⁶⁰ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 38.

⁶¹ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 39.

económicas [...], carecen, por definición, de la permanencia, generalidad y consensualidad básicas para una definición constitucional»⁶².

Concluye que «la verdad es que nuestra ley fundamental no constitucionaliza ni un modelo económico ni políticas económicas determinadas. Además, y dependiendo de lo que se entiende por tal, puede afirmarse que tampoco eleva a rango constitucional un “sistema económico” determinado»⁶³. Incluso asegura que «en estricto rigor, el Código Fundamental que nos rige permite la implementación de modelos y políticas económicas muy diversas, desde las más socializantes hasta otras acentuadamente liberales»⁶⁴.

Sin embargo, Guerrero Becar, al analizar si las normas con contenido económico en la C. Pol. determinan o no, de un modo tácito, la adscripción a un sistema y modelo económico específicos, arriba a un resultado diferente a lo que la mayoría de la doctrina reconoce. Concluye que la C. Pol. «institucionaliza, en términos generales, el sistema y modelo económico que inspiraba al tiempo de su dictación: un sistema capitalista o liberal y un modelo económico neoliberal-monetarista de economía abierta [...] se dan todos los elementos: establece un régimen de propiedad privada; tácitamente otorga u importante rol al mercado y a los actores privados; relega al Estado a un papel subsidiario [...] En cuanto al modelo neoliberal reconoce constitucionalmente una preeminencia o priorización de los objetivos macroeconómicos de la estabilidad de precios y equilibrio de las cuentas interna y externa, por sobre la búsqueda del pleno empleo (sólo se refiere a la libertad de trabajo pero no a la obligación de otorgarlo), y al desarrollo económico, que debiera lograrse como consecuencia del logro de los dos primeros objetivos macroeconómicos»⁶⁵.

Guerrero Becar también manifiesta la inconveniencia de que se haya consagrado constitucionalmente un modelo económico en particular «ya que se restringe de sobremanera el manejo adecuado de las coyunturas que han caracterizado el carácter cíclico económico – político de nuestro país»⁶⁶, situación que quedó de manifiesto con la crisis de 1981 – 83, en la cual «para hacer frente a la coyuntura debió abandonarse diversos principios inspiradores de la política económica llevada hasta esos momentos para poder realizar un manejo adecuado de la crisis»⁶⁷.

Se desprende que Guerrero Becar también es de la opinión que sería conveniente el establecimiento de un OPE, en el sentido de un mínimo fundamental y básico en materia

⁶² FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 39.

⁶³ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 40.

⁶⁴ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 40.

⁶⁵ GUERRERO BECAR, José Luís, *La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 N° 21 y la Constitución Económica*, en *Revista Persona y Sociedad* 14 (2000) 3, p. 154.

⁶⁶ GUERRERO BECAR, José Luís, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 202.

⁶⁷ GUERRERO BECAR, José Luís, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 203.

económica, ya que ha señalado que «bastaría con regular el orden económico, fijando parámetros básicos como el reconocimiento al derecho de propiedad, reconocer el rol del mercado y establecer deberes al Estado (lograr bienestar y desarrollo de los individuos), los que deberían compatibilizarse con los derechos reconocidos al sector privado»⁶⁸.

La razón de que la C. Pol. consagre tácitamente el modelo económico que inspiraba al tiempo de su dictación, puede encontrarse en la desconfianza que tuvieron los miembros de la CENC hacia la labor hasta el momento realizada por el Poder Judicial. Así lo indica la opinión de Bertelsen, quién a propósito del debate acerca del establecimiento de la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica, afirmó que «si la Corte Suprema hubiera desarrollado suficientemente el principio de igualdad ante la ley, sería innecesario considerar en forma específica materias como la igualdad del hombre y la mujer y la igualdad entre chilenos y extranjeros para desarrollar actividades económicas [...] ese alto tribunal ha sido excesivamente cauto en establecer cuándo una ley es inconstitucional por vulnerar el principio de la igualdad ante la ley [...] dando así origen a las discriminaciones más acentuadas [...] ésta es una de las críticas más fuertes que pueden hacerse valer contra la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema [...] el insuficiente desarrollo del principio de la igualdad ante la ley en materias económicas»⁶⁹.

Junto con ésta desconfianza, también es posible identificar algún grado de temor por parte de los miembros de la CENC, ya que, en la misma sesión en que se debatió acerca del establecimiento de la garantía de no discriminación arbitraria en materia económica, Romo manifestó que era necesario «tomar todos los recaudos que permitan evitar la reiteración de errores cometidos en el pasado y la repetición de algunos vicios»⁷⁰. En éste mismo contexto, agregó que «el adjetivo “arbitraria” está de más [...] significaría dejar al juez la posibilidad de calificar cuándo un beneficio es discriminatorio, lo cual podría conducir a que una mentalidad socializante jamás lo estimara así»⁷¹.

Como consecuencia de ésta desconfianza y temor al interior de la CENC es que se desarrolló extensamente, tratando de evitar cualquier duda interpretativa que pudiera surgir, aspectos como el régimen de propiedad privada, la preeminencia de la iniciativa creadora del individuo y el rol subsidiario del Estado, con lo cual, más que establecer los aspectos fundamentales para el funcionamiento de la economía, se determinó tácitamente a un único sistema y modelo económico en el cual es posible desarrollar el régimen de propiedad y la preeminencia de la iniciativa creadora del individuo en los términos que la CENC

⁶⁸ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 202.

⁶⁹ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 389, p. 2935.

⁷⁰ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 389, p. 2937.

⁷¹ *Acta Oficial Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 389, p. 2939.

consideró esenciales para el desarrollo de la vida económica del país, no solo para el tiempo de su dictación, sino que para cualquier momento.

Ésta actitud ha sido descrita por Masbernat y Hurtado en términos de que «el gran error de la CENC, que tiñe todo el origen de la CPE, fue que el contenido de sus debates y decisiones en gran medida constituyeron reacciones frente a los atropellos a los que fueron sometidos los empresarios durante el Gobierno de la Unidad Popular»⁷².

La CENC, en su afán de que determinadas situaciones no se volvieran a repetir, no se limitó a establecer las bases de una estructura económica, sino que materializó todos los principios necesarios para que solo fuera constitucionalmente deseable alcanzar un modelo económico determinado. Esta situación es reconocida por Cea, quien ha señalado que «el propósito del Constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos»⁷³.

Si bien materializar un determinado OPE en la C. Pol. genera a corto plazo un alto grado de estabilidad económica -ya que el modo de funcionamiento de la economía se constituye en un elemento casi estático, una definición de carácter técnica, ajena a la contingencia política, y que no puede ser mayormente modificado por los gobiernos de turno, proveyendo certeza a los agentes económicos- como contrapartida, esta opción atenta directamente contra la naturaleza neutra y de contenido variable que debiera tener la noción OPE, lo cual puede producir, a largo plazo, consecuencias económicas peores que las que se trataron de evitar, ya el gobierno de turno que deba enfrentar una futura crisis económica puede encontrarse atado de manos, y sin las herramientas necesarias para hacer frente oportunamente a dichas coyunturas.

La desconfianza con que obró la CENC impide el normal funcionamiento de la noción OPE, ya que difícilmente la Jurisprudencia podrá recepcionar variaciones en el contenido de OPE, tal como le correspondería, «no a la luz de los constituyentes sino que del contexto económico y social del país al momento de realizar la interpretación»⁷⁴.

Pese a esto, se observa la utilidad de la noción OPE como una constante en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales en materia económica, ya que jamás podrán interpretarse las normas constitucionales con contenido económico de un modo contrario al OPE establecido, actuando este último como límite ante la interpretación asistemática o individual de dichas normas.

⁷² MASBERNAT MUÑOZ, Patricio – HURTADO CONTRERAS, José, cit. (28), p. 209.

⁷³ CEA EGAÑA, José Luis, *Notas sobre Orden Público Económico*, cit. (n. 49), 135, p. 18.

⁷⁴ GUERRERO BECAR, José Luis, *La libertad para desarrollar actividades económicas...*, cit. (n. 65), p. 156.

II. Constitución Económica

Como se señaló al principio de este capítulo, el Derecho Económico es «aquella rama que tiende a establecer el orden público económico»⁷⁵, y la noción OPE constituye la piedra angular que hace posible identificar al Derecho Económico como una rama con un enfoque particular sobre el Derecho.

Sin embargo, la C. Pol. al desarrollar su opción en materia económica, de forma tácita, por lejos más allá de un mínimo fundamental para garantizar el desarrollo armónico de la actividad económica, ha ocasionado una distorsión en la naturaleza de la noción OPE en el ordenamiento jurídico chileno, afectando, en consecuencia, a la función principal que le corresponde realizar al Derecho Económico.

La esencia de la noción OPE es su carácter valorativo o abierto, y la posibilidad de que su contenido pueda variar es determinante para que el OPE pueda cumplir su función de proteger las reglas y principios mínimos y esenciales para el desarrollo de la actividad económica de la sociedad en un momento dado, de ahí que la determinación de su contenido requiera «una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica»⁷⁶.

El hecho de que esta selección de lo esencial para la vida económica ya se encuentre contenida en la C. Pol. excluye la posibilidad de que en el futuro pueda estimarse como esencial para el desarrollo de la vida económica del país un sistema diferente al capitalista o liberal y al modelo económico neoliberal-monetarista de economía abierta.

La función característica del Derecho Económico es «reunir en un sentido coherente y armónico todas las normas legales que tienden a realizar el orden público económico o que forman y constituyen la estructura económica institucional»⁷⁷, es decir, determinar cual es el OPE vigente en un momento dado, su meta es «concretar el sistema y la estructura económicos»⁷⁸.

Sin embargo, como la C. Pol. ya determina cual debe ser el OPE vigente, crea una distorsión en la labor de búsqueda y sistematización propia del Derecho Económico, ya que en tales circunstancias resulta muy difícil que ocurran variaciones en el contenido del

⁷⁵ AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 145.

⁷⁶ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 599.

⁷⁷ AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 152.

⁷⁸ AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 1), p. 151.

OPE que logren «un grado suficiente de fijeza y aceptación»⁷⁹, y de las cuales el Derecho Económico pueda dar cuenta.

Asumiendo que ya se encuentra establecido cual es el OPE imperante, lo que le resta al Derecho Económico es identificar y sistematizar cuales son las normas que lo componen, para lo cual resulta más preciso la utilización de la noción constitución económica⁸⁰.

1. *La noción Constitución Económica*

La CE es definida por Guerrero Becar como «el conjunto de normas de rango constitucional que regulan los actores y los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la actividad económica de un país»⁸¹, se trata, entonces, de la materialización normativa del OPE establecido por la C. Pol.

Este concepto de CE consta de tres elementos: primero, se refiere a las normas constitucionales, las cuales debido a su posición al tope de la pirámide de jerarquía normativa determinan el contenido del resto de las normas de inferior jerarquía; segundo, se refiere a la determinación de quienes son los elementos que componen la actividad económica; y tercero, se refiere al modo en que pueden participar en la actividad económica tales elementos.

En este mismo sentido, Jessica Fuentes Olmos señala que «por constitución económica se entiende el conjunto de normas fundamentales que configuran la definición política del sistema económico»⁸², explicando el alcance de su definición, agrega que se denomina CE «al contenido doctrinario o ideológico de las constituciones referido a la fijación de determinados límites o determinados contenidos de las decisiones del poder político en materia económica, por ejemplo, la consagración constitucional de un régimen liberal»⁸³

⁷⁹ SAINZ MORENO, Fernando, cit. (n. 38), p. 604.

⁸⁰ En adelante CE.

⁸¹ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 142.

⁸² FUENTES OLMOS, Jessica, *Constitución Económica y Régimen Financiero*, en *Apuntes de cátedra Derecho Constitucional II PUCV* (2001), p. 1.

⁸³ FUENTES OLMOS, Jessica, cit. (n. 82), p. 1.

2. Contenido de la Constitución Económica

Fernandois identifica cuales son los principios de OPE reconocidos en la C. Pol., advirtiendo que «la sola primacía del hombre por sobre el Estado permitiría omnicomprender todos los demás principios, incluidos el de subsidiariedad y desde luego el de libertad económica»⁸⁴; y tales principios son los siguientes:

- i) la primacía del hombre y el principios de autonomías sociales;
- ii) el principio de subsidiariedad económica;
- iii) el principio de interdicción de la arbitrariedad: igualdad y no discriminación económica arbitraria;

- iv) el principio de propiedad privada;
- v) el principio de revisión judicial económica;
- vi) el principio de la reserva legal de la regulación económica;
- vii) el principio de la política monetaria independiente y disciplina del gasto fiscal.

Y a continuación denomina «garantías del OPE»⁸⁵ a las siguientes normas constitucionales que son manifestación de tales principios:

- i) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, al orden público o a la seguridad nacional;
- ii) la igualdad y no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica;
- iii) la libre accesibilidad a la propiedad de los bienes corporales e incorporeales;
- iv) el derecho de propiedad;
- v) la igualdad, justicia y no afectación tributarias; y
- vi) la intangibilidad de la esencia de los derechos y garantías constitucionales.

Por otra parte, Guerrero Becar identifica latamente cuales son las normas integrantes de la CE, y con la finalidad utilizarlas para apreciar la presencia de un determinado sistema económico las dividió en dos grupos, y las analizó para definir, por una parte, si dichas normas establecen un régimen de propiedad pública, privada o mixta de los medios de producción y consumo; y por otra, si ellas otorgan un rol relevante al mercado, a un sistema de planificación o si no se pronuncian al respecto.

Los elementos que permiten apreciar la presencia de un determinado sistema económico son dos, la propiedad de los medios de producción y el mecanismo de asignación de recursos. La propiedad de los medios de producción puede ser de carácter

⁸⁴ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 85.

⁸⁵ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, cit. (n. 12), p. 117.

público o privado, mientras que los mecanismos de asignación de recursos pueden ser el mercado o el plan.

Al respecto, Guerrero Becar señaló que en la medida que dichas normas «permitan el establecimiento de diversas políticas económicas inspiradas en variadas conceptualizaciones ideológicas – económicas que pueden inspirar a la autoridad, esta Constitución será de carácter neutra en materia económica; si por el contrario, sus normas o límites son de un carácter tan restringido que lleven a determinar a priori las políticas económico – sociales que deben implementarse dentro de un estado, dicha Constitución será restringida o interesada, teniendo mayores posibilidades de adscribirse a un sistema o modelo económico determinado»⁸⁶.

Las normas de la CE que configuran el régimen de propiedad, son las siguientes:

- i) derecho a adquirir la propiedad, art. 19 n° 23;
- ii) derecho a conservar la propiedad con el disfrute de todas sus facultades, art. 19 n° 24;
- iii) propiedad minera pública, y propiedad privada sobre su concesión, art. 19 n° 24 inc. 6°;
- iv) propiedad intelectual e industrial, art. 19 n° 25;
- v) derecho de aguas, art. 19 n° 24 inc. 11°; y
- vi) régimen de expropiación de la propiedad, de carácter garantista para el expropiado, art. 19 n° 24 inc. 3°.

Del análisis de estas normas Guerrero Becar concluyó que «la Constitución establece un amplio reconocimiento al Derecho de Propiedad y en particular de la propiedad privada de los medios de producción y consumo»⁸⁷, con lo cual determina el primer elemento para identificar el sistema económico.

Por otra parte, las normas de la CE que dan forma al mecanismo de asignación de recursos, son las que siguen:

- i) primacía del hombre, autonomía de los grupos intermedios y subsidiariedad del Estado, art. 1°;
- ii) libertad de emprender, art. 19 n° 21;
- iii) régimen de Estado empresario, de carácter limitativo, art. 19 n° 21 inc. 2°;
- iv) igualdad en materia económica, art. 19 n° 22;
- v) igualdad ante los tributos y cargas públicas, art. 19 n° 20;
- vi) libertad de trabajo, art. 19 n° 16;
- vii) derecho a sindicarse, art. 19 n° 19;
- viii) libertad de asociación, art. 19 n° 15;

⁸⁶ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 110.

⁸⁷ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 198.



- ix) manifestación del rol subsidiario del Estado en materia de salud, art. 19 n° 9;
- x) manifestación del rol subsidiario del Estado en materia de seguridad social, art. 19 n° 18;
- xi) restricción a la posibilidad de adquirir préstamos por parte del Estado, sus organismos y las municipalidades, art. 63 n° 7;
- xii) restricción a la posibilidad de celebrar operaciones que puedan comprometer el crédito o responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y las municipalidades, art. 63 n° 8;
- xiii) restricción a la posibilidad de adquirir préstamos por parte de las empresas del Estado, art. 63 n° 9;
- xiv) materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, de carácter económico, art. 65 inc. 3°;
- xv) intervención vinculante del Congreso Nacional en la fijación del gasto público a nivel nacional, art. 67; y
- xvi) banco Central autónomo, respecto del Presidente de la República, para el manejo de la política monetaria, arts. 108 y 109.

Y del análisis de este segundo grupo de normas Guerrero Becar concluyó que «dichas normas, en su conjunto, reconocen un claro papel al mercado y la iniciativa privada en materia económica cambiando el rol del Estado de un estado desarrollista y empresario a un estado subsidiario»⁸⁸.

Siguiendo las conclusiones Guerrero Becar, es posible afirmar que si bien la C. Pol. no se manifiesta expresamente respecto a la determinación del tipo de OPE al que aspira, si opta por hacerlo tácitamente, ya que examinadas las normas que integran la CE se observa que fueron creadas para garantizar solo un tipo de OPE posible, el constituido por normas que tienden a realizar el sistema capitalista o liberal y un modelo económico neoliberal-monetarista de economía abierta, sistema y modelo económico que fueron considerados por el constituyente como esenciales para la vida económica, conclusión que confirman Zavala y Morales, quienes señalan que «los hechos acaecidos en el régimen de la Unidad Popular llevaron a que quienes elaboraron el texto constitucional se preocuparan de consagrar en dicho código político los principios fundamentales que se reconocieron a mediados de la década de los setenta y que no eran sino los que informaban el modelo económico que hoy se conoce como neoliberal»⁸⁹.

⁸⁸ GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del Orden Económico...*, cit. (n. 31), p. 201.

⁸⁹ ZAVALA ORTIZ, José Luis - MORALES GODOY, Joaquín, cit. (n. 6), p. 14.

III. Conclusiones

1. El Derecho Económico es aquella rama que tiende a establecer el OPE, ya que organiza el sistema y la estructura institucional económicos, lo cual constituye a la noción de OPE en la piedra angular que hace posible identificar al Derecho Económico como una rama con un enfoque particular sobre el Derecho.
2. El OPE es una especie de la noción más amplia denominada OP, cuyo origen se encuentra vinculado al surgimiento de la Doctrina Clásica del Orden Público.
3. Pese a los distintos enfoques doctrinales que han surgido para aproximarse a la noción OPE, ninguno de ellos ha logrado definirlo de un modo general y abstracto, ni le ha asignado efectos que permitan apreciar su utilidad jurídica.
4. El OPE se encuentra constituido por aquellos principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa, y su función es proteger las reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento dado.

5. Todo OPE es igualmente funcional, ya que siempre tiene por finalidad organizar la actividad económica. Lo que distingue a un OPE de otro es su aspecto material, lo que para cada sociedad resulta esencial al momento de organizar la economía, y dicho aspecto material, como cualquier otro asunto que parezca esencial para una sociedad, se encuentra contenido en la C. Pol. Lo cual es diferente a que producto de la aplicación de tales reglas básicas surja en los hechos un particular orden o situación de la actividad económica, propio y distinguible en cada sociedad.
6. La C. Pol. no establece un capítulo especial relativo a la regulación de la actividad económica, lo cual no significa que no exista un OPE en el ordenamiento jurídico chileno.
7. Si bien la mayoría de la doctrina es categórica en afirmar que la C. Pol. no determina ni expresa ni tácitamente su adhesión a un sistema ni menos a un modelo económico determinado, e incluso reconoce abiertamente la inconveniencia que tal situación significaría, la C. Pol. sí contiene una opción en materia económica, que si bien no es expresa, se encuentra formulada en términos tales que va por lejos más allá de establecer un mínimo fundamental para garantizar el desarrollo armónico de la actividad económica.
8. El motivo de que la C. Pol. consagre tácitamente el modelo económico que inspiraba al tiempo de su dictación se encuentra en la visión crítica que tuvo la CENC de la labor hasta el momento realizada por el Poder Judicial. Consecuencia de la desconfianza hacia el Poder Judicial no se dudó en determinar un único sistema y modelo económico en el cual sea posible desarrollar el régimen de propiedad y la primacía de la iniciativa creadora del individuo, en los términos que el mismo la CENC consideró esenciales para el desarrollo de la vida económica del país.
9. Tal predeterminación en el contenido del OPE causa una distorsión en la naturaleza neutra y el contenido variable de la noción, ya que las normas de la CE se encuentran tan latamente desarrolladas que no dejan espacio para que con el tiempo la sociedad decida interpretarlas en un sentido diverso del actual, distorsión que afecta la función principal del Derecho Económico, y que incluso podría producir a largo plazo consecuencias económicas peores que las que la CENC trató de evitar.
10. La selección de lo esencial para la vida económica nacional ya se encuentra contenida en la C. Pol., por lo que resta al Derecho Económico la labor de identificar y sistematizar cuales son las normas que componen el OPE, adquiriendo mayor importancia hermenéutica la noción CE, que corresponde a la materialización normativa del OPE establecido en la C. Pol.

IV. Bibliografía

1. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República.*



2. AIMONE GIBSON, Enrique, *Concepto y Contenido del Derecho Público Económico*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 128 (1964).
3. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Persona humana, autonomía privada y orden público económico*, en *Revista Actualidad Jurídica* 4 (2001).
4. AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Algunas Consideraciones Constitucionales sobre el Orden Público Económico y el Derecho penal*, en *Revista de Derecho Público* 62 (2000).
5. AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Orden Público Económico y Derecho Penal* (Santiago, Editorial Conosur, 1998).
6. CEA EGAÑA, José Luís, *Notas sobre Orden Público Económico*, en *Gaceta Jurídica* (1991).
7. CEA EGAÑA, José Luís, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica, 1988).
8. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006).
9. FUENTES OLMOS, Jessica, *Constitución Económica y Régimen Financiero*, en *Apuntes de cátedra Derecho Constitucional II PUCV* (2001).
10. GUERRERO BECAR, José Luís, *La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 N° 21 y la Constitución Económica*, en *Revista Persona y Sociedad* 14 (2000) 3.
11. GUERRERO BECAR, José Luís, *Regulación Constitucional del Orden Económico, La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas, 1991).
12. GUERRERO DEL RÍO, Roberto, *La Constitución Económica*, en *Revista Chilena de Derecho* 6 (1976).
13. GUERRERO DEL RÍO, Roberto, *Orden Público Económico*, ahora, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, 2001).
14. GUERRERO DEL RÍO, Roberto – NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* 1 (1997).
15. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Notas sobre el Derecho Público* en *Revista de Derecho Público* 20 (Santiago, 1976)
16. HURTADO CONTRERAS, José Tomás, *El Orden Público Económico*, en *Colección Seminarios Facultad de Derecho Universidad de Chile* (1980).
17. MAC HALE, Tomás, *Orden, Orden Público, y Orden Público Económico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969).
18. MASBERNAT MUÑOZ, Patricio – HURTADO CONTRERAS, José, *Crítica al Concepto de Orden Público Económico*, en *Revista de Derecho Público* 66 (2004).
19. NEBREDA LE ROY, Alfredo, *Regulación constitucional del Orden Público Económico: análisis jurisprudencial* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2000).
20. RAMÍREZ SOTO, Joahanna Carolina, *Orden Público: concepto, evolución y su consagración en la Constitución Política de la República* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Tesis Licenciado en Ciencias Jurídicas, 2004).
21. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.
22. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, en *Revista de Derecho Público* 12 (2000).

23. SAINZ MORENO, Fernando, *Orden Público Económico y Restricciones de la Competencia*, en *Revista Administración Pública* 84 (1977).
24. ZAVALA ORTIZ, José Luis - MORALES GODOY, Joaquín, *Derecho Económico* (2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2004).