

# Persona humana, autonomía privada y orden público económico

**Enrique Alcalde Rodríguez**

Vicedecano y Profesor de Derecho Civil  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## Persona humana y autonomía privada

A modo de premisa, cuya fundamentación excede los propósitos de estas notas, advertimos que nuestra posición parte de un concepto del Derecho que supone su identificación con "lo justo", esto es, con lo debido a otro en razón de una cierta igualdad o proporción.<sup>1</sup> Por lo mismo, concebimos el orden jurídico como la regulación del obrar humano en lo que atañe a las relaciones de justicia, es decir, de la atribución a personas de aquello que les es suyo y que, por virtud de la fuerza con la cual se vincula a ellas, decimos que les "pertenece" o que les "es debido".<sup>2</sup> Para la consecución de este fin, la vida en sociedad –exigencia impuesta por la propia naturaleza humana– determina la necesidad de contar con normas jurídicas que, en cuanto reglas de conducta, y respetando tal naturaleza,<sup>3</sup> permitan efec-

<sup>1</sup> Soto Kloss se expresa en relación al punto en los siguientes términos: "“Lo justo” es un objeto determinado en sí mismo, independiente de las disposiciones subjetivas o contingentes del agente que realiza el acto de justicia. La rectitud del objeto, de lo debido, no se determina en función de la subjetividad del hombre, sino por sí misma; la relación jurídica sólo se establece por la mediación del objeto (la cosa): la pretensión de uno y el deber del otro. Los sujetos que son parte de la relación jurídica se relacionan en razón de la cosa (*res*), de un objeto, y este mide su relación y la “ordena”; es un principio de orden, en la medida que exista esa igualdad requerida, que es la que equilibra y “ajusta” la relación. Ese “lo justo” es precisamente el Derecho, el *ius*". SOTO KLOSS, *Moral y Derecho: Una aproximación a...*, pág. 19.

<sup>2</sup> Sin embargo, aun entre nosotros, nombres tan ilustres como el del profesor Rodríguez Grez, inspirados en corrientes positivistas, tienen a la justicia por un concepto "ajeno" al Derecho. Ello, p. ej., lo lleva a escribir que "lo estricta y puramente jurídico desdeña el enfoque axiológico... su trascendencia sólo puede apreciarse desde otra perspectiva (la justicia y demás valores), diferente de la proporcionada por el derecho". RODRÍGUEZ GREZ, *El Derecho como creación...*, pág. 15.

<sup>3</sup> En este sentido, la naturaleza del hombre constituye medida de orden y proporción. "Es medida de orden, porque es principio de operación y toda operación tiende a un fin; por lo mismo comporta un orden ínsito en ella, pues no hay finalidad sin ordenación. Y es razón o medida de proporción, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio a la vez de lo que al hombre corresponde como tal". HERVADA, Javier, *Historia de la Ciencia del...*, págs. 29 y 31. En esta misma línea, pero refiriéndose a la indisoluble "trilogía" racionalidad-naturaleza-moral, son sustanciales los aportes que proporciona el pensamiento de autores como Finnis, para

tuar dicha atribución dentro de un sistema armónico y coherente, cuyo tramado ha sido tejido, en parte, con las fibras de un conjunto de nociones que llamamos principios generales de derecho. De igual modo, advertimos que la prosecución de tales logros impone, además, la necesidad de que el Estado asegure un orden que sirva de marco para desarrollar, tanto el mismo como los individuos, las acciones que se enderecen en este sentido. Ello es, en palabras de *Messner*, lo que sirve de fundamento de la autoridad estatal y que, al mismo tiempo, lleva a concebir el Estado ante todo y principalmente como una "unidad o comunidad jurídica".<sup>4</sup>

En lo que respecta a la relación entre el hombre y dicho orden, una primera consideración lleva a concluir que dada la condición de aquél, en cuanto ser creado a imagen y semejanza de Dios –de lo que emana, a su vez, su especial *dignidad*–,<sup>5</sup> forzosamente el Derecho debe ser pensado y aplicado en función de tal antecedente. Por lo mismo, se han de reconocer por éste las limitaciones que le impone la circunstancia de enfrentar una realidad que le es anterior, y ante la cual debe subordinarse conforme a una relación de medio a fin. Nos rebelamos, por tanto, contra aquellos que postulan que la noción de *persona* corresponde a una mera creación de la ciencia jurídica, una "forma pura, carente de todo juicio valorativo que no sea

---

quien "la primera condición de la acción humana para que sea efectivamente tal y sea susceptible de una valoración ética es la de su racionalidad. Para que un tipo de conducta sea incluida como mínimamente racional, es decir, para que sea considerada como una acción humana, se requiere que esta acción esté dirigida hacia un bien, y aquí ya encontramos la expresión más básica de la regulación que ejerce el primer principio de la razón práctica: "El bien debe ser perseguido y el mal evitado". La dificultad se plantea al intentar dar contenido a este principio básico de la acción: ¿Cómo sabemos que lo que consideramos un bien es verdaderamente un bien para el hombre? La respuesta a esta cuestión no se puede ni debe plantear desde una teoría metafísica de la bondad o de alguna antropología específica, pues estaríamos realizando una ética de tipo inferencial o deductivista y desperdiciaríamos la evidencia que nos presta la experiencia ética, que es expresión de la misma racionalidad humana". MOYA, op. cit., pág. 96.

<sup>4</sup> MESSNER, op. cit., pág. 817.

<sup>5</sup> Ello incluso se ha reconocido explícitamente en la historia fidedigna de la actual Constitución Política, al precisar que "la dignidad del ser constituye una emanación de su Creador". "Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", de fecha 16 de agosto de 1978. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, "Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos", Editorial Jurídica de Chile, s/año. Esta concepción, por lo demás, no es privativa de la cultura o credo cristiano. Sin ir más lejos, destaquemos que para los judíos "el hombre es la "corona de la creación", el ser que más se asemeja a Dios, puesto que ha sido creado a Su imagen y semejanza, preservando en su alma el sello de la divinidad. Desde el momento que está dotado de inteligencia y libre albedrío para elegir entre el bien y el mal, su dignidad viene dada por su misión de "servir de colaborador de Dios en el proceso evolutivo de la vida y de la recreación progresiva del mundo". VEGHAZI K., Esteban, op. cit., págs. 162 y 170. Para los judíos, la búsqueda de la santidad personal encuentra su sustrato, junto con el reconocimiento de la Paternidad Divina, precisamente en esta "dignidad espiritual del hombre". Es dable destacar también el hecho de que para la tradición judía, el llamado universal a la santidad, a través de la actividad diaria y cumplimiento de los deberes ordinarios que enfatizara el Concilio Vaticano II, ha sido la forma en que han entendido el mandato contenido en la Torá según el cual "Seréis santos, porque soy santo yo, vuestro Dios", (Lev. 19:2) y que Jesucristo nos formula diciendo "Sed perfectos, como Perfecto es mi Padre Celestial" (Mt. 5:48).

la utilidad que presta para una organización abstracta de las normas de conducta”, como lo plantean *Stambler* y otros, para quienes “el hombre es persona, no por su naturaleza, sino por obra del Derecho”, de lo que a su vez se sigue que “no necesariamente el hombre debe estar dotado de personalidad”.<sup>6</sup> Para fundamentar este aserto, suele invocarse en nuestro medio, entre otros argumentos, que antes del *nacimiento* el ser humano no gozaría de la calidad de *persona*, categoría que alcanzaría sólo a partir de la concurrencia de los requisitos que al efecto previó el legislador. Así, por ejemplo, *Lyon* plantea que el inicio de la “personalidad *natural*” lo determina el hecho del parto, en los términos del artículo 74 del C. Civil. A nuestro juicio, una tal tesis debe ser rechazada de plano, no sólo debido a las premisas en que se funda y perniciosas consecuencias a que podría conducir, sino que en razón de no hallarse amparada por los principios de carácter constitucional y legal reconocidos en nuestro propio ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

Abordando el tema desde su perspectiva de fondo, creemos –con *Corral*– que la personalidad es un *príus* ante el Derecho y que, a consecuencia de ello, bien enseña *Doral* que “las exigencias objetivas de la naturaleza humana sitúan a la persona en el centro del orden constituyente que es el Derecho: el orden de la comunidad política, el orden del espíritu, el orden de la vida humana. De este orden fundamental –orden justo– el Derecho positivo es mero reflejo”. Agrega el autor nacional que “el propiciar esta unidad conceptual y el reconocimiento de la prioridad de la persona ante el Derecho no significa, por supuesto, pretender que ésta quede fuera de la regulación jurídica, sino que dicha regulación debe adecuarse a una

<sup>6</sup> LYON, Alberto, op. cit., págs. 21 y 22.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pág. 41. Creemos que constituye un error entender que el “nacimiento”, según lo define el artículo 74 aludido, marca “el inicio de la personalidad natural”. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 del Código, son *personas* “todos los individuos de la especie humana”, debiendo entenderse por *individuo*, conforme con su acepción natural y obvia, “cada ser organizado, sea animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece”. Desde este punto de vista, dado que la criatura concebida y no nacida constituye un ser único e independiente, cuya entidad no se confunde con la de sus progenitores, cabe por tanto entender que queda plenamente comprendido dentro del concepto que de la *persona* tiene nuestro legislador civil. Por lo demás, según el propio tenor literal del art. 74, el “nacimiento” determina la “existencia legal de la persona”, lo cual se explica en razón de la clase de derechos de que se ocupa nuestro Código Civil, pero no implica que antes de él aquella no exista para otros efectos tanto o más importantes. Ello lo corrobora el art. 80, el cual sí se refiere a la existencia “natural” de la persona al disponer que aquella *termina* con la muerte, evidenciando que ésta es diversa de su existencia *legal*. Asimismo, nos parece que exigir el “nacimiento” como supuesto necesario para adquirir la condición de *persona* no implica que antes de su verificación no estemos ya frente a un sujeto *humano* y, por ende, titular de garantías tan esenciales como el derecho a la vida. No considerarlo así implicaría que el *status* de “persona” dependería, en definitiva, de la definición que de tal concepto tuviere el legislador o el propio constituyente y que si hoy se asocia por algunos al hecho del parto, el día de mañana podría estar vinculado con la “viabilidad” del recién nacido o cualquier otro criterio que se estableciere cumpliendo con los requisitos formales para la dictación de la norma.

realidad que existe con prescindencia de ella. El Derecho, entonces –como lo expresa *Hernández Gil*– está llamado a “dar significación jurídica a la persona”.<sup>8</sup>

Un acertado esbozo de fundamentación en torno a lo dicho, nos parece aquel ofrecido por *Spaemann*. Para éste, incluso el planteamiento acerca de la existencia misma de los derechos humanos sólo puede tener sentido en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Lo anterior debido a que la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una cooptación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud del propio derecho. En virtud del propio derecho, conforme al autor citado, sólo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la *species Homo sapiens*, toda vez que cualquier otro criterio convertiría a unos en jueces sobre los otros. De esta manera, únicamente cuando el hombre es reconocido como persona en atención a lo que es por naturaleza, podrá sostenerse que el reconocimiento se dirige al hombre mismo y no a alguien que cae dentro de un concepto que otros han erigido en criterio para el reconocimiento.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> CORRAL, Hernán, *El Concepto Jurídico de...*, págs. 319 y 320. En este mismo artículo, el profesor Corral señala que “el *quid* de la cuestión estriba en afrontar el dilema de si se reconoce a la persona como una realidad ontológica previa a la cual el Derecho *sirve* o, por el contrario, si se la considera mero artificio técnico del cual el Derecho *se sirve* para lograr una mejor organización de sus normas. En el fondo, puede apreciarse aquí un punto más en el que se refleja la pugna entre dos concepciones antagónicas de lo jurídico: positivismo y iusnaturalismo. Si se entiende el Derecho como una ciencia aséptica, que estudia normas positivas con prescindencia de todo elemento axiológico, no puede extrañar que también los conceptos de persona y personalidad resulten carentes de todo contenido real y que por fuerza haya que concluir que se trata de meros medios de los cuales se vale el ordenamiento por razones de estricta conveniencia técnica; pudiendo los entes a los que se quiere comprender en dichos conceptos-tipos, variar de acuerdo a las circunstancias y condiciones históricas. La persona es un elemento creado *por* el Derecho y *para* el Derecho. En nuestro parecer, una perspectiva realista impide negar relevancia al concepto ontológico de persona en el campo jurídico, haciéndose evidente que los criterios del Derecho en esta materia deben adecuarse a aquello que se nos presenta como persona de acuerdo a la misma naturaleza humana. Por lo mismo, se puede concluir diciendo que “No se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica; se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona” (págs. 317 y 318).

<sup>9</sup> SPAEMANN, *op. cit.*, pág. 14. A partir de lo dicho, el mismo autor colige los criterios para el enjuiciamiento de la manipulación genética del hombre, manifestando al efecto que los hombres “no son sujetos trascendentales que disponen de un instrumento eventualmente mejorable, a saber, el cuerpo. ¿Mejorable para qué? Para fines humanos. Pero lo que son fines humanos se desprende de la naturaleza humana, con todo lo contingente que ésta puede ser. No podemos distinguir una parte no contingente de nosotros mismos llamada persona, subjetividad, etc., de una contingente, disponible para toda modificación. ¿Al servicio de qué fines llevaríamos a cabo esas modificaciones? Pues con las modificaciones cambiaríamos también los fines. Una tal alteración de la naturaleza humana, por ejemplo con la finalidad de adaptarla mejor a estancias interplanetarias, equivaldría a degradar a los futuros hombres a la condición de meros medios para la satisfacción de los propósitos de los actuales manipuladores, ya sea para satisfacer sus fantasías creadoras o su idea de lo que deba ser la felicidad humana. La dignidad del hombre está inseparablemente unida a su espontaneidad natural... No podemos convertirnos en Dios. Pero podemos aceptar con agradecimiento la contingencia de nuestra naturaleza si la entendemos como creada” (págs. 14 y 15).

Ahora bien, también sobre la base de la concepción que se ha reseñado, se deduce el imperativo que tiene el Estado –y cualquiera autoridad– de garantizar a toda persona “una esfera de poderes jurídicos, que incluirá una capacidad, un estado y la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas subjetivas y centro aglutinador de normas”.<sup>10</sup> En este contexto, son diversos y variados los hechos a los cuales cabe asignar la virtud de hacer nacer, modificar o bien extinguir una determinada relación jurídica, identificándose habitualmente como tales la ley, el reglamento, la sentencia y la posibilidad de crear reglas de Derecho mediante los actos jurídicos que ejecutan los particulares. Son estas últimas aquellas a las cuales queremos aludir cuando hablamos de *autonomía privada*, la que entendemos, a su vez, como un poder complejo, inherente a la persona humana, y que en función de su capacidad natural de autodeterminarse para la obtención de sus fines existenciales, debe serle reconocido por el ordenamiento jurídico con el objeto que se halle en condiciones de disponer de los derechos subjetivos de que es titular, así como de generar y regular los efectos jurídicos que derivan de su actuación en sociedad.

Desde que se comprende, pues, que el Derecho debe manifestarse como un cauce que permita a la persona alcanzar sus fines naturales –tanto en su esfera individual como en la referida a la sociabilidad que le es propia– cabe también reconocer la facultad que a ella asiste para crear *reglas* jurídicas. Y tal poder le pertenece de un modo *originario*, en el sentido que no se trata de una concesión graciosa que le puede haber asignado la autoridad estatal, sino que de una potestad emanada de su propia personalidad, vale decir, inherente a su misma condición de persona.<sup>11</sup> Todavía más. La propia definición de persona y el rol que le corresponde en el ámbito jurídico –según hemos visto– también ha de serle reconocido desde una perspectiva originaria. En armonía con tal predicamento, ciertamente elocuente es el texto del artículo 5° de la Constitución Política, el cual, directamente y sin eufemismos, prescribe que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”; derechos estos a partir de los cuales es posible colegir, a su turno, un conjunto de principios que concretizan una efectiva protección de la persona.<sup>12</sup> Agreguemos, por nuestra parte, que dado que se trata de derechos que son “anterio-

<sup>10</sup> CORRAL, *El Concepto Jurídico de...*, pág. 320.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, pág. 320. La misma premisa es destacada por *Brebbia*, para quien todo ordenamiento jurídico necesariamente debe partir de ella en razón de ser anterior a la existencia misma de la sociedad, a la vez que su condicionante. Ello se traduce, a su vez, en reconocer “la existencia de una esfera de autonomía privada en los sujetos, que les permita dirigir sus acciones de manera de satisfacer adecuadamente las exigencias que les impone su condición de seres humanos integrados a la vida social”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, *op. cit.*, pág. 238.

<sup>12</sup> A este respecto, se ha fallado por el Tribunal Constitucional que “*los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los “reconoce y asegura”; y “que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección ...”*, Rol Nº 46, Consid. 19°.

res” y “superiores” al Estado<sup>13</sup> y, desde luego, a su formulación incluso constitucional, no podemos sino entender que la referencia a la “naturaleza humana” que se hace por el constituyente –y, en consecuencia, de los principios que de ella se derivan– lo es a una realidad “objetiva”, en el sentido que se ha planteado desde siempre por la visión iusnaturalista del Derecho. Por lo demás, creemos no equivocarnos al afirmar que fue ésta la posición que tuvieron los miembros más influyentes de las comisiones de estudio que dieron origen a la Carta Política que actualmente nos rige.<sup>14</sup>

En función de los enunciados que se reseñan, *Hervada* nos dice que puesto que el hombre, por ser persona, es dueño de su propio ser y capaz de dominar su entorno, este dominio se plasma en un doble aspecto: (i) capacidad de regular sus ámbitos de libertad; y (ii) poder de actuación sobre las situaciones jurídicas que caen bajo su esfera de dominio; lo que luego precisará distinguiendo entre *libertad de negociar* y *libertad negocial*.

<sup>13</sup> A propósito de ello *Olgiati* se pregunta: “¿Acaso no está claro que el Estado debe reconocer las personas y los derechos de la personalidad, sin que cree las unas ni los otros?” y a la vez responde: “Hasta por una razón de absoluta evidencia: si, de hecho, mañana el Estado no quisiera ya reconocermme como persona, ¿acaso dejaría yo de serlo?” En otro pasaje, el mismo autor profundiza en estas ideas principiando por formular la necesidad de una clara distinción: “*hay leyes –nos dice– racionales del ser que no pueden descuidarse o conculcarse, sin abocar a la destrucción y la muerte; y éstas no las crea, no las inventa el Estado, lo mismo que no crea el cielo ni la tierra ni la naturaleza humana. El Estado sólo las reconoce y no puede dejar de reconocerlas. Si se rebelase contra lo absoluto de dichos principios, imitaría a quien ingiere un veneno: puede, desde luego, beberlo un loco o un degenerado, pero inexorablemente recibe su castigo con la destrucción de su organismo; y lo mismo cabe decir del Estado*”. *OLGIATI*, Francesco, op. cit., págs. 53 y 255.

<sup>14</sup> Conforme con esta doctrina, que se remonta a la filosofía de raigambre aristotélica, “es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que en un principio puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto”. *ARISTÓTELES*, op. cit., págs. 223 y 224. *Domat*, por su parte, dirá que dentro de las diversas especies de leyes deben distinguirse las “inmutables” y las “arbitrarias”; precisando que las leyes inmutables llámanse así porque son naturales, y de tal manera justas siempre y en todas partes que no hay autoridad que pueda mudarlas o abolirlas; y las leyes arbitrarias son aquellas que pueden establecerse, mudarse y abolirse, según lo exija la necesidad, por lo que tienen este derecho sin trastornar los principios del orden de la misma sociedad. *DOMAT*, op. cit., págs. 64 y 65. Comentando lo que advierte como una laguna del pensamiento aristotélico, a propósito de su escasa profundización acerca de las relaciones entre lo “justo natural” y “lo justo positivo”, *Massini* nos dice: ella “es colmada por el Aquinate...”, al escribir que “lo justo legal o positivo tiene siempre su origen en el derecho natural, tal como lo dice Cicerón en el libro II de su *Retórica*. Sin embargo –aclara luego Tomás de Aquino–, lo justo legal puede tener su origen en el derecho natural de dos maneras: de una, como conclusión de los principios (...); de otra, algo puede tener su origen en lo justo natural por modo de determinación”. Y en la *Summa Theologiae* el Aquinate establece en este punto una precisión adicional que merece ser analizada; en efecto, luego de reiterar la doctrina de la doble derivación, aclara que “los preceptos que se derivan del primer modo (es decir, por conclusión) están contenidos en la ley humana no sólo en cuanto que son puestos por la ley humana, sino que tienen su vigor (o fuerza normativa) también de la ley natural. Pero los que se derivan del segundo modo (es decir, por determinación) tienen vigor sólo por la ley humana”. Dicho de otro modo, las normas jurídicas de la comunidad política obtienen su juridicidad, es decir, su fuerza o vigor en cuanto normas jurídicas, de dos fuentes: i) de lo justo natural del que se derivan como conclusiones, en cuyo caso ha de hablarse de una juridicidad intrínseca o *per se*; y ii) de la autoridad legítima del legislador, que establece como justo algo que hasta ese momento resultaba indiferente en materia de justicia, en cuyo caso ha de hablarse de una juridicidad extrínseca o *per accidens*”. *MASSINI*, Carlos Ignacio, op. cit., pág. 17.

La primera, consistente en la libertad para *realizar o no* el negocio jurídico, y la segunda, relativa a la posibilidad de determinar su *contenido*. El mismo autor acota que mientras aquélla es esencial, en términos tales que su desconocimiento importa negar el concepto mismo de autonomía privada, ésta, en cambio, supone aceptar que no se trata de un poder *soberano*, en cuanto necesariamente está sujeta a las regulaciones que impone la ley. Esta última, a su vez, no puede restringirse a considerar dicha autonomía como mero supuesto de hecho de determinadas normas,<sup>15</sup> como tampoco establecer condiciones que en la práctica importen negar su vigencia.<sup>16</sup>

En un sentido "institucional", la autonomía privada se erige en un *principio general de derecho*, toda vez que el respeto a la persona y el reconocimiento de sus fines determinan su misma existencia, siendo dentro de este marco donde el hombre puede realizarse plenamente, constituyendo, además, un deber del Estado contribuir a crear las condiciones sociales que así lo permitan (art. 1° de la C. P. de la Rep.).<sup>17</sup> Por tal razón, la supresión de la

<sup>15</sup> HERVADA, *Cuatro lecciones...*, págs. 89, 90, 93 y 94. En contra de esta opinión se manifiesta, v.gr., Ferrí, para quien el derecho se reduce a la voluntad de la comunidad o del Estado, de lo cual se sigue que al negocio jurídico le queda únicamente la función de hecho al que la ley, es decir, la voluntad general, conecta los efectos jurídicos o, como se ha dicho, la "función individualizadora o concretadora de la voluntad del Estado...". Agrega que "La voluntad general tiene aquí relieve sólo en cuanto confiere a los individuos el poder de crear derecho objetivo; es decir, da lo que los alemanes llaman *Ermächtigung*, de tal modo que aquel poder reposa sobre una norma superior, expresión de una voluntad general o de la comunidad... La norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son éstos quienes crean derecho objetivo en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer". FERRI, Luigi, op. cit., págs. 35 y 36. Luna Serrano y Rivero Hernández, entre otros, asignan dos funciones principales a la autonomía: La primera viene dada por el hecho de que aquella supone consentir a las personas la potestad de "confeccionar reglas jurídicas de origen privado destinadas a integrarse en el ordenamiento jurídico como fuentes subordinadas y dependientes", y la segunda, consistente en la autorización que la misma implica para que los particulares "lleven a cabo actuaciones que provoquen, de acuerdo con lo que ya está previsto con carácter abstracto y general por el ordenamiento, la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas". Citados por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 230.

<sup>16</sup> En relación con estas consideraciones, Corral plantea que el "rescate y defensa que se ha hecho de la autonomía de la voluntad como principio rector del sistema de derecho privado, y la revalorización del negocio jurídico y del contrato como figuras idóneas para regular la circulación de la riqueza y la prestación de bienes y servicios, no puede hacer olvidar que ellas deben enmarcarse en un sistema, esto es, en un conjunto orgánico y coherente de criterios, normas y principios, que permitan que en las relaciones privadas cada uno reciba lo suyo, esto es, "lo justo", y que "si se pierde este referente, es fácil que la autonomía de la voluntad se convierta en un instrumento de extorsión y de opresión...". CORRAL, Hernán, *Nuevas formas de contratación...*, pág. 559.

<sup>17</sup> No obstante la consagración constitucional del aludido principio de subsidiariedad, ha de prevenirse contra el extremo de creer que siendo obligación del Estado contribuir al bien común, todo aquello que no pueda obtenerse para tal fin genere una responsabilidad jurídica a su respecto. De hecho, serán muchas las ocasiones en que la propia realidad no permita satisfacer en debida forma las legítimas aspiraciones de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional. Una tal restricción fue, por lo demás, advertida por quienes redactaron nuestra Carta Política. Así, por ejemplo, al precisar el sentido de uno de sus preceptos –después suprimido en razón de estimarse ya subsumido en otro–, se justificaba su eliminación en razón del carácter demagógico –y de imprevisibles consecuencias legales– que podría atribuirse sin tener en cuenta que el derecho a vivir con cierta dignidad muchas veces no es posible de asegurar por los gobiernos, atendida las condiciones sociales y económicas en que nos hallamos inmersos. Sesión N° 414, de fecha 27.09.78, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, citada por VARAS ALFONSO, Paulino, op. cit., pág. 725.

autonomía privada como principio general de derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad.<sup>18</sup> También debido a ello, destaca su rol de criterio inspirador de la labor interpretativa, con lo que se quiere significar que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general y de modo que aquellas que representen una excepción a él, reciban siempre una aplicación restrictiva.<sup>19</sup>

En lo que se refiere a sus múltiples manifestaciones, la autonomía privada encuentra un cauce natural de expansión y desarrollo, aunque no el único, en el ejercicio de la iniciativa que asiste a los particulares en materia económica. De ahí, entonces, que el constituyente, junto con explicitar su primacía (art. 1° de la C. P. de la Rep.) y restringir la intervención estatal en este plano (art. 19 N° 21, inc. 2°, de la C. P. de la Rep.), haya también consagrado una garantía individual destinada a asegurar una de las formas concretas en que ésta se expresa. (art. 19 N° 21, inc. 1° de la C. P. de la Rep.). Tal vez su principal paradigma viene a ser la libertad contractual, la cual se revela como la vía que en mejor medida permite que los particulares participen en la creación del Derecho, generando y a la vez regulando sus relaciones jurídicas, al tiempo que con ello se fomenta una mayor aceptación y prestigio de aquel dentro de la comunidad. En este orden, principios generales tan evidentes como el *pacta sunt servanda*, precisamente arrancan su fuerza –adicional a la emanada del imperativo moral que obliga a respetar la palabra empeñada– del hecho que el contrato, por un lado, siempre ha de ser el resultado de una libre determinación de las

<sup>18</sup> En el ámbito que comentamos, vale la pena traer a colación lo que D'Ors plantea en torno a los lamentables equívocos y confusiones a que ha conducido el denominado "humanismo cristiano". En especial, acusa el grave error de éste al introducir la distinción entre *individuo* y *persona* de forma que aquél se considere como parte integrante de la sociedad, "en tanto la persona se considere relegada directamente a Dios, sin una intermediaria adscripción a comunidad alguna. Aunque la intención de esta distinción, así formulada, parezca apuntar a la defensa de la personalidad humana, trascendente al orden puramente temporal en que se inserta el individuo, la consecuencia de la misma –nos dice– ha venido a ser precisamente la contraria: la de someter la persona, como pura trascendencia inorgánica del individuo, al orden temporal de la comunidad política a la que sirven los individuos. De esta suerte, se diría que aquella, al quedar desvinculada de todo orden comunitario, ha quedado también desamparada frente a las pretensiones de la sociedad a la que pertenece su individualidad". D'ORS, Álvaro, op. cit., pág. 251. En igual sentido, Ibañez hace ver el error en que incurrir doctrinas como la propugnada por Maritain –la cual considera "inficionada de gnosticismo y maniqueísmo"– que al estructurarse sobre la base de una mal ponderada distinción entre *persona* e *individuo*, concluyen por concebir cada hombre como un fin para sí mismo y dotado de la más plena y absoluta libertad. IBAÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, op. cit., págs. 61, 62 y 63.

<sup>19</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 391. A este mismo respecto, Rescigno observa que "el reafirmar la autonomía de los sujetos privados y la libertad como "el principio" o "la regla" del sistema no es, sin embargo, un planteamiento puramente ideal, privado de valor práctico", toda vez que su sentido concreto radica en que "las limitaciones, singularmente y consideradas en su conjunto, son la excepción y, por lo tanto, no pueden ser introducidas o extenderse fuera de las materias y de los casos en los que son previstas". Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 228.

partes (*libertad de contratar*) y, del otro, que al contratar éstas han aceptado libremente –y a menudo elegido y concordado– el contenido de la convención celebrada (*libertad contractual*).<sup>20</sup>

Hasta aquí –pero con la salvedad de lo expuesto acerca de su carácter “originario”– puede que no se adviertan grandes diferencias entre nuestro pensamiento y las escuelas de inspiración positivista,<sup>21</sup> ya que uno y otras reconocen la existencia de limitaciones al *poder* que se asocia a la autonomía privada. La principal discrepancia que profesamos respecto de quienes siguen las concepciones de *Kelsen*, viene dada por nuestra negativa a aceptar que esta facultad de “autonormarse” deba entenderse subordinada, siempre y ante todo, a la voluntad jurídica estatal –en cuanto se concibe a tal poder como un mero “supuesto de hecho” de las normas– tanto en lo que atañe a su fuente –conforme ya lo expresamos– como en lo tocante a la precariedad de su contenido, al que, en nuestra opinión, tales doctrinas conducen.<sup>22</sup> En efecto, nos parece que semejantes posiciones, aun cuando extiendan la esfera de dominio de la autonomía privada a la más o menos amplia gama de posibilidades que le otorga el camino de la “exclusión” de todo aquello que el Estado no se reserva para su propia regulación, llevan en sí mismas la potencialidad de convertir el concepto en un cáscara vacía. Ello, por la vía de supeditar su existencia y la integridad de su mismo contenido a lo que en determinado momento dictaminen quienes ostentan el *imperium*, por mucho que se trate de autoridades democráticamente elegidas o de funcionarios respetuosos de la Constitución y las leyes. Y es que para nosotros está lejos de constituirse en una garantía el hecho de fundamentar estas nociones exclusivamente en la “jerarquía” que debe guardarse respecto de las normas jurídicas de creación estatal, y mucho menos si, en último término, se la pretende basar en

<sup>20</sup> En este sentido puede verse, v.gr. MESSINEO, Francesco, op. cit., págs. 51 y 52.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, *Ferri* dirá que “ésta (la autonomía privada) se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas”. FERRI, op. cit., pág. 42, y *Rodríguez Grez*, manifiesta que “la autonomía privada permite a los particulares elaborar reglas por medio de la celebración de contratos y convenciones o la ejecución de actos unilaterales, referidos todos a situaciones específicas y concretas”. RODRÍGUEZ G., *El Derecho como...*, pág. 69.

<sup>22</sup> Autores como *Luigi Ferri* y el mismo *Rodríguez Grez*, ya citados, abandonan por completo la precisión del contenido substancial de tales nociones a aquello que determinan las normas positivas, con tal que se respete su estructura “escalonada” y “jerárquica”, hasta llegar a la Constitución, concebida como la “norma superior” y, por ende, como criterio *último y definitivo* de validez y legitimidad. Para este efecto, se sostiene, por ejemplo, que “la validez de una norma, es decir, su conformidad con el derecho, no puede ser afirmada sino con referencia a la norma superior que regula su formación. Respecto de ella, el negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, en cuanto por ella está previsto de modo general y abstracto... La autonomía privada no es un poder originario o soberano. Es un poder conferido a los individuos por una norma superior, la cual regula su actuación, estableciendo cargas y limitaciones. En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo en el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo”. FERRI, op. cit., págs. 45 y 51 (La cursiva es nuestra).

el favor que ellas tengan al interior de una cierta comunidad o de cara al sentir popular que resulte mayoritario en una determinada época o circunstancia histórica.<sup>23</sup> ¿Qué consuelo nos podría reportar el que se diga, por ejemplo, que “*el campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados*” si aquellos son simplemente definidos como “*todos aquellos cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros, el Estado*”?<sup>24</sup> o el que prevenga que en esta materia “*debemos partir de la premisa fundamental de que en el derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido en la ley*”?<sup>25</sup> o el que se exprese, en fin, que “*es tarea del jurista –no sólo cívica y política, sino antes, incluso, científica– determinar la validez o la invalidez de las normas no solo conforme a parámetros formales, sino que fundamentalmente “sustanciales” –si al mismo tiempo tal “validez sustancial” y “valores” a que se alude se identifican exclusivamente con los principios normativos establecidos como tales por el constituyente?*”<sup>26</sup> ¿De dónde arranca la “*premis fundamental*” que determina la aplicación de criterios diversos en los ámbitos público y privado y qué nos deja a cubierto de la posibilidad de que sea abrogada por otra ley igualmente ajustada al proceso de generación de las normas previsto en la Constitución? ¿No podría acaso una determinada Constitución, en cuanto suprema ley de la República, invertir dicho principio y disponer que en el futuro los particulares sólo podrán ejecutar aquellos actos jurídicos para los cuales cuenten con una expresa y previa autorización estatal?<sup>27</sup> o bien establecerse en un nuevo texto “*principios normativos*” completamente opuestos a los que hoy día nos rigen?

---

<sup>23</sup> Sobre este particular, *Emilio Betti* afirma que “no podrían las partes perseguir con el negocio un interés práctico que no fuera resumible en algunos de los tipos de interés *admitidos por la conciencia social* y merecedores de tutela por el derecho”. BETTI, Emilio, op. cit., pág. 88 (La cursiva es nuestra).

<sup>24</sup> FERRI, op. cit., pág. 12.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ GREZ, *El Derecho como...*, pág. 69.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., págs. 874 y 878.

<sup>27</sup> Guardando las proporciones, pero como una manera de reflejar la variabilidad que se exhibe en materias que, en determinados momentos, se han estimado “de principios”, un certero ejemplo nos lo suministra la legislación de cambios internacionales. Sobre este particular, puede verse nuestra obra “*Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*”, Ediar Conosur, 1991.

## Autonomía privada y actividad económica

Pensamos que muchos de los embates que se dirigen en contra de los derechos de la persona por parte del poder público, fundamentalmente en el ámbito económico que ahora examinamos, importan desconocer o bien confundir cuál es, primero, el origen y naturaleza de la facultad que asiste a los particulares para “autonormar” sus relaciones jurídicas, y segundo, los límites que no ya los privados, sino que la misma autoridad, deben observar en este campo. De igual modo, y debido a la mayor sutileza que encierran sus argumentos, advertimos que existe una forma de invasión de la órbita de actuación privada que, entre todas, se revela como particularmente peligrosa. Consiste ésta en la apelación a pretendidas “razones” de “bien común” o de un supuesto “interés superior de la sociedad” –o incluso también del propio “mercado”–, merced de lo cual se han llegado a vulnerar derechos esenciales de la persona, como si fuera ella, y no la sociedad o el Estado, el ser meramente “accidental”.<sup>28</sup>

En este sentido, apreciamos que luego del fracaso del socialismo y las doctrinas estatizantes que le sirvieron como fieles esbirros, el nuevo “Leviathan” que amenaza la libertad y dignidad del hombre ha optado por utilizar el ropaje de una exorbitante “regulación”,<sup>29</sup> llegando incluso a fundar sus limitaciones a la persona en una pretendida “superioridad” –o en el mejor de los casos “igualdad”– que tendría frente a ella la “naturaleza”, con la significación que le atribuyen a este concepto algunas corrientes ecologistas.<sup>30</sup> Así también constatamos que en muchas ocasiones, en aras

<sup>28</sup> Tal vez ello se deba en parte a determinadas concepciones de la sociedad que todavía sienten a la “colectividad” como un ser ontológicamente superior y dotado de vida propia. El peligro de una tal concepción, en palabras de don *José Miguel Ibañez*, radica en el hecho de que de ahí al totalitarismo hay sólo un breve paso. Se piensa, conforme a estos criterios, que “La colectividad es el supremo bien, el ser absoluto, la nueva deidad, y como tal está más allá de toda norma ética de justicia e incluso más allá del bien y del mal. La liberación total del pecado –una deficiencia del individuo– se obtiene sólo en el interior de esta colectividad totalizante y redentora... Se anula así toda personalidad: la sociedad puede redimir al individuo sólo si éste se integra totalmente en ella”. IBAÑEZ, José Miguel, op. cit., pág. 397.

<sup>29</sup> Con razón advierte *Mendoza* que “debe irse asentando y recalando una idea imprescindible, cual es que en un mundo cada vez más tecnificado y especializado, la convivencia lejos de simplificarse añade complejidades en el diario vivir que luego capta el legislador, y en demasía a veces, bajo el prisma de la regulación, desapareciendo en ese instante el ideal mágico de la codificación racionalista, puesto que se hace insostenible la existencia de un solo cuerpo legal que pueda captar, en plenitud, los avatares de la legislación”. MENDOZA Z., Ramiro, op. cit., págs. 717 y 718.

<sup>30</sup> Nos referimos especialmente a los postulados de la llamada “*Ecología Profunda*”, que considera, entre otras cosas, que “la tierra ha entrado en su fase más precaria de la historia”, siendo algunas de sus causas “...el considerar a la vida humana como superior, como si los hombres fuesen algún tipo de realeza por sobre la naturaleza” y “...la pérdida de una ética de comportamiento basado en lo sagrado del mundo natural”. En definitiva, tal corriente plantea una suerte de divinización de la naturaleza que se traduce en una vuelta al antiguo paganismo, en el que “todas las cosas están llenas de dioses”. Más aún, en ocasiones, el mismo ecologismo es presentado como un mensaje

de buscar una reglamentación administrativa “justa y equilibrada”, las normas cuya fuente debiera estar radicada en la autonomía privada se ven peligrosamente desplazadas, de suerte que ésta “ya no tendría que respetarse por estar íntimamente vinculada a la naturaleza de la persona como ente racional y libre, sino en cuanto sirva a los fines o intereses de la colectividad.”<sup>31</sup>

Relacionado con el panorama descrito, *Rodríguez Grez* destaca el hecho de que en algunos sectores impera aún un marcado interés por la ingeniería social, recurriendo, para satisfacerlo, a una nutrida legislación reglamentaria y a nuevos intentos por introducir el dirigismo contractual, lo cual también se ha traducido en una tendencia a restringir la esencial función interpretativa de los jueces.<sup>32</sup> Igual realidad es aquella que ilustra *García de Enterría*, haciendo ver la tendencia de la Administración en orden a apropiarse de los poderes normativos, no sólo en virtud de su potestad reglamentaria, sino que por las varias formas de delegaciones legislativas, cada vez más intensas y generalizadas, que se conocen en todos los países. Junto con ello, advierte también que la Administración es un pésimo legislador, toda vez que le falta una visión serena y general de las situaciones sociales que le permita situarse en esa superioridad de posición que se requiere para acometer la definición abstracta de un orden justo; y ello motivado “por la parcialidad de sus respectivas especialidades técnicas y por la dialéctica propia de las disfunciones burocráticas, consustanciales a su misma existencia”.<sup>33</sup>

---

mesiánico de salvación, como una nueva religión capaz de salvar al hombre de la destrucción a la cual la tecnología contemporánea lo está condenando. Hasta hace algunos años se hablaba del marxismo y de las demás ideologías como religiones *secularizadas* (Augusto del Noce). La ecología profunda debe considerarse, en cambio, una ideología *sacralizada* que se recubre de una tonalidad mística o pseudomística que la hace más atractiva y quizás, por eso, más peligrosa. VIDAL G., Gerardo, op. cit., págs. 20-25. Relacionado con este tema, transcribimos la opinión de un autor que, a nuestro juicio, centra el problema ecológico en su correcta dimensión al decir que “las relaciones no sólo se producen en el sentido de que la ecología nos lleva a descubrir un orden ético, sino también al revés. Si se ha producido un desorden en las relaciones entre el hombre y la naturaleza, es porque antes se ha alterado la forma en que el hombre se entiende a sí mismo. Y no cabrá, por tanto, lograr una genuina reconciliación del hombre con la naturaleza física sin procurar una restauración de ese sensible y precario equilibrio que se da al interior del ser humano. El hombre trata mal a la naturaleza porque se mira y la mira mal, de una manera poco verdadera”. GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, op. cit., pág. 70.

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, op. cit., pág. 15.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ G., Pablo, “*Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de...*” A propósito de esta misma idea, en la misma ponencia el profesor *Rodríguez* nos recuerda que “Cada día son más frecuentes las normas de orden público, los derechos irrenunciables y las conductas tipificadas como delito en el campo tributario, previsional, laboral y comercial. Todo ello ha ido transfiriendo al Poder Legislativo ( ... ) funciones que son propias de los jueces e incluso de los particulares”.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Lucha contra...*, págs. 81-83. A propósito de este mismo tema, es interesante reproducir la opinión que merece a *Messner* esta habitual y no siempre ponderada delegación de facultades que suele hacer el legislativo en favor de la Administración. Conforme a este autor, la representación popular, en el caso de que se trate de algo más que de meras cuestiones técnicas, no tiene ningún auténtico derecho para hacer esa delegación. Nadie

Como resultado de lo expuesto, 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*, 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.<sup>34</sup> Se olvida así, primeramente y entre otras cosas, que "el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podría convertirse en un medio para impedirles e imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales".<sup>35</sup> Con singular intuición pareció advertir este peligro 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 regular la acción del Estado en la economía y a *preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país*, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común.<sup>36</sup>

Incluso se constata que muchas de estas limitaciones pretenden fundarse en un mal entendido "principio de subsidiariedad", el cual, si bien posee

---

puede renunciar a un derecho que va vinculado a un deber, si no se asegura la consecución del fin de ese derecho; este fin no depende de la libre voluntad del que tiene el derecho, sino que éste continúa siendo responsable de su consecución. Sabemos que tal responsabilidad corresponde al legislador, bien sea éste un gobernante o una representación del pueblo. Hoy en día, sin embargo, se sigue con preocupación creciente las consecuencias de la amplitud de la legislación delegada, lo que se traduce en que esta parte de la legislación se sustrae fácilmente al control efectivo de la representación popular, se dificulta con mucha frecuencia la determinación de responsabilidades, se abre una amplia puerta al arbitrio de los gobiernos por la inevitable imprecisión de las reglas legales generales, se acumula en las manos del gobierno y de la burocracia administrativa un poder incontrolado, e insensiblemente toma incremento el centralismo. El legislador responsable en los regímenes democráticos, es decir, la representación del pueblo, aceptó así limitaciones para las que no estaba facultado. No estaba facultado, puesto que el detalle de las leyes, por lo general, no es menos importante para el bien común efectivo que los mismos principios de la ley. Las obligaciones del legislador no permiten, por tanto, una sustracción de la mitad de sus responsabilidades, lo cual presenciamos actualmente y a menudo mediante la práctica de la legislación delegada". MESSNER, op. cit., págs. 964 y 965. En un sentido similar puede verse SOTO KLOSS, *En la Forma que Prescriba...*, págs. 688 a 691.

<sup>34</sup> ALCALDE R., Enrique, *Uso de Información Privilegiada: Algunas consideraciones sobre...*

<sup>35</sup> FELIÚ S., Olga, op. cit., pág. 83. Todavía con mayor claridad, nuestra jurisprudencia se ha manifestado en torno al punto precisando que no basta a la autoridad justificar una cualquiera decisión mediante "la mera invocación de causales superiores de utilidad pública, bien común, salud pública, orden público, etc., sin que deba comprobarse su veracidad". I. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 7 de julio de 1992 (conociendo de un recurso de protección deducido en contra del Secretario Regional Ministerial de Transporte y Telecomunicaciones de la Región Metropolitana), confirmado por la Excmo. Corte Suprema el 29 del mismo mes y año.

<sup>36</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *La Actividad Económica en la...*, pág. 121.

un aspecto "positivo", no puede llevar a que la acción protectora del gobierno se transforme en un billete de entrada liberada para el intervencionismo. Pensamos, asimismo, que es posible arribar a iguales conclusiones si examinamos los principios constitucionales que integran el concepto de *orden público económico* y que a nuestro juicio no dejan lugar a dudas en cuanto a que su genuino significado apunta en la dirección de proteger a los propios administrados antes que limitar su autonomía.<sup>37</sup> Junto a ello, debe considerarse 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 basarse en él– impone la imprescindible necesidad de tener en cuenta los objetivos que el constituyente tuvo en vista al consagrar el concepto, y siempre considerando su adhesión a los principios esenciales que reconoce en el capítulo dedicado a las bases de la institucionalidad. Fundados en esta orientación, corresponde también tener en cuenta que siendo una de las finalidades de las normas constitucionales limitar el poder y tutelar debida y eficazmente los derechos de la persona, resulta manifiesto el que tanto las facultades o atribuciones que se confieren a aquel como las restricciones que afectan a éstos, han de ser interpretados siempre de un modo restrictivo. Conserva así plena vigencia la recomendación que un día hiciera el jurista *Modestino* en el sentido que "ninguna razón o fundamento de derecho, ni tampoco de la justicia –benigna y equitativa– permite que hagamos más severo, por una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que ha sido introducido saludablemente para la utilidad de las mismas".<sup>38</sup>

Ahora bien, dentro de las principales motivaciones que, según creemos, todavía inducen a ciertos sectores a no claudicar en sus intentos por invadir la esfera de actuación inherente a los privados, se encuentra una verda-

---

<sup>37</sup> Para ello, baste considerar, por ejemplo, la enumeración que de aquellos hace *Fernandois*, destacando los siguientes: a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad económica del Estado; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica arbitraria; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; y h) Principio de la revisión judicial económica. FERNANDOIS V., op. cit., pág. 78. En igual línea, *Jaime Williams* entiende que el "eje central" del *orden público económico* "es la libertad creadora", añadiendo que precisamente por eso "la resguarda mediante las garantías a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley, a la no discriminación arbitraria, y al reconocimiento del rol subsidiario del Estado, que favorece la libertad empresarial en aras del bien común". WILLIAMS, Jaime, op. cit., pág. 98.

<sup>38</sup> Digesto 1.3.25. Cita de SOTO KLOSS, *Algunas Consideraciones...*, pág. 383. A la misma cita recurre ZAPATA, op. cit., 174 y 175. Una referencia explícita al principio enunciado puede hallarse en el recientemente estrenado Código Procesal Penal, cuyo artículo 5°, inc. 2° previene que "Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía".

dera nostalgia por recuperar aquellos espacios que otrora ocupó el Estado en el ámbito de la actividad económica, incluso como prestador de servicios que en su momento fueron artificialmente catalogados como esenciales de ser proporcionados por la propia estructura estatal, con las perniciosas consecuencias de todos conocidas. De tal suerte, se olvida por algunos aquello que bien nos recuerda Aróstica al expresar que “el desarrollo de “cualquiera” actividad económica lícita, sin distinción, pertenece *iure proprio ab initio* a los particulares”. A partir de ello también colige que “este derecho tiene cabida y recibe aplicación incluso cuando el legislador condiciona el acceso a ciertas actividades, primordiales para la comunidad, a una previa “concesión de servicio público” que se ha de obtener de la autoridad, como es el caso, por ejemplo, del suministro eléctrico, la distribución de agua potable, o la transmisión telefónica”; y que, por lo mismo, no se trata de “cometidos cuya *titularidad* pertenezca al Estado como función propia, y en que éste sólo aparezca delegando su *ejercicio* en los particulares interesados en su operación”.<sup>39</sup>

Sin perjuicio de lo dicho, pensamos que la raíz de este tipo de apreciaciones, y el principal motivo que lleva a que algunos muestren una cierta actitud condescendiente hacia la voracidad de los apetitos reguladores exhibidos por los agentes estatales, radica, fundamentalmente, en una visión maniquea acerca del bien singular de la persona y el bien común de la sociedad, como si se tratara de dos aspectos irreconciliables, en constante pugna y colisión. Ello muchas veces se traduce en la generalizada creencia –también anidada en el sentir de algunos jueces– de que la Administración sería el sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, de lo cual, a su vez, se seguiría que los segundos deben subordinarse ante

<sup>39</sup> ARÓSTICA M., Iván, *De Espaldas al...*, págs. 108 y 109. Por iguales razonamientos, Aróstica agrega que “en tales casos, no se ha hecho acreedor al Estado de un poder discrecional para concurrir o no al negocio concesional, como quiera que éste se encuentra supeditado a un procedimiento reglamentado, que necesariamente debe concluir con la habilitación solicitada, si el interesado reúne las exigencias técnicas requeridas. Ni tampoco los empresarios del ramo quedan subordinados a los clásicos poderes exorbitantes de la Administración: no hay poder de dirección o tuición como para que se pueda sustituir la decisión empresarial por la decisión burocrática, como tampoco existe el poder de resolución unilateral y posterior rescate, que faculte al Estado para reemplazar a los prestadores privados y reasumir la gestión del servicio”. En otra de sus publicaciones, el mismo autor agrega que “El Derecho no ganaría ni perdería porque el Estado intervenga más o menos en la vida económica y social. Pero eso está negado, al menos por la experiencia chilena. El influjo de las concepciones estatizantes impuestas en nuestro país, desde los años 30 hasta 1973, no es calculable en cero, pues lejos de contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho articulado por la Carta de 1925, constituyó uno de los factores más determinantes de su declinación. La razón es simple, si se mira la situación por el revés y el derecho: es que al mismo ritmo en que crecía la Administración del Estado como gestora de actividades empresariales, se reducían –proporcionalmente– los espacios donde la *libertad* de industria podía realizarse (doy su rigor etimológico a esta palabra); a lo que habría que sumar la distorsión de la *igualdad*, producto de los privilegios y ventajas con que actuaban las empresas estatales frente a sus similares privadas”. ARÓSTICA M., Iván, *Crónica sobre...*, pág. 145.

el primero.<sup>40</sup> Sin embargo, semejante posición olvida que antes que examinar la calidad de los intereses o la extensión general o particular del que el ciudadano intenta hacer valer, lo esencial es determinar, primero, su posición jurídica como titular de derechos fundamentales. Porque si resulta que el administrado es titular de derechos fundamentales, por más que con ellos se pretenda hacer valer meros intereses particulares, la invocación ritual del interés general contrario no servirá absolutamente para nada, pues éstos cederán a la primacía de aquéllos.<sup>41</sup> Entre nosotros, tales premisas arrancan de la noción de “bien común” adoptada por el constituyente, en cuanto previene que su prosecución deberá, en todo caso, sujetarse al pleno respeto de los derechos y garantías que la propia Constitución consagra.<sup>42</sup>

Entre los diversos órganos a través de los cuales se expresa el Estado, quizás las conductas más erráticas en torno al tema de la actividad económica –y la autonomía privada que debe ser su principio– cabe atribuir las a las comisiones antimonopolios regidas por el Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre defensa de la libre competencia. La misma realidad práctica nos muestra que el riesgo principal viene dado por la tendencia que dichos

<sup>40</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pág. 688. En relación con el tema, se advierte también que entre los diversos presupuestos del totalitarismo, generalmente subyace una visión finalista y optimista del poder como bueno o, en todo caso, dotado de valor ético gracias a la fuente de legitimación de quien lo posee. Desde esta perspectiva, suele entonces ocurrir que los derechos de los ciudadanos resulten instrumentalizados por intereses públicos superiores a ellos y, a tal fin, limitados y disciplinados en virtud de cláusulas normalmente indeterminadas que los vacían de contenido. Para muestra dos botones: “los derechos civiles” –establecía el art. 1 del Código Civil ruso de 1923– “están protegidos por la ley mientras su ejercicio no entre en contradicción con los fines sociales y económicos para los que han sido establecidos”. Por su parte, el art. 61 de la Constitución cubana prescribe: “ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra... la existencia y fines del estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible”. FERRAJOLI, op. cit., pág. 885.

<sup>41</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una...*, págs. 46 y 47.

<sup>42</sup> Pese a lo “difusa” que pueda estimarse la noción de bien común, lo cierto es que su contenido determina una limitación para las actuaciones del Estado y que se reconoce en el denominado principio de subsidiariedad. Sobre este particular, bien vale la pena traer a colación aquello que siempre ha entendido la *Doctrina Social* de la Iglesia en materia del rol subsidiario que cabe atribuir al Estado. Así, por ejemplo, en su comentario a la Encíclica *Centesimus Annus*, Astorquiza nos recuerda que para el magisterio “una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad, y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.” (N° 48). ASTORQUIZA, Patricio, op. cit., pág. 32. A propósito de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política reconoce sin ambigüedad la primacía y privilegio que ostenta la iniciativa privada frente a la acción estatal. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha sido enfático en afirmar que “el artículo 1° de la Carta Fundamental es de un profundo y rico contenido doctrinario, que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional.”; agregando que conforme al contenido y alcance del inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental “los titulares e integrantes de los órganos del Estado deben realizar estas funciones básicas a fin de alcanzar la finalidad suprema, el “bien común...” . Fallo Rol N° 19, de 27 de octubre de 1983, Considerando 9°.

organismos renuevan, de tiempo en tiempo, para erigirse en una suerte de "legislador" que, por la vía de regular determinados mercados, no pocas veces afectan directa y esencialmente garantías enunciadas incluso como fundamentales por nuestra Constitución Política. Es así que partiendo de aquella noción espuria que más atrás criticábamos respecto del *orden público económico*, en ocasiones han procurado sustituir la función legislativa, estableciendo reglamentaciones que implican un claro desconocimiento no sólo de su carencia de potestades en esta esfera, sino que de aquellos derechos constitucionales referidos a la libertad para realizar actividades que posibiliten, en definitiva, adquirir el dominio de ciertos bienes y ejercer las facultades inherentes al derecho de propiedad. De este modo, olvidan que el derecho que nuestra Constitución asegura para desarrollar libremente actividades económicas lícitas (art. 19, N° 21) no sólo exige de "ley" para los fines de su limitación (art. 19, N° 26 de la C. P. de la Rep.), sino que se halla íntimamente vinculado con aquellas garantías que se consagran en los N°s 23 y 24 del mismo artículo 19, todas ellas pilares esenciales del denominado "orden público económico". En efecto, así como la *garantía "del derecho de propiedad"* (N° 24) no tiene mayor sentido práctico si no se reconociere –y asegurare– también el "*derecho a la propiedad*" (N° 23) –que precisamente permite adquirir y hacerse de aquella cosa o derecho objeto del anterior– ambas protecciones serían del todo ilusorias si no existiera, a la vez, *la libertad de realizar las actividades* necesarias para adquirir tales bienes o, más que eso, hallarse en aptitud o posibilidad de adquirirlos.<sup>43</sup>

Adicionalmente, estimamos que tanto la normativa antimonopolios vigente en nuestro país como la vacilante y a ratos equívoca jurisprudencia de los órganos directamente llamados a fiscalizarla denotan una realidad mucho más preocupante; a saber, la falta de certeza o claridad respecto de los principios que, en último término, se hallan envueltos en este ámbito. En efecto, poco o nada se gana con haber definido que el primordial objetivo es asegurar la *libre competencia* si, antes aun que eso, no se conoce la *ratio* o fundamento en la cual descansa tal disposición. Una carencia como la anotada en modo alguno puede ser calificada de trivial toda vez que, en definitiva, el principio en que aquella idea se base será el que permita arribar a una interpretación sistémica y finalista de los diversos preceptos

<sup>43</sup> Ruiz-Tagle menciona como principios ligados al artículo 19 N° 21, los siguientes:

a) el principio de igualdad entre los agentes económicos, y b) el principio de libertad económica; incluyendo la libertad de trabajo, la libre iniciativa y el derecho de propiedad, que son la base de la libre competencia. El mismo autor agrega que se vinculan a la misma norma constitucional citada, otros principios tales como: (i) el principio de subsidiariedad; (ii) el principio de aplicación preferente del derecho común a toda actividad económica; (iii) el principio de que el Estado empresario sólo puede actuar por mandato legal expreso; (iv) el principio de no usar recursos públicos para fines privados, y (v) el principio de la proporcionalidad de la intervención estatal en cada mercado. RUIZ-TAGLE V., Pablo, op. cit. págs. 53 y 54.

legales involucrados en la decisión. De igual modo, son también éstos los que a la postre se erigirán en una limitante o cortapisa para el ejercicio de las funciones que en este campo competen a la autoridad. Llevando el tema a un plano muchísimo más general, el comportamiento de algunos poderes públicos –principalmente de los organismos administrativos– nos conduce a plantearnos una duda todavía más inquietante, y que alcanza los cimientos mismos de aquello que hoy se comprende en el concepto de la economía de libre mercado. Se trata, en resumidas cuentas, de la ausencia que advertimos de un criterio unívoco en torno a si tal sistema constituye un valor (lo que por cierto no se opone a que lo consideremos un “medio” y no un fin en sí mismo) que debe ser preservado en razón de exigirlo la *libertad* de las personas, o bien porque su observancia deriva de una consideración *técnico-política* que se traduce en un mayor beneficio para la comunidad. Con esta observación, que en ningún caso pretende identificar una contraposición constante o irreconciliable entre ambos tópicos –y menos prescindir del recurso a los aspectos prácticos que siempre habrán de estar presentes en el análisis–, se quiere poner de relieve el imperativo que existe, en situaciones de ordinaria ocurrencia, de aproximarse a la solución del asunto considerando previamente cuál ha de ser el principio último cuya vigencia debe salvarse. Obviamente, no corresponde agotar aquí el planteamiento de tales cuestiones. Simplemente para dejar de alguna manera enunciados los alcances que surgen de la inquietud que apuntamos, cabría preguntarse: Si la libertad económica, en cuanto valor de naturaleza moral, se tiene por *fundamento* de la libre competencia ¿no serían mayores las limitaciones de la autoridad para regular un determinado mercado que aquellas que enfrentaría, en cambio, si el criterio a aplicar consistiera en la mera conveniencia o utilidad práctica que en determinado momento ésta representa para la comunidad?

Considerando, por una parte, la reticencia de nuestros tribunales superiores para admitir la procedencia de la acción de protección en contra de resoluciones judiciales y, por la otra, la naturaleza jurisdiccional que se le ha atribuido a los fallos de la Comisión Resolutiva antimonopolios, a nuestro juicio es factible impugnar aquellas a través de la interposición del denominado *recurso de amparo económico*, regulado por la Ley N° 18.971. Precisamente su objeto apunta a proteger en términos más eficaces que otras acciones especiales la libertad para desarrollar cualquiera actividad económica. A este respecto, conviene recordar lo que se discutiera en el seno de la Comisión Constituyente y que se recogiera en su obra por don *Enrique Evans*, a propósito del alcance y extensión de la garantía amparada por este recurso: “Si la Constitución asegura a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las nor-

mas que regulan la respectiva actividad, *la obligación de no atender contra esta garantía no sólo se extiende a los particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional, sino que también al Estado, al legislador y a cualquiera otra autoridad*". En este mismo sentido, consignemos que en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (*Sesión N° 214, celebrada el día 25 de mayo de 1976*) y durante la discusión del precepto en el que tiene su origen la acción de amparo, el comisionado señor Ortúzar expresó que "habría consenso en el sentido de que este recurso de amparo puede ejercerse respecto de cualquier acto u omisión, arbitrario o ilegal, sea de la autoridad política o administrativa o de dondequiera". Ante ello, el mismo profesor Evans manifestó "no hay necesidad de decirlo. Toda persona puede ser perturbada en el legítimo ejercicio de los derechos tales y cuales. ¿Por quién? La Constitución no dice nada, porque el perturbador puede ser cualquiera autoridad u otro particular".<sup>44</sup>

Una posible explicación de la tendencia que criticamos, pero que en ningún caso puede invocarse como excusa, puede quizás encontrarse en el hecho de que la pertinente legislación, dictada en una época en que la mayor parte de la actividad económica se hallaba radicada en el Estado, no tuvo en consideración los principios que casi una década más tarde quedarían definitivamente plasmados en la Constitución. Afortunadamente, para salvaguarda de los derechos que en este ámbito pertenecen al individuo, el Tribunal Constitucional ha uniformado jurisprudencia que apunta en esta dirección. En concreto, éste ha precisado que sólo en virtud de una ley es factible establecer limitaciones al ejercicio de los señalados derechos de contenido económico, y siempre que ellos no se vean afectados *en su esencia* o importen sujetarlos a requisitos o condiciones que impiden su *libre ejercicio* (art. 19 N° 26).<sup>45</sup> Con todo, parece conveniente dejar sentado que en el camino de protección de los principios constitucionales que amparan la autonomía privada frente a las arbitrariedades

<sup>44</sup> EVANS, Enrique, op. cit, pág. 318. La cursiva es nuestra.

<sup>45</sup> Tales son los casos, v.gr., de los fallos recaídos en las causas Rol 146, Rol 167 y Rol 185. También a propósito de la norma citada, el Tribunal Constitucional ha declarado "que mucho podría decirse sobre la "esencia" de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es esa nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualarla, desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendida por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se "impide el libre ejercicio" en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (Rol N° 43, fallo de 24.02.87, Consid. 21°). Para Varela, "el contenido esencial de los derechos fundamentales determina de esta forma una frontera que el legislador no puede traspasar y delimita un terreno que no puede invadir sin incurrir en inconstitucionalidad. La garantía del contenido esencial... es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar y señala un límite más allá del cual no es posible la función limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.". VARELA, Casimiro, op. cit. pág. 164 (la cursiva es nuestra).

de la autoridad antimonopolios, y que a ratos se torna en un desgastador *vía crucis*, debe también considerarse –y en términos positivos– el reconocimiento que la misma ha hecho en orden a que no basta, para sancionar determinado acto como atentatorio de la libre competencia, con la circunstancia de que el juzgador identifique un mero riesgo o temor de que en el futuro tal atentado pueda consumarse o bien configurarse un abuso de posición monopólica. De esta manera, y acogiendo a nuestro juicio una sana doctrina, los organismos con facultades decisorias en el tema han uniformado sus criterios en cuanto a que no les corresponde intervenir en un mercado –ni menos sancionar a sus actores– sobre la exclusiva base de un pretendido y eventual peligro que no se acompañe, a su vez, de conductas precisas y concretas que supongan conculcar el bien jurídico cuya protección les confía la ley.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Dan cuenta de ello, entre otras, las siguientes: Dictamen N° 508, de 6 de diciembre de 1985; Dictamen N° 462, de 7 de agosto de 1986; Resolución N° 243, de 15 de diciembre de 1986; y Dictamen N° 744, de 21 de septiembre de 1990. Destacamos, asimismo, que la propia Comisión Resolutiva ha reconocido, en términos explícitos, los límites que en este campo afectan las amplísimas facultades que, a veces sin mayor fundamento jurídico, se autoatribuye al abordar esta materia. Así, por ejemplo, informando a la Corte Suprema respecto de un recurso de queja deducido en su contra (*Recurso de queja N° 7.810-92, deducido por el Fiscal Nacional Económico contra la Resolución N° 372, de 1992*) tal Comisión expresó, a la letra, que: “*Es fácil comprender que por mucha discrecionalidad que pudiéramos atribuirnos los sentenciadores, no podemos imponer sanciones que consistan en limitar un derecho garantizado por la Constitución, basándonos en conductas que objetivamente se ajustan a las normas legales sobre cuyas pretendidas intenciones ilícitas no existe prueba en los autos ni en otros antecedentes que obren en poder de este tribunal*”.

## Orden público económico y protección penal de los bienes jurídicos

Teniendo en cuenta la muy estrecha relación que debe existir entre principios tales como el de *tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia*, por un lado, y el derecho administrativo sancionador, por el otro, preocupación nos merece la creciente tendencia a menospreciar su observancia –no ya en el plano administrativo, sino que *en la misma esfera criminal*– cuando se trata de castigar penalmente conductas de naturaleza económica. La vía predilecta para tal menoscabo ha sido la creación de los llamados *delitos de peligro abstracto*,<sup>47</sup> con ocasión de los cuales se han postulado doctrinas que propugnan, por ejemplo, la supresión de todo elemento subjetivo en el tipo, o la igualación entre el dolo y la culpa (a pretexto de la dificultad de prueba que ellos entrañan); la introducción, a veces indiscriminada, de elementos normativos (con la consiguiente restricción sustancial de las hipótesis de error de prohibición y su reducción sólo a los casos de error de tipo, lo que sumado a una presunta posición de garante de sus sujetos activos, amplía los supuestos de “error vencible” o “evitable”); la proliferación de leyes penales en blanco (asilándose para ello en la pretendida necesidad de flexibilizar la reacción estatal en estas materias); la extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas (básicamente recurriendo al concepto de “coparticipación”); el establecimiento de presunciones de responsabilidad criminal; etc.<sup>48</sup>

En una buena medida, creemos que han contribuido a semejante tendencia algunas de las características propias de la autoproclamada

<sup>47</sup> El profesor *Etcheberry* los define como aquellos “en los cuales la ley presume, por el solo hecho de realizar determinada acción, que se ha puesto en peligro un bien jurídico”. *ETCHEBERRY*, Alfredo, op. cit., pág. 227. *Náquira*, por su parte, anota que se recurre a tales formas delictivas cuando “el legislador, atendida la naturaleza de una conducta y/o el contexto en que se realiza, la ha considerado portadora de un cierto grado de peligrosidad para la integridad o seguridad de un bien jurídico...”. *NÁQUIRA*, Jaime, op. cit., pág. 87. En el mismo sentido, *Sánchez* expresa que su característica principal es la de no exigirse en ellos la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido, ya que se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. “El peligro es un mero motivo, “*ratio*” de creación del delito, no el resultado típico del mismo, luego la producción del peligro no es un elemento del tipo del injusto. El comportamiento se tipifica en atención a su peligrosidad general para el bien jurídico, basada en datos de la experiencia común. Por ello se califican también de delitos de peligro presunto”. *SÁNCHEZ*, María Isabel, op. cit., pág. 39. Representando a través de sus palabras una buena parte del sentir doctrinario en la materia, *Gómez Benítez* hace ver que los tipos de peligro no están en general justificados, ya que se ha de exigir la efectiva lesión de un bien jurídico individual o “colectivo” como resultado para la punición del delito consumado. Esa efectiva lesión puede y debe demostrar el peligro o efectiva lesión para la economía, sin que por ello haya que configurar tipos de mero peligro. Por ello, el citado autor entiende que la utilización de los tipos de peligro en el ámbito de los delitos socio-económicos no está siempre fundamentada en una razón de necesidad político-criminal, sino en una muy concreta y trasnochada concepción de la misma: en la “defensa social”. *GÓMEZ BENÍTEZ*, José Manuel, op. cit., pág. 470.

<sup>48</sup> En los sentidos expuestos puede verse, v. gr., *BUSTOS*, Juan, op. cit., págs. 8 y 9.

*postmodernidad* que nos toca vivir. Ellas tienen que ver con la consideración que en general se tiene sobre el *riesgo* en la actual sociedad, en términos que aquel ha dejado de ser concebido como un motor del desarrollo para mirarse, más bien, como un factor esencialmente negativo, que amenaza la seguridad del individuo y de toda la comunidad. Frente a él, por tanto, se postula como deseable una respuesta social –principalmente a través del Derecho– que tienda a conjurar cualquier posibilidad de peligro para el sistema. Dentro de éste, no existiría ya espacio para ningún imprevisto que fuere susceptible de estorbar y ni qué decir respecto de la muerte, que en razón de su inevitabilidad simplemente se relega al olvido, como si el mero hecho de no pensar en ella pudiera desterrarla del camino natural de los hombres. Pensamos que precisamente ha sido tal actitud la que en gran parte explica las corrientes que hoy día son entusiastamente expuestas en cuanto foro jurídico se organice, propugnando la necesidad de refundar todo el esquema de responsabilidad –sea civil o penal– única y exclusivamente sobre la base de criterios de imputación objetiva, los cuales, a la postre, suponen atribuir a cada individuo la calidad de *garante* de la posición en que se encuentra el otro.<sup>49</sup> En definitiva, nos parece estar asistiendo a la natural consecuencia que habría de seguirse de la concepción de un “Estado-Bienestar” que, bajo la utópica promesa de garantizar una *seguridad* sin límites, induce a los ciudadanos a abandonarse a una cómoda y perpetua pasividad, limitándose a reclamar el subsidio o subvención que contribuya a mantenerlos en su inercia. El resultado nos parece previsible: la libertad continuará existiendo –al menos formalmente–, pero nos desacostumbraremos a usarla dado los riesgos que su ejercicio pueda involucrar.

El fundamento generalmente invocado para abandonar los principios garantistas que recoge nuestra Constitución Política –y cuya abolición alcanza ribetes dramáticos en la esfera del derecho administrativo sancionador– tiene que ver con una modificación esencial en la forma de conceptualizar los *bienes jurídicos* que el derecho penal está llamado a proteger a la par que en una desfiguración del carácter subsidiario –o de *última ratio*– que tradicionalmente inspiró esta disciplina sobre la base del

<sup>49</sup> El concepto de “garante” suele ser invocado por algunos como criterio válido para justificar la proliferación de figuras delictivas de *omisión impropia*. La aceptación de estas últimas, por su parte, salvo en los casos de homicidio simple del art. 391 N° 2 y de lesiones menos graves del art. 399, ambos del C. Penal, resulta inconstitucional a la luz de nuestro ordenamiento jurídico positivo. SALIM, op. cit., pág. 81. Aunque escape del ámbito tratado en estas notas, especial relevancia ofrecen las consideraciones que pueden formularse respecto de la *culpabilidad* en el plano de las sanciones administrativas y su relación con la pena criminal. Sobre este particular, el profesor Cury hace ver que no existe “un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, éstas sólo deben ser impuestas a quien puede dirigírsele un **reproche personal** por la ejecución de la conducta prohibida”. Op. cit., pág. 91. (El destacado es nuestro).

principio de la mínima intervención. De esta manera, emulando modelos como el nacionalsocialista de la Alemania de Hitler, algunos pretenden revivir un “derecho penal de peligro” (“*Gefahrdungsstrafrecht*”), argumentando la existencia de bienes de naturaleza “supraindividual”, “universal” o “colectiva”, y que, por ejemplo en el campo del derecho económico, se identifican con la protección de los consumidores, la libre competencia, la transparencia del mercado, etc.<sup>50</sup>

No obstante la natural necesidad de promover la consecución de tales objetivos, nos parece criticable el hacerlo a través de expedientes que, a más de violentar principios básicos y tradicionalmente legitimadores del *ius puniendi*,<sup>51</sup> encierran el evidente riesgo de transformar el derecho penal en una herramienta al servicio no ya de intereses concretos y propios de la persona humana (a cuyo “servicio” precisamente existe el Estado, confor-

<sup>50</sup> Parece oportuno consignar a estos respectos que la heterogeneidad de los elementos integradores del sistema económico puede desaconsejar, desde la perspectiva político-criminal, la tipificación de conductas supuestamente lesivas del correcto y adecuado funcionamiento del mismo sistema, como un interés *uniforme* a tutelar directamente. En este sentido, ocurre que algunas conductas que se estimen claramente perjudiciales *para uno de los elementos* del sistema son, en definitiva, materialmente beneficiosas para el equilibrio global de aquél. Así, por ejemplo, *Seldon y Pennance* apuntan el que la quiebra de una empresa es positiva para el *sistema de mercado*, puesto que suprime a los agentes incapaces de respetar sus reglas y sobrevivir a la competencia, posibilitando de este modo la reasignación de los recursos y la limpieza del propio sistema. Citados por RUIZ MARCO, op. cit., págs. 50-52.

<sup>51</sup> Aun aquellos autores que aceptan recurrir a la creación de figuras delictivas de mero peligro, en general están contestes en el hecho que deben ser restringidas a la protección de *bienes jurídicos de primera magnitud* (v. gr. la vida). Por ello, no deja de ser en cierto modo risible –salvo por lo que respecta a sus víctimas– el que de una comparación entre ciertos delitos económicos y aquellos tipificados para las agresiones que un funcionario público realice contra bienes tan esenciales como la libertad, aparezca que la pena de los segundos, además de contemplarse para los supuestos de una lesión efectiva, resulte muy inferior a la prescrita para los primeros. *Ibíd.*, pág. 157. En la misma línea, escribe *Sánchez* que “la admisión de bienes jurídicos supraindividuales debería restringirse a aquellos que complementan bienes jurídicos de especial importancia”, como ocurre, v. gr. con la salud pública, que complementa la salud individual, a diferencia de los criterios de política criminal que debieran adoptarse cuando hablamos de bienes de menor jerarquía, como lo son los referidos a intereses de carácter patrimonial”. Op. cit., págs. 77 y 78. La misma autora comenta que en la línea de aproximación al principio de ofensividad –definitivamente desatendido en esta clase de delitos– y a fin de dotar de antijuridicidad material a los mismos, se han formulado en la doctrina diferentes criterios restrictivos, entre los que destacan como más significativos la admisión de “prueba en contrario de la no peligrosidad” propuesta por *Schröder*; o la exigencia de un “peligro de resultado” –ya que no un “resultado de peligro”– semejante a la infracción del cuidado debido en los delitos imprudentes. *Ibíd.*, pág. 45. De otro lado, se advierte también que el hecho de recurrir a los *delitos de peligro abstracto* que muchas veces se busca tipificar en el ámbito del orden económico, “evidentemente afecta los derechos básicos garantistas de un Derecho Penal moderno porque implica una *presunción de derecho*”, cuyo establecimiento, en nuestro ordenamiento, resulta además inconstitucional a la luz del art. 19, N° 3 de la C. P. de la Rep. BUSTOS, op. cit., pág. 8. De un modo semejante, *Gómez Benítez* llama a “reconducir los tipos a su auténtica función político-criminal de expresión real (no formal) del principio de legalidad”; advirtiendo que “en este sentido resulta algo más que un “juego” dogmático la concepción del dolo como elemento subjetivo referido a la realización de las circunstancias del hecho contenidas en el tipo legal”. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit., págs. 470 y 471.

me al art. 1° de la C. P. de la Rep.), sino que de “instituciones”, “estructuras” o “sistemas” sociales.<sup>52</sup> En definitiva, tememos que aduciendo la necesidad de “anticipar” la tutela penal, se quiera pavimentar una verdadera avenida para que transiten por ella, sin ningún tipo de limitaciones ni ataduras, quienes se dicen portadores del “*interés superior de la comunidad*”, concepto este que las más de las veces viene a ser simplemente el estandarte con el cual se enarbola la promoción de una determinada ideología política. Desde este punto de vista, no resulta entonces extraño que aquellas corrientes vinculadas, por ejemplo, a la protección sacramental del medio ambiente o a la promoción de una absoluta igualdad entre los sexos y demás “bienes” cuya aceptación social y jurídica predica el feminismo (derechos reproductivos, ilimitada libertad en materia de “opciones sexuales”, etc.), se presenten hoy en día como los principales impulsores de la intervención penal ante todo riesgo que implique amenazar la vigencia de los “derechos” por ellos postulados. En este contexto, no parece exagerado imaginar que de persistir tales grupos en su agresiva campaña en favor del “ideal postmoderno y libertario” que supuestamente encarnan, en las próximas décadas constataremos que las “ONG” en que hoy día se cobijan, han adquirido la fuerza de auténticos comisariatos políticos, como aquellos que el mundo conoció en un pasado no demasiado remoto. Frente a tal contingencia, oponemos pues la resistencia que ofrece una visión *personalista* como aquella planteada por *Hassemer*, la cual, al concebir el bien jurídico desde la perspectiva de la persona, únicamente permite calificar de tales a los que sirvan al desarrollo personal del individuo, evitando que el concepto se transforme en una especie de salvoconducto de toda *ratio legis* de las normas penales.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Sobre este particular, *Mir Puig* advierte que no se trata de discutir la importancia social de esta clase de intereses ni tampoco la necesidad de una protección jurídica eficaz de los mismos; lo que importa, sin embargo, es que por esta vía se está produciendo una tendencia a la ampliación del derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima. Y así, “podría suceder que al mismo tiempo que se postula un derecho penal *mínimo* y se aboga por una progresiva abolición y sustitución de la pena, se esté abonando una importante tendencia de sentido inverso”. MIR PUIG, *El Derecho penal...*, págs. 152 y 153. En el mismo sentido puede verse otra obra del mismo autor, *Función de la Pena...* También a propósito de lo dicho, *Hassemer* y *Muñoz Conde* destacan que el peligro de una *funcionalización* del derecho penal es el de eliminar o reducir las garantías de una elaboración formalizada del conflicto porque pueda perturbar los fines políticos, advirtiendo, como una de las manifestaciones de tal tendencia a la *desformalización*, la que denominan “huida del legislador hacia las leyes indeterminadas”. Ella, a su vez, se expresa o manifiesta mediante tres vías distintas: (i) Un creciente aumento del empleo de conceptos vagos y de cláusulas generales en los preceptos legales; (ii) Una relegación a la penumbra de los límites entre criminalización y descriminalización en algunos ámbitos de comportamientos ilícitos; y (iii) Un abandono en el propio juez de la pertinente decisión, ofreciéndole conceptos que dejan un amplio margen a su discrecionalidad. HASSEMER, Winfried, y MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., págs. 174 y 175.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, pág. 112.

El ámbito de los delitos socio-económicos ha sido, quizás, aquel en que mejor se constata la realidad descrita, apreciando que detrás del discurso sobre la “desformalización” del derecho penal a veces subyace –o derechamente se esconde– una concepción claramente discriminatoria hacia aquellos que concentran un mayor poder y riqueza económica.<sup>54</sup> Así las cosas, no resulta inusual ver que mientras un empresario tiende a ser mirado por tales sectores como un sujeto indigno de merecer cualquier garantía, si quien ha delinquido, en cambio, pertenece a la eufemísticamente llamada clase de los “marginados”, no sólo cabe reconocerle los derechos constitucionales inherentes al sistema liberal que se niega al otro, sino que incluso debe movernos a todos a proclamar un *mea culpa* por una responsabilidad que la sociedad como tal descuidó. Paradojalmente, si examinamos la importancia o trascendencia de los bienes jurídicos que son objeto de atentado por una y otra “clase” de autor, nuestra conclusión –si no fuera porque una discriminación en torno a la materia nos parece inadmisibile– debiera ser precisamente opuesta a la exhibida por semejantes doctrinas. En efecto, mientras en un caso se trataría de agravios inferidos a bienes cuyo fundamento reside en la misma naturaleza, tales como la vida o la propiedad, en el otro generalmente se hallarán en juego valores cuyo origen es meramente convencional y, en muchas ocasiones, incluso transitorios y esencialmente variables, puesto que dependen de la coyuntura económica imperante en un determinado momento. Un certero ejemplo de ello –y que sin duda nos será familiar– nos lo proporciona la legislación sobre operaciones de cambios internacionales. Hasta hace poco más de una década, en nuestro país fue una tradición tipificar como delito el hecho de realizar este tipo de operaciones, v.gr. compra o venta de moneda extranjera, sin contar previamente con una expresa autorización del Banco Central de Chile.<sup>55</sup> Bastó, sin embargo, que se impusiera una determinada escuela de pensamiento económico para que no sólo se suprimiera el carácter delictivo de tales conductas, sino que incluso aquellas –en determinados períodos– no dieran lugar ni aun a infracciones de carácter administrativo.<sup>56</sup> De ahí que ejemplos como éste confirmen nuestro enérgico rechazo a una virtual “apostasía” de las garantías clásicas del derecho penal cuando se trata de cautelar bienes jurídicos de naturaleza “supraindividual” o “colectiva”, por mucho que se estimen tutelares del sistema o modelo que

<sup>54</sup> En este sentido, la misma expresión “delincuente de cuello blanco” acuñada para identificar a quienes incurren en esta categoría de ilícitos, más allá de la ironía que pretende expresar, y atendido el contexto en que suele emplearse, sin duda encierra una actitud reveladora de tal discriminación.

<sup>55</sup> Un análisis en torno al tema puede verse en nuestro libro *Nueva legislación sobre...*

<sup>56</sup> Bien sea la experiencia propia o la realidad que nos muestra el derecho comparado, análogos ejemplos pueden hallarse en otras variaciones radicales que se producen respecto de los bienes jurídicos de naturaleza económica, v. gr., en materia de libre competencia, fijación de precios, penetración de mercados cerrados, etc.

se ha consolidado en un país y se hubieren sancionado como tales por el sentir popular mayoritario.<sup>57</sup>

Relacionado con lo anterior y, de manera especial, con el tratamiento que la Constitución ha dado a ciertos bienes del ámbito económico, creemos que aun cuando la materia de la tutela penal debe ser compatible con aquellos bienes que ésta considera superiores (v.gr. aquellos que son la base del *orden público económico*), ello no implica en modo alguno que la protección que les pueda ser dispensada por el ordenamiento suponga, necesariamente, “criminalizar” conductas a costa de sacrificar el principio de intervención mínima que ya desde antiguo inspira al derecho penal, y menos todavía si se trata de inmolarse, en el altar de la “utilidad pública”, las garantías referidas a la *reserva legal* y la *culpabilidad*. En otras palabras, pensamos que la consecuencia que se sigue de formular constitucionalmente la primacía de un determinado bien, en el mejor de los casos puede complementar las razones que llevan a justificar el *ius puniendi* estatal, pero en ningún caso serán suficientes o bastantes a fin de concederles protección por esta vía.<sup>58</sup>

Sin embargo de los peligros que se han anotado respecto de la invocación de bienes jurídicos *supraindividuales* –especialmente los “colectivos”– como fundamento del derecho sancionador, nos parece importante reparar en el hecho de que una proliferación de figuras delictivas en los ámbitos societario y económico –comúnmente acompañada del establecimiento de una profusa y generalmente inadecuada reglamentación administrativa– en muchas ocasiones importa también un quebrantamiento de la unidad y coherencia que indispensablemente debe guardar el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en razón de la usual descoordinación que se introduce entre los diversos remedios que el conjunto de la legislación ha previsto para evitar o reprimir una conducta indeseable, v.gr. los contemplados en las normas administrativas y, principalmente, en las civiles y mercantiles.<sup>59</sup> Amén de ello, debe también considerarse la falta de ponderación que en ocasiones

<sup>57</sup> Al introducirnos a la teoría de Ferrajoli, *Norberto Bobbio* comenta que la batalla en defensa del garantismo, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, consiste en una batalla de minorías, por lo cual ha de librarse con armas templadas y afiladas; advirtiendo también que usualmente el adversario nos ofrecerá dos caras, y entonces la tesis propuesta se convierte inevitablemente en un *tertium quid* entre dos extremos. “La legalidad se opone al arbitrio, pero la oposición es doble cuando el arbitrio puede derivar tanto de una concepción objetivista del delito..., cuanto de una igualmente indebida objetivación como la derivada de la criminología positivista”. FERRAJOLI, op. cit., pág. 15.

<sup>58</sup> No basta –dice *Mir Puig*– que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. MIR PUIG, *El derecho Penal...*, pág. 166.

<sup>59</sup> Respecto de la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales en bienes jurídicos colectivos de carácter socio-económico, como, por ejemplo, los intere-

se prodiga a los principios y criterios de valoración de tales órdenes, los cuales no siempre coinciden con aquellos que ha querido ver el legislador penal y ni qué decir el funcionario administrativo. Adicionalmente, el fenómeno se agrava cuando asistimos a la creación de regulaciones que desconocen nuestra propia realidad o constituyen una desmedida o desproporcionada reacción ante situaciones muy específicas. Asimismo, cabe advertir que una tal “promiscuidad” normativa puede llevar a la utilización del derecho penal como una mera estrategia encaminada a la pronta satisfacción de un interés típicamente privado que, de no mediar esta “vanalización” en torno a los bienes jurídicos protegidos, debiera ser satisfecho por otras vías que no impliquen la manipulación de los principios que le otorgan sentido a esta rama del Derecho. Piénsese, por ejemplo, en las argucias a que inescrupulosamente se podría recurrir –y de hecho se ha recurrido– a fin de “criminalizar” conflictos como una manera de solucionar, de manera más “expedita”, un conflicto de naturaleza propiamente comercial. En nuestro medio, sin duda contribuyen a este tipo de abusos hechos tales como la lentitud que suele afectar a los procesos judiciales y la generalizada tendencia de algunos jueces del crimen para admitir a tramitación, sin un previo y detenido examen respecto de la plausibilidad de sus fundamentos, las querellas que les son presentadas. Ante esta realidad, desafortunadamente la experiencia demuestra la casi nula protección que prestan instrumentos como la acusación por denuncia calumniosa o la indemnización debida por un error judicial. Ocurre, así, que suelen olvidarse por los órganos públicos aspectos tan evidentes como la necesidad de que la Administración –y el Estado como tal– se haga responsable de los abusos o yerros en que incurra al ejercer sus potestades... Pero esto, por sí solo, claramente ya constituiría materia para otra reflexión.

---

ses de los consumidores, Muñoz Conde destaca que a efectos de su tutela o protección puede con frecuencia ser suficiente una reforma de algunos delitos patrimoniales tradicionalmente contemplados en los Códigos Penales. Con todo, si resultare indispensable recurrir a las figuras delictivas que se comentan, precisa el que su creación “debe regirse por un criterio de excepcionalidad, en atención al principio fundamental jurídico-penal de intervención mínima y con el fin de evitar una “funcionalización inadmisibles del Derecho Penal”. En este punto señala, entre los criterios restrictivos, la necesidad de identificar siempre un bien jurídico determinado, la exigencia de lesión efectiva o, como mínimo de puesta en peligro *concreto* del bien jurídico previamente identificado, así como la incriminación excepcional de comportamientos imprudentes. SÁNCHEZ, op. cit., pág. 78. También relacionado con los aspectos que se comentan, cabe consignar los serios reparos que, desde el punto de vista del principio de *proporcionalidad* de la pena aplicable al infractor, se advierten al sancionar conductas que, en sí mismas, son irrelevantes para causar un daño a determinado bien jurídico –p.ej. en el orden medioambiental o económico– pero que, de reiterarse por un número significativo de personas, encierran el peligro de causar un perjuicio mayor.

## Bibliografía citada

**ALCALDE R., Enrique:**

- *Nueva Legislación sobre Operaciones de Cambios Internacionales*, Ediar Conosur, Santiago, 1991.
- *Uso de Información Privilegiada: Algunas Consideraciones sobre el Sentido y Alcance de la Prohibición en relación con su Sujeto, Objeto y Sanción*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 27, N° 1, enero-marzo 2000, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

**ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco**, Espasa Calpe, Madrid, 1978.

**ARÓSTICA M., Iván:**

- *De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, Ius Publicum N° 1/1998, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.
- *Crónica sobre la Expansión del Estado Empresario y el Retraimiento de la Iniciativa Privada*, Ius Publicum N° 2/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.

**ASTORQUIZA, Patricio**, *La Encíclica Centesimus Annus*, Estudios Públicos N° 44, 1991, Centro de Estudios Públicos, Santiago.

**BETTI, Emilio**, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª ed., s/a.

**BUSTOS R., Juan**, *Bien Jurídico en los Delitos Económicos*, charla dictada en el Colegio de Abogados de Chile el día 29 de septiembre de 1994, y publicada por dicho organismo en diciembre del mismo año.

**CORRAL TALCIANI, Hernán:**

- *El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria*, Revista Chilena de Derecho, Vol. N° 17, N° 2, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- *Nuevas Formas de Contratación y Sistema de Derecho Privado (Con especial referencia al Derecho Chileno)*, en Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios", Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2000.

**CURY U., Enrique**, *Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas*, Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N°s 44-45, 1979-1980.

**DE CASTRO Y BRAVO, Federico**, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1971), Madrid.

**DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio**, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, (1989), Tecnos, Madrid.

**DOMAT**, *Tratado de las Leyes*, Instituto de Estudios de Administración, 1985.

**D'ORS, Álvaro**, *Caput y Persona*, en *Ética y Teología ante la Crisis Contemporánea*. I Simposio Internacional de Teología, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1980.

**ETCHEBERRY, Alfredo**, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 3ª ed. revisada y actualizada, 1997, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

**EVANS DE LA CUADRA, Enrique**, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, T. II.

**FELIÚ S., Olga**, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, enero 2.000.

**FERMANDOIS V., Arturo**, *El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980*, Ius Publicum N° 4 (2000).

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, *El Supuesto de la denominada "Autonomía de la Voluntad"*, en *Instituciones de Derecho Privado, "Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios"*, Palestra Editores, Lima-Perú y Editorial Temis S. A., Bogotá-Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi**, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, editorial Trotta, 1997, Valladolid, con prólogo de Norberto Bobbio.
- FERRI, Luigi**, *La Autonomía Privada*, Editorial Revista de Derecho Privado (1969), Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**:
- *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Civitas S.A., Madrid, 1993.
  - *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, Civitas S.A., Madrid, 1989.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín**, *Objetividad Ética*, Edeval, Valparaíso, 1995.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel**, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal (títulos VIII y V)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1980, Madrid.
- GONZÁLEZ P., Jesús**, *Justicia Administrativa*, en "El Derecho Público de Finales de Siglo, Una Perspectiva Iberoamericana", Civitas, S. A., Madrid, 1997.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco**, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- HERVADA, Javier**:
- *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1987.
  - *Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1989.
- IBÁÑEZ, José Miguel**, *Sociedad y Pecado*, Revista de Derecho Público, 19-20, 1976, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo**, *El Estado de Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 1978.
- LYON PUELMA, Alberto**, *Teoría de la Personalidad. Personas Naturales. Personas Jurídicas*, Ediciones Universidad Católica de Chile (1993), Santiago.
- MASSINI C., Carlos Ignacio**: *La Aportación de Tomás de Aquino a la Filosofía de la Justicia*, Ius Publicum N° 3/1999, Escuela de Derecho - Universidad Santo Tomás, Santiago.
- MENDOZA Z., Ramiro**, *Comentario de jurisprudencia Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 23, 1998, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- MESSNER, Johannes**, *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, Ediciones Rialp S.A., Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona, 1967.
- MESSINEO, Francesco**, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- MIR PUIG, Santiago**:
- *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1982.
  - *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*", Ariel S.A., Barcelona, 1994.
- MOYA C., Patricia**, *Dos Posibles Acercamientos a la Ética de Tomás de Aquino. Disyuntiva o Complementariedad*, en *Seminarios de Filosofía, Anuario*, Vol. N° 10, 1997, Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- NÁQUIRA R., Jaime**, *Derecho Penal. Teoría del Delito*, T. I, Mc Graw-Hill, Editor, Cristina Castillo, Santiago, 1998.

- OLGIATI, Francesco**, *El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1977.
- RODRÍGUEZ G., Pablo**:
- *Interpretación, Creación y Desviación en el Proceso de Generación de las Normas*, Ponencia presentada en el Congreso sobre "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991.
  - *El Derecho como Creación Colectiva*, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas, Santiago, 1999.
- RUIZ MARCO, Francisco**, *La Tutela Penal del Derecho de Crédito*, Editorial Dilex, S.L., 1995, Madrid.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo**, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, Revista de Derecho Público, Vol. N° 62, 2000, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- SALIM-HANNA S., Roberto**, *La Constitucionalidad de los Delitos de Omisión Impropia*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año IV, N° 4-2000.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel**, *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, Valladolid.
- SOTO KLOSS, Eduardo**:
- *En la Forma que Prescriba la Ley. Nota sobre Prácticas Legislativas Inconstitucionales*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s. 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, mayo-diciembre 1993.
  - *La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile*, Ius Publicum N° 1/1999, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago.
  - *Algunas consideraciones sobre la posición de los juristas frente al Derecho en la época actual (Hacia un Finalismo Realista)*, Revista de Derecho Público N°s. 19/20, enero-diciembre 1976, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
  - *Moral y Derecho: Una aproximación a sus relaciones*, Ius Publicum, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, N° 5/2000.
- SPAEMANN, Robert**, *Natural - No Natural ¿Son nociones significativas para la moral?*, Cuadernos Humanitas N° 12, Pontificia Universidad Católica de Chile, octubre 1998, Santiago.
- VARAS ALFONSO, Paulino**, *El Respeto a Todo Derecho Inherente a la Persona, aunque no esté contemplado en la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°s. 2 y 3, Tomo II, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, mayo-diciembre 1993.
- VARELA, Casimiro A.**, *Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- VEGHAZI K., Esteban**, *Judaísmo para Cristianos*, editado por Edwin Steinsapir S. y Rodney Steinsapir S., Santiago, 1991.
- VIDAL G., Gerardo**, *Ecología y Ecologismo - Ecología Profunda*, Universidad Adolfo Ibáñez, Instituto de Humanidades, s/a.
- WILLIAMS, Jaime**, *Libre Empresa, Derecho, Humanismo*, Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N° 1, Enero 2.000.
- ZAPATA L., Patricio**, *La Interpretación de la Constitución*, Revista Chilena de Derecho, Vol. N° 17, N° 1, 1990, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.