

Integración e intervención administrativa: Autonomía privada y orden público económico

ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Doctor en Derecho
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Junto con agradecer la invitación del Sr. Decano a este importante Seminario, quisiera primero contar, a modo de confidencia, que la materia sobre la cual se nos solicitó exponer –al profesor Barahona y a quien les habla– nos dejó un tanto perplejos. Ello, porque la misma supone, necesariamente, exhibir un dominio del Derecho Administrativo, del cual, al menos yo, carezco por completo o de un modo casi absoluto.

Sin embargo, superada esa sorpresa inicial, así como el ligero pudor que implica abordar tópicos que no resultan del todo familiares, procedimos con el profesor Barahona a ponernos de acuerdo o, más que a eso, a “coludirnos” derechamente respecto a los temas que cada uno abordaría. Colusión que, en todo caso, realizamos con miras a beneficiar a este auditorio.

Como producto o resultado de este esfuerzo, decidimos que en lo que a mi respecta abordara –aunque de un modo sucinto atendidas las limitaciones de tiempo– el fundamento que suele esgrimirse a fin de que la Administración o el Estado decidan o justifiquen intervenir en la contratación privada.

* * *

Persona Humana y Autonomía Privada

A modo de premisa, cuya fundamentación excede los propósitos de esta conferencia, 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.¹ Por lo mismo, concebimos el orden

¹ *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

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”.² 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 naturaleza³, permitan efectuar 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 él 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”.⁴

Abordando el tema desde su perspectiva de fondo, creemos –con *Corral*– que la personalidad es un *prius* 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

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.

² Sin embargo, aún 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.

³ 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 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 deductiva y desperdiciaríamos la evidencia que nos presta la experiencia ética, que es expresión de la misma racionalidad humana.”. MOYA, op. cit., pág. 96.

⁴ MESSNER, op. cit., pág. 817.

ésta quede fuera de la regulación jurídica, sino que dicha regulación debe adecuarse a una realidad que existe con prescindencia de ella. El Derecho entonces –como lo expresa *Hernández Gil*– está llamado a “dar significación jurídica a la persona”.⁵

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”.⁶ 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.⁷ Todavía más. La propia definición de persona y el rol que

⁵ 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 e 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.).

⁶ CORRAL “*El Concepto Jurídico de ...*”, pág. 320

⁷ *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

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.⁸

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*. 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 aquella 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 normas⁹, como tampoco establecer condiciones que en la práctica importen negar su vigencia.¹⁰

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 le impone su condición de seres humanos integrados a la vida social”. Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 238.

⁸ 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 N°46, Consid. 19°.

⁹ HERVADA, “*Cuatro lecciones ...*”, págs. 89 y 90 y 93 y 94. En contra de esta opinión se manifiesta, v.gr., *Ferri*, 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.

¹⁰ 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

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.).¹¹ Por tal razón, la supresión de la 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.¹² 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.¹³

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

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.

¹¹ 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 atribuírsele 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.

¹² 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 a 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 incurrían 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.

¹³ 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.

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 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*).¹⁴

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 positivista¹⁵, 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.¹⁶ En efecto, nos parece

¹⁴ En este sentido puede verse, v.gr. MESSINEO, Francesco, op. cit., págs. 51 y 52.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 determinen 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).

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 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.¹⁷ ¿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*”?¹⁸ 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*”?¹⁹; ¿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*”?²⁰ ¿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?²¹, ¿o bien establecerse en un nuevo texto “*principios normativos*” completamente opuestos a los que hoy día nos rigen?

¹⁷ 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 mercedores de tutela por el derecho”. BETTI, Emilio, op. cit., pág. 88. (La cursiva es nuestra).

¹⁸ FERRI, op. cit., pág. 12.

¹⁹ RODRÍGUEZ GREZ, “*El Derecho como ...*”, pág. 69.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., págs. 874 y 878.

²¹ 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.

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”,²² 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.²³ Así también constatamos que en muchas ocasiones, en aras 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.”²⁴

²² 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.

²³ 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 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.

²⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 393. En un sentido similar se pronuncia también DE CASTRO, Federico, op. cit., pág. 15.

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.²⁵ 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”.²⁶

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 regula-

²⁵ 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”.

²⁶ 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* está 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 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.

torias como argumento para justificar la total o parcial abolición de aquellos. 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.”²⁷ 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.²⁸

Incluso se constata que muchas de estas limitaciones pretenden fundarse en un mal entendido “principio de subsidiariedad”, el cual, si bien posee 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.²⁹ 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

²⁷ 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 Excm. Corte Suprema el 29 del mismo mes y año.

²⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, “*La Actividad Económica en la ...*”, pág. 121.

²⁹ 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.

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”.³⁰

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 verdadera 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”.³¹

³⁰ 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*”.

³¹ 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 estanzantes impuestas en nuestro país, desde los años 30 hasta 1973, no es calculable en cero, pues lejos

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 el primero.³² 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 aquellos.³³ 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.³⁴

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.

³² 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.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Hacia una ...”, págs. 46 y 47.

³⁴ 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

Ahora bien, antes de profundizar en las proyecciones de este concepto al Chile de hoy, veamos algo de los orígenes más inmediatos de esta noción.³⁵

En el "Discurso Preliminar sobre el Proyecto de Código Civil", Portalis defiende con calor y pasión la noción de orden público civil. Dice el jurista francés:

"Los pactos de los particulares no pueden derogar aquellas leyes favorables al orden público, y que interesan a las buenas costumbres. Verdad importante y que no debe descuidarse; puesto que para el mantenimiento del orden público se han creado las leyes y los gobiernos. La conservación del orden público en una nación cualquiera es la ley suprema; y dar firmeza a convenciones contrarias a esta ley, sería colocar las voluntades particulares sobre el nivel de la voluntad general, sería disolver el Estado".

En Chile, una definición tradicional del mismo concepto es aquella que proporciona *Claro Solar*, quien entiende por orden público "el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas".

Si uno examina la doctrina, advierte que aunque los autores no concuerden en un concepto estrictamente unívoco de orden público en el campo del derecho civil, lo cierto es que existe un grado muy importante de coincidencia al señalar sus notas o características fundamentales, esto es, su referencia a la organización social básica de la comunidad política, a sus intereses generales y más permanentes y a los valores que sustentan las normas de convivencia que defiende su ordenamiento jurídico.

Es en virtud de esas consideraciones, de superior naturaleza, que el derecho restringe la autonomía de la persona y desconoce las convenciones contrarias al orden público, para salvaguardar la armonía fundamental de la comunidad organizada.

El concepto de Orden Público Económico "OPE", en cambio, es mucho más próximo en el tiempo y comienza a desarrollarse en la doctrina como conse-

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°.

³⁵ En lo que sigue, y con excepción de las opiniones que identificamos como personales, nos basamos en STREETER, Jorge, *Separatas de Derecho Económico*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991.

cuencia de los graves trastornos que acarrearán la Primera Guerra Mundial y la crisis económica que se inicia en 1929.

El trabajo de elaboración de estas nuevas ideas jurídico-económicas tiene gran auge en Francia, destacándose principalmente la contribución de Ripert en su obra "El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno".

Como botón de muestra, veamos que escribía Ripert:

Si se admite –decía el jurista– que hay, impuesto por el Estado, cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de trastornar con sus convenciones, el artículo 6 del Código Civil Francés (que prohíbe derogar, mediante convención privada, las reglas relativas al orden público y a las buenas costumbres) tomará un nuevo sentido. El orden establecido por el Estado para la producción, el cambio y la distribución de las riquezas será de naturaleza económica, pero al mismo tiempo es un orden público; tendrá necesariamente carácter obligatorio y, por vía de consecuencia, serán nulas las convenciones que traten de atentar contra él.

El contrato moderno –continúa Ripert– "aparece, entonces, como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias. Es dirigido por el legislador como dirige la economía misma y por vía de consecuencia. Las partes quedan libres de contratar o no, pero es ésta toda su libertad y libertad que sólo lo es en apariencia, puesto que es necesario contratar para vivir" (cierro las comillas).

Relativamente a nuestro país, la situación económica que desencadenó la crisis del año 29 se tradujo en un conjunto de regulaciones nunca antes vistas y que se reflejaron en publicación de leyes y creación de organismos administrativos que afectaron –y afectaron sustancialmente– los más variados sectores y actividades y, sin dudas de clase alguna, también al régimen de contratación privada.

Así, por ejemplo, encontramos normativas severamente restrictivas:

Sobre cambios internacionales...

Sobre la determinación de precios...

Sobre obligaciones en moneda extranjera...

Sobre obligaciones en moneda nacional...

Sobre comercio exterior...

Sobre cuotas de producción...

Sobre bienes energéticos...

Sobre obligaciones de producir...

Sobre artículos de primera necesidad...; y un largo etc...

Es en este contexto –que llegó para quedarse– donde fue incubándose y desarrollándose, entre nosotros, la noción de OPE.

El problema, sin embargo, es que las “Leyes Económicas” contienen indicaciones, las más de las veces contradictorias, respecto de principios que responden, a su vez, a sistemas distintos:

- Una parte de la legislación que interesa a la economía reconoce la tutela de la propiedad y ampara la autonomía contractual;
- Otras disposiciones, inspiradas en el deseo de consagrar la primacía del Estado en el campo de la economía, someten la conducta de los particulares a las órdenes que emanan de la Administración;
- Una tercera y muy numerosa especie de normas económicas se explican por motivos de intervención propios de un régimen mixto.

Así las cosas, se comprenderá que resulta muy difícil para el intérprete elaborar conceptos homogéneos a partir de una materia prima tan disímil.

Con todo, y haciendo un esfuerzo de síntesis, advertimos que los intentos de precisar qué es el OPE se orientan por dos vías principales: la una ve el orden público económico como un concepto meramente *funcional* sin un contenido determinado; la otra pone en cambio el acento en *aspectos sustantivos* que se refieren a la organización económica fundamental de una sociedad.

Quienes se orientan en la vía del concepto funcional no reconocen ningún contenido específico y determinado a aquello que sea el OPE. Más bien, se atienen al hecho de que las normas que se reconocen como pertenecientes al orden público tienen funciones determinadas, tales como la dirección económica, la protección del contratante más débil y el fomento de ciertas actividades económicas, quedando fundamentalmente entregado a la autoridad administrativa el dar de tiempo en tiempo a esas normas el contenido que, en un momento determinado, se estima más adecuado para mantener la organización o lograr las finalidades convenientes al interés general.

En la doctrina nacional, tal vez quien primeramente formuló una definición en esta línea fue el profesor de Derecho Comercial don *Raúl Varela*, quien, hace sesenta años, describía el OPE como “el conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad”.

Apartándose del concepto funcional, otra corriente de la doctrina que busca una noción material, entiende el OPE como una *especificación* del orden público del derecho clásico o tradicional, y que lo define, por consiguiente, en atención a su contenido.

El profesor *José Luis Cea*, por ejemplo, concibe el OPE “como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de una país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.

En una línea semejante, pero con grados de precisión mucho mayores, se inscribe el concepto de OPE tratado el año 1978 por la *Comisión de Estudios de la Constitución Política*, la que al referirse a este tema cuidó de precisar que aquél comprendería materias de tanta sustancia como el principio de subsidiariedad de la actividad estatal, la libre iniciativa de las personas para desarrollar actividades económicas, la igualdad en el trato que las personas deben recibir de parte del Estado y de sus organismos, el derecho para adquirir cualquier clase de bienes, la tutela del derecho de propiedad en sus diversas especies, el control del gasto público y el endeudamiento fiscal, por citar solo algunas.

De este modo, para esta segunda corriente doctrinaria y jurisprudencial, el OPE se describe en una forma similar a como siempre ha ocurrido con el orden público *civil*, es decir, por relación a los principios fundamentales de la comunidad política, entendiendo por tales aquéllos que se encuentran consagrados en la Constitución.

Muy vinculado con lo dicho, y a propósito, ahora, de las funciones y aplicación del OPE, la doctrina contemporánea distingue un orden público *de protección* y un orden público *de dirección*.

El objetivo del primero (orden público *de protección*) sería tutelar al contratante más débil mediante, entre otras medidas, la represión de las cláusulas abusivas y de los contratos leoninos. Se trata de ‘medidas de protección’ por cuanto están establecidas en beneficio de uno de los contratantes; el protegido se beneficia entonces de un derecho de origen legal.

La mayor parte de las ‘medidas de protección’ han surgido en sectores de actividad contractual donde existe un desequilibrio económico entre los con-

tratantes, de manera que uno de ellos dispondría de un cierto poder sobre el mercado que le permitiría establecer unilateralmente las condiciones del contrato. Es lo que ocurre con los “contratos de adhesión”.

A diferencia de este concepto, el llamado orden público económico *de dirección* tendría por objeto permitir al Poder Público la obtención de ciertos objetivos económicos.

Persigue, en definitiva, llegar a una cierta organización de la economía nacional, eliminando del ámbito de la contratación privada todo lo que podría contrariar esa orientación.

Se incluyen en esta categoría las disposiciones obligatorias relativas a la moneda, al crédito, a la ecología, a la reglamentación económica de la competencia, a la regulación de los precios, y así suma y sigue...

Técnicas de aplicación del OPE

La doctrina también enseña que, para el cumplimiento de estas funciones, las normas de orden público emplean diversas *técnicas de aplicación*, que producen, a su vez, efectos jurídicos de la más variada naturaleza. Así se reconocen la técnica: (i) de la prohibición; (ii) de la regulación; (iii) de la determinación del contenido del contrato; y (iv) de la de formación de la relación contractual por vía de autoridad.

a) Técnica de la prohibición

El procedimiento de la prohibición se utiliza todavía, pero es poco frecuente en el derecho económico contemporáneo, porque no permite dar una verdadera organización a la economía o a las relaciones contractuales.

Ejemplo: “En las obligaciones expresadas en moneda extranjera para pagarse en moneda nacional no podrá pactarse otra forma de reajuste que la que lleven implícita.” (Artículo 24 de la Ley N° 18.010).

b) Técnica de regulación o reglamentación

Es de muy amplia utilización. Consiste en que el acceso a una actividad o la celebración de un contrato queden sujetos a la concurrencia de requisitos o condiciones objetivas, cuyo cumplimiento o incumplimiento es materia de simple constatación de hecho, sin que el arbitrio de la autoridad influya en la posibilidad de ejecutar la conducta.

Ejemplo: Obligación de inscripción en el Registro Valores de la SVS.

c) Técnica de determinación del contenido del contrato

Es ésta una técnica intensamente *dirigista*, porque en ella la autoridad pública ya no confía en las partes para que sean ellas las que den al contrato el contenido que deseen, sino que establece, en mayor o menor grado, el contenido de la obligación contractual de una de la partes, o de ambas.

Ejemplo: El contrato del usuario final con una empresa de distribución eléctrica

e) Técnica de formación de la relación contractual por vía de autoridad

Es la que importa el más severo atentado a la autonomía privada, y que incluso puede llegar a hacerla desaparecer totalmente. Ella se ubica más allá del dirigismo contractual y se traduce en que todo o parte del contrato es reemplazado por un estatuto legal al que una o ambas partes quedan forzosamente sometidas.

Ejemplo: *La obligación de contratar.* Cuando la norma jurídica, de rango legal o incluso administrativo, impone al administrado una “*obligación de hacer*” que consiste precisamente en celebrar un contrato determinado con otra persona, generalmente una persona dentro de una clase determinada, y muchas veces en forma y condiciones que la norma jurídica también establece. (Tal sería el caso de la obligación de retorno y liquidación de divisas que el Banco Central de Chile puede imponer a los exportadores).

Está claro que la forma en que las normas de orden público económico afectan la autonomía privada depende de la construcción técnica del procedimiento de aplicación o de intervención de que en cada caso se trate. Muy distinta es la situación de una persona a quien se exige acreditar un grado académico para ejercer una labor profesional, que el caso de quien se ve puesto en el deber jurídico de enajenar un bien que está en su patrimonio, o de contratar con otro en condiciones que son previamente determinadas por la autoridad.

La legitimidad de las situaciones específicas en que una persona se ve alcanzada por normas de orden público económico no está ajena, entonces, a las disposiciones jurídicas fundamentales que establecen los derechos de la personas y que regulan sus eventuales restricciones.

Empero, el tema no concluye con lo reseñado. Estas técnicas brevemente enunciadas y, en general, el ejercicio de la potestad normativa de la administración a quien se encomienda desarrollar, en concreto, la noción de OPE, presentan algunos otros problemas relevantes.

A nuestro juicio, los principales son dos:

Primeramente, la Administración puede ser calificada como un pésimo legislador. Ello porque sólo es capaz de atender a las cuestiones más inmediatas, careciendo de una visión amplia como la que, al menos en teoría, posee el legislador; y también porque su estructura burocrática le proporciona a cada órgano administrativo la visión parcial correspondiente a su respectiva especialidad técnica, sin contar con una verdadera perspectiva de conjunto.

El segundo problema se vincula con la forma de concebir los derechos, libertades y garantías constitucionales, particularmente en el Chile de hoy, el Chile de la "Nueva Mayoría".

No cabe duda que nuestro país avanza decididamente hacia el modelo conocido como "Estado Social de Derecho", el cual implica, en lo sustancial, la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales, los que dejan de ser considerados como una autolimitación del poder del Estado.

En otras palabras, el papel de los derechos fundamentales pasa a transformarse en instrumento jurídico de control de la actividad positiva del Estado, la cual debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder.

Lo anterior trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos.

De esta manera, se hace fácil advertir que la maraña de regulaciones administrativas no sólo tiende a aumentar de manera exponencial, sino que el concepto mismo de OPE se expande a horizontes que difícilmente son compatibles con la visión tradicional o clásica del contrato que, al menos los más viejos, no solo aprendimos en las escuelas de Derecho sino que alcanzamos a evidenciar en la práctica.

Muchas gracias.

Bibliografía citada y de referencia

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*, núms. 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 anti-monopolios*”, *Revista “Actualidad Jurídica”*, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Año I, N°1, enero 2000.

FERNANDOIS 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.

IBAÑEZ, José Miguel, *"Sociedad y Pecado"*, Revista de Derecho Público, 19-20, 1976, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

IBAÑEZ 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-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.

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 Núms. 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.

STREETER, Jorge, *Separatas de Derecho Económico. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1991.*

SPAEMANN, Robert, *“Natural - No Natural ¿Son nociones significativas para la moral?”*, Cuaderno 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.

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.