

En cuanto al estilo, es claro y apasionado, de fácil comprensión y adecuada hondura, apto para el amplio horizonte de personas de cultura que deseen interiorizarse en el mundo jurídico romano. Se lee con placer, lo que resulta excepcional en la literatura jurídica. Además, a través de numerosas notas a pie de página, reenvía al lector a otros textos donde

podrá profundizar sobre las distintas materias ahí tratadas a fin de comenzar una investigación específica sobre el tema.

En nuestra opinión, este es un libro que hacía falta, pues conjuga armoniosamente la Historia y el Derecho.

CARLOS FELIPE AMUNÁTEGUI PERELLÓ

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006) *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, segunda edición. (Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, 292 pp.)

1. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: UN APOORTE AL CONSTITUCIONALISMO

Desde hace ya casi tres décadas el derecho constitucional chileno se encuentra en proceso de expansión. El fenómeno de *constitucionalización del derecho*¹ provocado por la Carta de 1980 ha consolidado la doctrina más preclara del constitucionalismo: sus normas se encuentran al servicio de la persona humana, comprometiendo al Estado al respeto de la legalidad y la igualdad jurídica.

Como consecuencia de aquello –y en buena hora– han proliferado en estos años textos y doctrinas más sofisticadas de derecho constitucional, toda vez que el “*mercado jurídico*” lo demanda cada día más.

En dicho contexto nos encontramos con este libro de Derecho Constitucional Económico, de naturaleza eminentemente técnica y de evidente utilidad práctica para quienes, desde la docencia o el ejercicio profesional, desarrollamos actividades vinculadas al derecho público. Su segunda edición se hacía para nosotros necesaria y su actualización indispensable².

¹ Ver a este respecto, entre otros, FERRADA (2003) y FAVOREAU (1999).

² A la primera edición de este libro, el tema era de escasa discusión: solo algunos artículos, unos de ellos de alta calidad técnica, existían respecto del Orden Constitucional Económico, y pocos autores proclives a las ideas de libertad habían publicado

Es meritorio que Fernandois haya desarrollado en forma persistente su investigación en materias que no habían sido de masivo estudio por parte de la doctrina nacional³. Tal esfuerzo no hace sino ampliar el alcance del constitucionalismo nacional a áreas que años atrás habrían sido impensadas, como la protección del individuo frente al Estado-Empresario o al Administrador arbitrario. Este estudio representa, como todas aquellas que profundizan en este camino, un paso más en,

en la materia. Hoy el escenario es otro, destacando Fernandois entre otras, las obras escritas por GUERRERO (1998), SOTO KLOSS (2001), FELIÚ (2001), ALCALDE (2001), NAVARRO (2000) y RIBERA (2000) que siguen el camino de la libertad económica garantizada por la Constitución

³ En particular, respecto de conceptos que distan de ser pacíficos. Al respecto, algunos, como QUINZIO (2004), p. 177, señalan que “*Nuestra Constitución dirige en materia económica a una Economía de Mercado y no social, ya que esta tiene como principio rector la libertad económica*”. Otros, como BAUER (1998), p. 25, sostienen que “*Chile es un ejemplo pionero no solo de la perspectiva neoliberal en el diseño institucional, sino del enfoque de la “Escuela de Chicago” del derecho y las instituciones*”. FERRADA, (2000) p. 49, va más allá agregando que “*la propia conceptualización del “orden público económico” y su estudio reflejan un enfoque parcial e ideologizado de la materia*”. (En los tres casos los destacados son nuestros).

como la califica Ziulú, esa “verdadera historia de la libertad” que es el constitucionalismo⁴.

¿Qué podría encontrar de novedoso el lector en esta segunda edición? Lo primero, que conserva en forma inalterada de la primera la esencia libertaria de sus tres ideas centrales: la primera, una defensa del Orden Público Económico, haciéndose cargo de quienes niegan valor a tal principio⁵. La segunda, el desarrollo constitucional del principio de subsidiariedad, la necesidad de la actividad económica del fin de lucro y el límite al Estado para restringir o regular la libertad de empresa y de obtención de dicho incremento de rentas. El tercer contenido de este primer tomo, aparentemente el más investigado por el autor en los años que median entre ambas ediciones, dice relación con el concepto de igualdad y la discriminación, en sus vertientes “justa” y “arbitraria”.

Sin embargo, el mayor logro en esta es el desarrollo de las líneas trazadas en estos tres capítulos: esta edición incluye un interesante trabajo de actualización de sentencias jurisprudenciales –nacionales y extranjeras–, doctrina chilena y comparada y reflexiones conformes con dos vertientes que se fusionan en nuestra Carta Fundamental: por una parte la tradición latino-occidental del derecho civil y su libertad contractual y, por otro, el rol subsidiario del Estado y de las instituciones intermedias.

2. EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO Y EL ORDEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

No hay duda de que la intención del Constituyente Originario de 1980 fue crear un modelo constitucional que no fuere neutro. A diferencia de sus predecesoras, esta Carta Fundamental posee contenido axiológico: en terminología de Loewenstein, es una carta programáti-

ca⁶, que optó por un sistema democrático, defensor de los derechos esenciales de la persona y respetuoso de la igualdad, libertad y pluralismo⁷.

No es de extrañar, pues, que la vigente Constitución haya asegurado la determinación de ciertos valores centrales en el sistema económico y social, asegurando un indubitado predominio del individuo por sobre el Estado en materias económicas. Por ende, como señala Yrarrázabal “*El Orden Público Económico es la base conceptual del Derecho Económico. (...) todos los análisis y estudios que se hagan al respecto debieran ayudar en su clarificación*”⁸. La esencia de tal orden, no cabe duda, radica en el principio de subsidiariedad.

Resulta paradójico –casi políticamente incorrecto– referirse al rol subsidiario del Estado en estos días⁹. Las estadísticas señalan que nuestra sociedad valora aún en forma escasa la autonomía de emprendimiento¹⁰ y, al contrario, aprecia el rol estatal dirigista en la economía¹¹.

⁶ LOEWENSTEIN (1976) p. 212

⁷ Es ilustrativa a este respecto la discusión sostenida en el curso de las reformas a la Constitución de 1980 sostenidas en la Comisión de Constitución del Senado en relación a la introducción del concepto “*estado democrático y social de derecho*” en las bases de la institucionalidad. Tal iniciativa fue rechazada por cuanto los principios que se pretendían introducir ya son parte integrante de la Carta Fundamental para el criterio de la mayoría de dicha Comisión. Ver PFEFFER (2005) pp. 554 a 556

⁸ YRARRÁZABAL (1999) p. 14

⁹ Recientemente ha finalizado una gran manifestación motivada por la libertad de enseñanza en el que se discutió primordialmente el rol del Estado respecto de la educación y la enseñanza: para algunos el fracaso del actual modelo conlleva la necesidad de volver a la estatización de la misma.

¹⁰ Señala la encuesta del CERC de mayo de 2006 que “*la gran mayoría de los chilenos, 71%, considera que la igualdad social tiene más importancia que la libertad individual, mencionada por un 25%. Este resultado confirma los datos del 2005 y es un aumento de las primeras mediciones en 1990 y 1995, cuando una mitad de los chilenos favorecía la igualdad*”

¹¹ Fermandois coincidirá con la queja de LIPPMANN (1937) respecto de un modelo “sobregobernado”, con más intervención del Estado. Tal, dice Lippmann, no haría otra cosa sino sepultar toda esperanza de igualdad de oportunidades.

⁴ ZIULU (1997) p. 41

⁵ Uno de los más valiosos avances en la materia, como señala el propio autor, es que la doctrina comparada ha evolucionado hacia posiciones más proclives a la libertad. Por ejemplo destaca FERMANDOIS. (2006) p. 51, cómo el catedrático francés George RIPERT modificó su tesis, abandonando el dirigismo estatal en sus últimas ediciones, las cuales, desafortunadamente, no han tenido repercusión en la doctrina nacional más estatista.

Frente a este fenómeno social Fermandois desarrolla la teoría de la libertad basada en la superioridad ontológica y teleológica del hombre frente a la sociedad. En una adaptación de la tradicional teoría tomista a la economía moderna, el autor nos invita a que redescubramos que lo accidental –la sociedad– necesita de la presencia del ser subsistente –el hombre– para existir, lo que explica por qué el Estado está al servicio de la persona humana y determina el rol subsidiario del aquel en el orden social¹².

Como buen discípulo de Guzmán, Fermandois acoge en su libro su concepción sobre la subsidiariedad que, plasmada en la Carta Fundamental, considera que “*la iniciativa particular o privada es preferente, y (...) solo en virtud del principio de subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos*”¹³.

Del rol subsidiario del Estado emanan los demás principios que el autor supone para el Orden Público Económico: la interdicción de la arbitrariedad, la valoración de la propiedad privada, la revisión judicial, la reserva legal en materias económicas, la independencia de la política monetaria respecto del gobierno de turno y las restricciones al Estado en materias empresariales. Mención aparte merece la investigación de Fermandois de una característica aún poco estudiada entre nosotros respecto de las cualidades del “Estado empresario”, consistente en el principio de especialidad^{14, 15}.

¹² El autor se suma a “*la crítica de inspiración socialcristiana a Estado de Bienestar (que) se apoya en la idea de dignidad humana y de la prioridad de la persona frente al Estado*” de la que GARCÍA-HUIDOBRO (1997) p. 228

¹³ GUZMÁN (1978) p. 2918

¹⁴ Aquella consiste, en palabras de DELAVEAU, (2004), en que “*Si el Estado pretende desarrollar actividades empresariales, debe contar con una ley de quórum calificado que lo autorice. (...) Si la actividad empresarial estatal es subsidiaria y excepcional, sus alcances deben ser acotados con la mayor precisión posible. (...), la ley que permita la actividad empresarial del Estado debe definir específica y detalladamente el giro de la empresa pública*”

¹⁵ Ver al respecto EVANS (2002) p. 674.

3. LA IGUALDAD, LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA Y LA DIFERENCIACIÓN JUSTA

Esta obra se propone, asimismo, a especificar el contenido de la igualdad o “*conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad*”¹⁶. Por definición ella no supone uniformidad, pues es de la naturaleza humana que no todos somos similarmente iguales. El autor se aboca, desde esa perspectiva, a la compleja labor de superar la terminología tradicional en la materia¹⁷ por medio de un modelo que permita al intérprete determinar con mayor grado de certeza cuándo se produce un quiebre en dicha igualdad justa, configurándose la discriminación arbitraria¹⁸.

Para Fermandois los requisitos o beneficios deben ser los mismos para personas que se encuentren realizando *operaciones similares*: la misma norma o razón debe regular a quienes están ubicados en la misma disposición o situación objetiva. De este modo, será arbitrariamente discriminatoria la norma o acción que imponga requisitos distintos a personas objetivamente iguales. La determinación de dicha objetividad está referida a la *proporcionalidad de medio*¹⁹, cuyo criterio de determinación consiste en el análisis del elemento esencial de la relación de igualdad.

Así, será justa la diferenciación cuando se refiera a personas que se encuentren en la misma categoría de sujetos, siempre que se refiera a la relación de dichos individuos en cuanto tales y al grado de intensidad de la regulación, en lo que el autor denomina “*la so-*

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo segunda edición.

¹⁷ Al efecto señala FERMANDOIS (2006) p. 252 que la definición de BANDEIRA DE MELLO (1978) seguida por la doctrina nacional consistente en “*tratar en forma igual a los iguales y desigualmente a los desiguales*”. Sería tautológica, pues según el autor con quien coincidimos, tal cosa no sería sino una mera redundancia de términos o petición de principios.

¹⁸ En esta edición hay significativos estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la línea de la motivación del acto administrativo y su falsedad o ausencia que refuerzan la idea del autor.

¹⁹ FERMANDOIS (2006) p. 262

fisticación del agrupamiento de sujetos destinatarios de la norma”²⁰.

MARCELO BRUNET

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2001): “Persona humana, autonomía privada y orden público económico”. *Revista Actualidad Jurídica*. N° 4: pp. 77-106.
- BANDEIRA DE MELLO Celso Antonio (1978): “El Contenido Jurídico del Principio de Igualdad.” *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad de Chile, 1978: pp. 7-29.
- BAUER Carl. J (1998): “Derecho y economía en la Constitución de 1980”. *Perspectivas en Política, Economía*, N° 1, Vol. 2: pp. 23-47.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo (2004): “Enap y la Especialidad del Giro Empresarial del Estado”. *Diario Financiero*, martes 31 de agosto de 2004: p. 2.
- NAVARRO BELTRÁN Enrique (2000): “El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, N° 62: pp. 32-47.
- EVANS ESPÍNEIRO, Eugenio. (2002): “Las actividades económicas de las empresas en la Constitución y las facultades normativas de los órganos de la administración y fiscalización del Estado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 3: pp. 673-684.
- FAVOREAU, Louis (1999): “La constitucionalización del derecho penal y del procedimiento penal: hacia un derecho constitucional penal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26: pp. 279-322.
- FELIÚ Olga,(2001): “El ejercicio de la libertad económica y de las facultades de los organismos antimonopolios”. *Revista Actualidad Jurídica* N° 1: pp. 71-88.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo I. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile) 234 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo I, segunda edición. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile) 292 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ Juan Carlos (2000): “La Constitución Económica de 1980: Algunas reflexiones críticas”. *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 11: pp. 47-54.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos *et al.* (2003): *La constitucionalización del derecho chileno, Editorial Jurídica de Chile* (Santiago, Chile) 298 pp.
- GARCÍA-HUIDOBRO Joaquín (1997): “Más allá de las modernizaciones, La reconstitución del Estado”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, N° 2: pp. 225-252.
- GUERRERO DEL RÍO, Roberto (1998): “Consideraciones en torno al Orden Público Económico y los Tributos Manifiestamente Desproporcionados e Injustos”. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, N° II: pp. 107-116.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime (1978): En Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (CENC). Edit. Impr. Talleres de Gendarmería.
- LIPPMANN, Walter (1937): *The Good Society*. En Friedman, Milton (1980): *Libertad de Elegir*. Edit. Grijalbo, Barcelona, 436 pp.
- LOEWENSTEIN, Karl (1976): *Teoría de la Constitución* (Ediciones Ariel, España) 619 pp.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005*, Antecedentes (Debates, Informes. Edit. Jurídica de Chile) 661 pp.
- QUINZIO FIGUEIREDO Jorge Mario (2004): *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II, Edit. LexisNexis) 606 pp.
- SOTO KLOSS Eduardo, (2001): “La Actividad Económica en la Constitución Política de la Republica”. *Ius Publicum*, N° 2.
- RIBERA NEUMANN Teodoro (2000): “La Potestad tributaria del Estado”. *Revista de Derecho Público*. N° 62: pp. 32-47.
- YRARRÁZABAL COBARRUBIAS, Arturo (1999): “Orden Público Económico: ficción o realidad”. *Revista del Abogado*, Colegio de Abogados de Chile A. G., N° 15: pp. 13-18.
- ZIULU, Adolfo Gabino (1997): *Derecho Constitucional* (Editorial Depalma, Buenos Aires) 411 pp.

²⁰ FERMANDOIS. (2006) p. 263.