

RIPERT Y SU INFLUENCIA EN EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: AUJE Y CAÍDA DE UNA VISIÓN DIRIGISTA

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER*

RESUMEN: La evolución del concepto de Orden Público Económico para el gran jurista francés Georges Ripert, quien a comienzos del siglo XX lo propone como un instrumento útil en el proceso planificador del Estado en materia económica ya que limita la autonomía de los particulares; pero que luego, decepcionado del Estado interventor, formula reparos a la noción original y plantea que el orden público debe incorporar la defensa del derecho de propiedad. El autor postula que, el concepto de Orden Público Económico como lo entendió Ripert en 1927, no puede en absoluto ser aplicado a la realidad jurídica chilena desde la vigencia de la Constitución de 1980.

Palabras clave: Orden público económico - derecho público - Constitución 1980.

ABSTRACT: This article deals with the evolution of the concept of Public Economic Order. At the beginning of the twentieth century, famous French lawyer Georges Ripert proposes that this concept would be a useful tool as regards to the State's planning activities in economic matters, because it limits the autonomy of individuals. However, disappointed by the concept of the State as interfering in economic life, Georges Ripert ends up criticizing the original notion and sustaining that the concept of Public Economic Order must include the defense of property rights. The author assumes that the concept of Public Economic Order as understood by Ripert in 1927 cannot be applied at all to Chilean law since the 1980 Constitution is in force.

Key words: Public economic - Public Law - Chilean 1980 Constitution.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1998 publicamos nuestras ideas para un nuevo concepto de orden público económico, atribuimos a Georges Ripert, el gran civilista y comercialista francés nacido en 1880, una negativa influencia dirigista en la doctrina chilena¹.

* Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. MPA, Universidad de Harvard. Profesor visitante, Facultad de Derecho Universidad de Harvard (2004). El autor agradece los comentarios efectuados a versiones previas de este trabajo por la profesora de derecho civil María Sara Rodríguez-Pinto.

¹ Se efectuó inicialmente esta imputación a Ripert por nosotros en *Informe Constitucional* N° 1.722, de 2 de abril de 1998. Luego, la crítica fue reiterada al proponerse una nueva definición de Orden Público Económico en nuestro *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I (Ediciones UC, 2001), p. 58. En rigor, al sugerir una definición libertaria de OPE no estábamos haciendo grandes innovaciones. Esta forma de entender el orden público ya había sido formulada en las sesiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, y lo novedoso consistió simplemente en lanzar un requerimiento formal para el abandono de la definición que por décadas venía alimentando y retroalimentando a la doctrina privada y pública chilena.

Bajo el título “*El contenido dirigista y la influencia de Ripert*”, varios párrafos fueron dedicados a castigar a Ripert por exportar al derecho público chileno un concepto “anticuado, nacido hace más de medio siglo como reacción al liberalismo clásico del siglo XIX...”. En esos trabajos comprobamos cómo la doctrina chilena del derecho y privado venía reproduciendo las ideas de la doctrina civil francesa de Ripert y de Farjat, en cuanto a que el orden público económico, en adelante, OPE, consistía únicamente en un conjunto de regulaciones económicas –muchas administrativas– cuyo objeto era limitar la autonomía de la voluntad de las personas^{2 3 4}.

Nuestra crítica consistió, desde luego, en que la doctrina y jurisprudencia chilena, irreflexivamente impactada por la tradición francesa, hacía caso omiso del trascendental cambio jurídico operado en Chile en 1980. En efecto, jueces y juristas continuaban operando con una noción ambigua y dirigista de OPE construida a principios del siglo XX, ignorando por completo el advenimiento de un nuevo orden constitucional y económico basado en la libertad. Esto, planteamos, traía severos reparos ante principios como la jerarquía normativa, libertad económica, reserva legal y otros. Asimismo, propusimos ahí una nueva definición de OPE armónica con la noción de bien común contenida en el inciso 4° del artículo primero de la Constitución de 1980.

En este artículo se precisarán y morigerarán los cargos que hicimos a Ripert. En realidad, permanecerá en pie toda nuestra crítica a la recepción sistémica que se venía haciendo en Chile a la doctrina francesa hasta el año 2000, y también permanecerán vigentes nuestros reparos a la forma original que Ripert concibió el OPE. Pero ocurre que, accediendo a otras zonas más desconocidas de la vasta producción literaria del formidable *ius privatista* galo, hemos desentrañado sorpresas notables. Algunas de estas se ubican en las obras clásicas de Ripert, otras en trabajos menos conocidos y algunas en escritos francamente inéditos para nuestro medio⁵.

La inquietud por este tema surge al revisar la última edición del libro “*Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*”, de Ripert (2001). Esta es una obra antigua, editada en Buenos Aires ya en 1950 (*Bosch*) y en París en 1946 (*LGDJ*). Aun así, es un libro opacado por los voluminosos tratados de Derecho Civil y de Derecho Comercial del mismo autor. Intrigados entonces por las críticas que el francés lanza en este trabajo *Aspectos Jurídicos* a las regulaciones de la economía, y por cómo compatibilizar ellas con su propia doctrina anterior sobre el OPE, decidimos hacer un breve seguimiento a los trabajos de Ripert en la materia.

² En esos trabajos se recurrió a RIPERT, Georges, *Le Regime Democratique et le Droit Civil Moderne* (Paris, Librarie General de Droit et Jurisprudence, 1936 y de FARJAT, Gerard, *Droit Economique* (Ed. Pluf, Paris, 1971) y *L'ordre Publique Economique* (LGDJ, Paris, 1963).

³ Gerard Farjat, es profesor de derecho económico y posterior a Ripert. Nacido en Dijon en 1929, es un seguidor en sus ideas sobre el orden público económico, las que difunde en la Universidad de Nice, de la que llega a ser profesor emérito. Su libro sobre el OPE es conocido en Chile, citado continuamente por juristas del derecho comercial y económico.

⁴ Para trabajos más actuales de FARJAT, Gerard, véase su capítulo introductorio en el libro *Liberté e Droit Economique* (Association Intrenationale de Driot Economique Ed. De Boeck, Bruselas, 1992) p. 11.

⁵ Consideramos escasamente conocido para la bibliografía chilena el artículo GEORGES RIPERT “La Technique Legislative de l’Economie dirigeé”, que no está publicado en Europa ni en Buenos Aires, sino en Estados Unidos, en la revista *Tulane Law Review*, N° 292 (1954-1955), p. 292.

Y como toda investigación bibliográfica termina con una sorpresa, esta no fue la excepción. Los resultados demuestran que Ripert comienza, como todo civilista, inmerso en las tradiciones del derecho privado que le antecedieron. En ellas el OPE se crea y se justifica para limitar la autonomía de los particulares. Lo influye fundamentalmente su maestro de la Universidad de París, Marcel Planiol, pero también contemporáneos como Carbonier⁶. Empero, a medida que el siglo XX avanza y el dirigismo económico muestra sus primeros defectos, Ripert reacciona y se hace libertario, crítico de las regulaciones administrativas y legales de la economía, aquellas que tanto respeto les prodigó en sus ideas iniciales de orden público económico. Además, plantea que el orden público debe incorporar la defensa del derecho de propiedad. Como se ve, suficientes novedades como para detallarlas a continuación.

2. LOS PRIMEROS TRABAJOS DE RIPERT SOBRE EL OPE: *LE REGIME DEMOCRATIQUE ET LE DRIOT CIVIL MODERNE* (1936)

Hemos dicho que Ripert comienza dirigista y evoluciona hacia mediados del siglo XX, colocando un matiz de libertad en el orden público. Revisaremos ello en el siguiente acápite. Por ahora, es interesante acudir a sus más tempranos trabajos en la materia. Ello nos permitirá contextualizar el surgimiento del OPE y subrayar el abismo histórico que existe entre esta influencia dirigista y el sistema inaugurado por la Constitución de 1980 en Chile.

La primera obra disponible en que Ripert menciona el Orden Público Económico es aquella bien conocida en Chile, *Le Regime Democratique et le Droit Civil Moderne*, de 1936⁷. Este trabajo suele ser citado hasta nuestros días por la doctrina nacional, pretendiéndosele plena vigencia y aplicación. Nótese que Ripert escribió este libro antes que su famoso *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, el que vendría algunos años después (1956)⁸.

En *Le Regime Democratique*, nuestro autor construye la base teórica y filosófica sobre la cual formulará su propuesta de OPE. En ella cuestionaría la libertad contractual como principio autónomo, otorgándole valor jurídico solo en cuanto se dirija al interés general. En el capítulo V de su edición en francés, bajo el título de “La declinación del contrato y la organización económica del Estado”, Ripert reflexiona: “*He aquí hoy día una idea nueva: El Estado interviene no solo para proteger la voluntad de los contratantes, sino también para destruir las manifestaciones de voluntad individual que son funestos al interés general*”⁹. Recordemos que la doctrina francesa venía justificando el involucra-

⁶ CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, N° 4, *Les Obligations* (Presses Universitaires de France, primera edición de 1956).

⁷ RIPERT, Georges, *Le Regime Democratique et le Droit Civil Moderne* (Librarie General de Droit et Jurisprudence, Ancienne Librarie Chevalier-Maresq, Paris, 1936). Las traducciones desde el francés son nuestras.

⁸ Esta sería la primera edición de su Tratado, aunque venía colaborando con Planiol desde el año 1917 en muchas obras de derecho civil, en calidad de coautor. Aquel año publicó con Planiol el *Traité Practique de Droit Civil Francais* (Paris, Librarie General de Droit et Jurisprudence).

⁹ RIPERT, Georges, *Le Regime Democratique...*, ob. cit., p. 272.

miento del Estado en los contratos como una forma de supervigilar la eficacia de la autonomía de la voluntad. El Estado velaría por el cumplimiento de las obligaciones creadas por las partes del contrato, durante toda su vigencia. Pero Ripert abre el fuego con su condicionante al interés general. Más adelante, explica por qué este giro dirigista luego de un Código Civil francés de corte liberal, en pleno siglo XIX (1804):

“En el momento en que el Código Civil fue redactado, el Estado desempeñaba un rol político, pero no un rol económico. Nuestras ideas han cambiado. El Estado del día de hoy busca dirigir la economía”.

Así, Ripert llega a la formulación del Orden Público Económico, eminentemente planificador de la economía. Ripert constata los nuevos aires económicos, y les ofrece un puente jurídico. Introduce así la novedad de vincular la nueva idea de orden público (el OPE) al artículo 6° del Código Civil francés y la prohibición para los particulares de derogar leyes de orden público, como se verá más adelante. Aparece así su famosa frase creadora del OPE, que él cita de sí mismo como proveniente de un trabajo previo de 1935¹⁰:

“Hay que distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres, aquellas que son impuestas por el Estado de aquellas que pueden ser libremente establecidas por los hombres. Hay, junto a la organización política del Estado, una organización económica, tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico”.

A pesar de haber creado así las categorías civiles para acoger una economía intervencionista, a la sazón en pleno apogeo, Ripert no pierde objetividad a la hora de describir su nuevo hijo doctrinario. Le atribuye características más complejas e inciertas que al orden público tradicional (al que llama político). Reconoce que este último ha resultado constante, porque a pesar que los “contratos cambian, son mutables y cambiantes, el orden público resiste inmóvil y constante”, fruto de que la moral es constante y la jurisprudencia ha resuelto armónicamente los problemas. No sucederá lo mismo con el OPE, porque para Ripert, “la legislación económica es esencialmente inestable y variable”¹¹.

En fin, en este primer libro, el francés crea la idea de OPE pero al mismo tiempo intuye los defectos que le harían impropia su verdadera calidad de orden público. La intuición sería correcta, sin duda. ¿Por qué una determinada regulación económica –técnica, instrumental y transitoria–, en regímenes constitucionales fundados en la libertad económica (Francia y Chile), debe elevarse a la más alta calidad filosófica, jurídica y moral de una sociedad?

¹⁰ RIPERT, Georges, *L'ordre économique et la liberté contractuelle* (1935). Ripert cita su propio trabajo como incluido en el *Livre Jubilaire Gényn*, Tomo II, p. 325. Lo citará alternativamente como proveniente del año 1927, 1935 y 1937. Desconocemos si se trata exactamente del mismo trabajo, pero en esencia parece contener su propuesta original para un orden público económico.

¹¹ RIPERT, Georges, *Le Regime Democratique*, ob. cit., p. 280.

3. EL OPE EN SU TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL (1956)

Ripert publicaría varios años después su obra de 14 tomos, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*. Aquí resumiría más sistemáticamente el tratamiento civil del orden público económico, y le agregaría un interesante elemento libertario.

En primer lugar, precisemos que Ripert aborda el asunto del OPE con ocasión de los límites a la autonomía de la libertad exigidos por el artículo 6° del Código Civil francés. En su *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, detalla los alcances que tiene ese precepto del código privado francés¹².

En un texto inmutable hasta hoy, el artículo 6° del Código, ubicado en el título preliminar, “*De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general*”, dispone:

“No se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres”.

En *Le Regime Democratique*, Ripert había dicho al respecto:

“*Si se admite, por el contrario, que hay impuesto por el Estado un cierto orden económico que los particulares no tienen el derecho de derogar por sus convenciones, el artículo 6 va a tener un nuevo sentido*”¹³.

Es interesante la forma que se presenta el conflicto por el Código Francés, como la posibilidad de los particulares de “derogar” leyes en sus convenciones. Se trata de un evento extremo pretendido por las partes, ya no solo de sustraerse de los efectos de las leyes vigentes, sino de derogarlas, de terminar expresamente con su vigencia en forma indefinida, mediante las cláusulas de un contrato privado.

Ripert, al enumerar cuáles son a su entender las “leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres” y que por tanto resultan “inderogables” según el artículo 6° del Código francés, convoca en primer lugar a las “leyes de derecho público”. Dice: “*En primer lugar, debemos entender dentro del concepto orden público a todas las leyes de derecho público, es decir, las que reglamentan la organización y las atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, lo mismo que las obligaciones y los derechos de los particulares en materia política (elecciones, impuestos, servicio militar, etc.)*”.

Tiene razón el autor al citar las leyes de derecho público, pero cubre un evento que hoy parece un tanto ficticio: no se divisa cómo podrían los particulares alterar los

¹² RIPERT, Georges, et BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho Civil según el Tratado de Planiol (Traité de Droit Civil D’Après le Traité de Planiol)*, (Editorial La Ley, Buenos Aires, 1988) Tomo I, Parte General, p. 425. Ripert publicó su propio tratado en 1956, luego de colaborar con Marcel Planiol a partir de la undécima edición del tratado de este, titulado *Traité élémentaire de droit civil, conforme au programme officiel des facultés de droit*, de 1928. Ripert había nacido en 1880.

¹³ RIPERT, Georges, *Le Regime Democratique*, ob. cit., p. 275.

estatutos orgánicos de los entes del Estado, o los términos en que han sido consagrados sus derechos y obligaciones en la Constitución. ¿Se refiere a cierta forma de irrenunciabilidad de las garantías constitucionales? No lo precisa Ripert, quien a continuación señala que un segundo elemento del orden público está constituido “por las leyes de derecho privado que interesan al orden público”. Comentaremos este punto crucial a continuación, pero ahora dirijámonos a la siguiente categoría de normas de orden público que menciona Ripert como límite a las convenciones privadas: el Orden Público Económico.

Aparentemente Georges Ripert había escrito sobre el OPE varios años antes, incluso previo a su *Le Regime Democratique*, en un trabajo de 1927 de ese mismo nombre¹⁴. Su comentario se ve reproducido en su *Tratado*, y lo justifica de la siguiente forma:

“La idea de orden público es una idea política. Durante mucho tiempo el Estado no intervino en la vida económica para reglar la producción, la circulación, o la distribución de las riquezas. En la actualidad (1927) es muy diferente; de allí provienen una serie de reglas imperativas que han venido a restringir la libertad contractual. Se ha formado así un nuevo orden público”.

Se está refiriendo aquí Ripert al Orden Público Económico, un nuevo orden adicional al político¹⁵. A continuación, al ejemplificar convenciones que alterarían este nuevo orden público (económico) una vez más sugiere ejemplos que nos resultan curiosos:

“Por ejemplo, el legislador prohíbe las convenciones y las cláusulas que podrían debilitar el valor de la moneda, o desalentar el ahorro, o estimular la venta a altos precios, o impedir la explotación del comercio en los locales ocupados por los comerciantes, etc.”¹⁶.

En fin, se puede observar que el gran civilista y comercialista francés es un ejemplo de la realidad jurídica que le tocó vivir a fines del siglo XIX y comienzos del XX¹⁷. Su aproximación al orden público económico es entonces originalmente dirigista, pero más que por convicción, simplemente por constatación de la realidad. Ripert toma nota de la ofensiva planificadora que emergería en Europa a contar de 1920 en materia

¹⁴ RIPERT, Georges, cita en su *Tratado* su trabajo anterior *L'ordre public économique*, Mélanges Gény, del año 1927, trabajo que no aparece registrado en las bibliotecas de derecho más reputadas del mundo.

¹⁵ Curiosamente, en su artículo norteamericano *La Technique Legislative de L'Economie Dirigée*, ob. cit., Ripert cita su mismo trabajo sobre el Orden Público Económico, pero en lugar de hacerlo a una edición de 1927, como cita en su *Tratado*, lo hace a una supuesta edición de 1937: *L'ordre public économique, dans les Etudes Gény*, 1937. No resulta posible verificar si son dos ediciones o una sola, y en este caso, cuál sería el año en que efectivamente propuso esta noción. El trabajo parece no estar disponible en las bibliotecas internacionales más completas.

¹⁶ RIPERT, Georges, *Tratado...*, p. 426.

¹⁷ Nótese que el primer libro que registra RIPERT, Georges, es de 1902, denominado *De l'exercice du droit de propriété: dans ses rapports avec les propriétés voisines* (Paris, A. Rousseau, 1902). Se trata de un jurista que pudo presenciar el liberalismo desregulado de fines del siglo XIX y su tránsito a la extrema regulación de la posguerra.

económica y audazmente la incluye –sin plena convicción, creemos– como elemento del orden público.

En efecto y curiosamente, como veremos, sus convicciones jurídicas profundas lo colocan en considerable mejor sintonía con nuestra propuesta libertaria de OPE que lo que la doctrina chilena ha entendido hasta la fecha¹⁸.

Antes de avanzar hacia la evolución doctrinaria que experimentaría el maestro de la Universidad de París, conviene reiterar al lector que la mayoría de los civilistas y comercialistas franceses contemporáneos de Ripert compartían la misma aproximación al OPE.

Citaremos a Jean Carbonnier, por ejemplo, que puede considerarse un contemporáneo de Ripert¹⁹. En su tratado básico de Derecho Civil, Tomo IV, de las Obligaciones, de 1956, dice que la distinción entre orden público político y orden público económico “es una distinción que se ha producido en una época reciente”²⁰. Señala que el orden público político “es un orden público clásico”, constituido por el Estado, la familia y el individuo”. Pero el orden público económico “ha aparecido en una época contemporánea. Sin duda un cierto orden público de orden económico no está ausente del Código de 1804, pero esta era de inspiración liberal...”. Continúa Carbonnier con su explicación: “El derecho civil del siglo XX entiende al orden público económico en todo lo contrario: es un orden público intervencionista”. Finalmente, clasifica al OPE en dos variantes: de protección y de dirección, técnica que usaría posteriormente Farjat en sus trabajos en la materia^{21 22}.

Por consiguiente, el OPE se inserta en el corazón de la ofensiva planificadora del Estado y su reacción ante el liberalismo del siglo XIX. Sin ese Estado protagónico, creciente de tamaño y omnipresente en facultades, no se entiende el OPE.

¹⁸ Véase, RIPERT, Georges, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno* (Editorial Comares, Granada, 2001). Esta obra fue primeramente publicada en 1951, bajo el nombre de *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. Como se anotó, el primer trabajo de Ripert sobre el OPE es de 1927, para luego reproducirlo en su libro *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, que es del año 1936. Pues bien, ya en sus últimas ediciones del Tratado el autor se venía morigerando en sus bendiciones a la regulación económica, para abandonarlas sustantivamente a partir del citado *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, en plena década de 1950.

¹⁹ Podemos considerar a CARBONNIER, Jean, como relativamente contemporáneo de Ripert, al publicar su primera obra en 1932, llamado *Le régime matrimonial: sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association* (París, 1932).

²⁰ CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, N° 4, Les Obligations*, Presses Universitaires de France, pp. 145 y 146. Traducción nuestra desde el francés.

²¹ Véase también en este sentido, NICHOLAS, Barry, *The French Law on Contracts* (Carrenton Press Oxford, 1992) p. 130. En su trabajo sobre el derecho contractual francés, dice “Los escritores modernos distinguen entre el orden público tradicional con un contenido político, y un más reciente orden público económico y social”. Como se ve, hasta la literatura extranjera siguió considerando como “reciente” la idea francesa de un OPE, cuando la cita a que atribuye esta tendencia es una obra de Carbonnier de 1956.

²² Debe atribuirse a FARJAT, Gerard, una influencia profunda en la doctrina del derecho económico francés. Véase *Philosophie du Droit et Droit Economique, Quel Dialogue? Melanges en l'honneur de Gérard Farjat* (Editions Frison-Roche, Paris 1999). En este volumen de casi 600 páginas, 36 autores franceses se reúnen con temáticas del derecho económico, el capitalismo y la regulación, todo en torno a la trascendencia del trabajo de Farjat. En el homenaje, recuerdan sus obras más trascendentes. Además de las citadas *L'Ordre Public Economique* y *Droit Economique*, destacan *Droit Privé de l'économie* (Themis, PUF 1975) y *Le Droit Economique*, collections Repères, La Decouverte.

En la preparación de este período, hoy desaparecido, otros autores franceses anteriores habían sido francamente críticos de la libertad contractual, y propiciaban un mayor involucramiento del Estado. Gounot, por ejemplo, había lanzado en 1912 su “Refutación general de la doctrina de la autonomía”, proponiendo que la voluntad como fuente de los actos jurídicos, debía estar al servicio del derecho y del bien común, y no de la misma voluntad. Así, sugería que la historia ratificaba que “*el derecho contractual no está determinado por la idea de soberanía jurídica de la voluntad individual, sino por consideraciones de justicia objetiva y de bien común*”²³.

El Estado, entonces, reacciona, y presionado por las guerras mundiales y la recesión de 1930, irrumpe con determinación en la planificación económica del mundo occidental. Los norteamericanos llaman a este período la época del *regulatory welfare state*, en algunas naciones aún vigente. De manera que estos civilistas franceses constatan la ofensiva reguladora y dirigista del Estado de primera mitad del siglo XX, y la reconocen como posterior y distinta del orden clásico, de carácter político. La bautizan, entonces, como orden público económico, y la identifican, intrínsecamente, como un derecho de la intervención económica.

4. EL RECONOCIMIENTO DE RIPERT AL DERECHO DE PROPIEDAD COMO PARTE DEL ORDEN PÚBLICO

Decíamos que Ripert considera como parte del orden público a aquellas “leyes de derecho privado que interesan al orden público”. Es decir, al momento de resolver sobre las leyes que no pueden ser “derogadas” por los particulares conforme al artículo 6° del Código Civil, Ripert incluye tanto las propias del derecho público, como aquellas especiales del derecho privado “que interesan al orden público”.

Y encontramos aquí la primera sorpresa con el privatista francés, ampliamente distorsionado en nuestras tierras en relación al OPE. Ocurre que dentro de esta categoría de leyes, e inmediatamente después de las leyes referidas al Estado y la capacidad de las personas –típicamente consideradas de orden público– Ripert coloca a “*Las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus aplicaciones, sus límites, sobre todo cuando se trata de la propiedad inmobiliaria, que están demasiado ligadas a la organización social del país para que puedan ser abandonadas a los efectos de las convenciones privadas*”²⁴.

Este ejercicio conceptual de Ripert es notable, y constituye el primer antecedente proveniente del derecho privado que identificamos en la misma lógica de OPE que planteamos en esta obra. Lo que hace el profesor de derecho de La Sorbonne es exactamente lo que hemos pretendido con nuestras nociones: el derecho de propiedad, por su trascendencia, interesa a toda la sociedad, y su protección forma parte del OPE. Así, el OPE no solo es una colección de prohibiciones emanadas del Estado, sino también un conjunto de derechos y libertades connaturales a la persona, inderogables por el propio Estado-legislador.

²³ GOUNOT, Emmanuel, *Le Principe de L'autonomie de la Volonté en Droit Privé* (Paris, Arthur Rousseau, Éditeur, 1912) p. 401.

²⁴ RIPERT, Georges, et BOULANGER, Jean “*Tratado*, ob. cit., p. 425.

Esto es exactamente lo que plantea Ripert, aunque en rigor lo hace respecto del orden público y no del OPE. En su lenguaje, las leyes que consagran el derecho de propiedad “no pueden ser derogadas por las convenciones particulares”, dada su trascendencia para la sociedad toda. Ahora, es inevitable cierto grado de confusión en Ripert, en ese momento receloso aún de la autonomía contractual²⁵. Nótese dónde coloca la justificación de la propiedad como parte del orden público:

*“La formación Feudal, que fue tan difícil de eliminar de la Europa moderna y particularmente de Francia, es un gran ejemplo histórico de lo que puede realizar el juego natural de las convenciones privadas cuando se permite que sus efectos se acumulen durante siglos”*²⁶.

Con impropiedad aquí, Ripert dispone antagónicamente al derecho de propiedad y a las convenciones privadas, olvidando que estas son fuente de aquel. Pero en fin, su aporte de considerar el derecho de propiedad como parte del orden público y por tanto perteneciente a las zonas inderogables de la sociedad es notable, y lo acerca a un fino razonamiento constitucional económico.

Pero hay más. Ripert emerge definitivamente libertario en las últimas ediciones de su obra original de 1951, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, formulando ahora una fiera crítica al dirigismo económico²⁷. Por su elocuencia, vamos a transcribir unas frases notables del Ripert de sus últimos años:

*“La modestia del dirigismo es extrema. Para hacerse aceptar fácilmente no ha hecho declaración de principios, lo que equivale a reconocer que los antiguos principios no han perdido valor. Ahora bien, nosotros vivimos en un régimen de libertad y la libertad económica ha aparecido en la historia como hermana de la libertad política. Es una conquista de la revolución francesa que no puede ser combatida sin atacar a sus grandes principios. Afirmada por la ley 2-17 marzo 1791 (art. 7°), tomó el valor de una regla constitucional en la Constitución de la Montaña de 24 de junio de 1793 (art. 17°)”*²⁸.

Aludía Ripert al establecimiento de la libertad de comercio e industria ya inmediatamente después de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de

²⁵ Después del valioso aporte consistente en incorporar al Orden Público el derecho de propiedad, la confusión de Ripert es doble, aunque justificada para su tiempo. En primer lugar, su insistencia en la propiedad inmobiliaria se entiende por el fundamento de la sociedad feudal que se pretendió eliminar en Francia, pero es inconsistente con los alcances modernos de la propiedad mobiliaria o intelectual. Estos suelen ser más vastos que el tradicional dominio sobre la tierra. Y luego, Ripert no alcanza a percibir que la propiedad y la autonomía contractual están estrechamente vinculadas, si aceptamos la premisa básica que, una vez celebrados, los contratos generan derechos que ingresan en el patrimonio de las personas.

²⁶ RIPERT, Georges, Tratado, ob. cit., p. 426.

²⁷ Véase la edición de 2001, editada en Granada, Comares.

²⁸ RIPERT, Georges, *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, ob. cit., p. 202.

1879²⁹. Esta dispuso en su artículo 17: “Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa”. La consagración del derecho de propiedad en Francia abriría el camino a la libertad de industria y comercio dos años después.

Pero lo que más llama la atención es la fuerza con que el autor reprueba el exceso de regulación económica, la que considera atentatoria de esta libertad constitucional:

“Sin duda, nos consta que muy a menudo las libertades públicas han sido ahogadas por un exceso de reglamentación. Pero ello no es óbice para que el principio persista. El de la libertad de comercio e industria no tiene solamente el valor de una regla de conducta, es una verdadera regla jurídica (...). El Consejo de Estado anula como contrarios a la ley de 1791 los decretos y reglamentos que, a pretexto de reglamentar la explotación, significan un atentado a la libertad de comercio e industria. No permite a los alcaldes, que pretenden hacer uso de sus poderes de policía conferidos por la ley municipal, que impiden la apertura de una explotación o que la subordinen a una autorización previa o que exijan el pago de una tasa”³⁰.

De manera que este es el gran civilista y comercialista francés de sus últimos tiempos. Le repugna la excesiva reglamentación administrativa que asfixia la libertad económica, que tiene rango y naturaleza constitucional. Con estos antecedentes, no resulta riguroso, entonces, invocar el concepto de orden público económico de Ripert de 1927, ahora en el siglo XXI, para justificar que las regulaciones administrativas se imponen a la autonomía de la voluntad. Contraría su misma doctrina justificar así la limitación administrativa de aquellas libertades que él mismo califica de constitucionales, que conforman reglas jurídicas y que incluyen al derecho de propiedad, para Ripert parte esencial del orden público.

5. LOS REPAROS DE RIPERT A LA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA ECONOMÍA

Vamos a repasar el último y más desconocido trabajo de Georges Ripert, que nos permitirá revelar sus aprensiones ante la regulación legislativa de la actividad económica.

Se trata del citado *“La Technique Legislative de L’Economie Dirigée”*, publicado en francés en el número 292 de la revista norteamericana *Tulane Law Review*, en su número

²⁹ En rigor, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue sancionada por el rey de Francia el 5 de octubre de 1879. Posteriormente, la ley de 1791 consagraría la natural consecuencia de la inviolabilidad de la propiedad, que es la libertad de contratación, llamada “de comercio e industria” por el derecho comercial y constitucional francés.

³⁰ RIPERT, Georges, *Aspectos Jurídicos...*, ob. cit., p. 203. Ripert cita cuatro sentencias del Consejo de Estado, de 1938 (2), de 1943 y de 1944.

de 1954-1955. El trabajo es compendiado en una serie titulada “*Centennial Essays*” y sorprende a Ripert septuagenario³¹.

Es obvio que el autor francés se encuentra jurídicamente maduro en este trabajo, lo que lo hace capaz de evaluar las severas imperfecciones del concepto que él mismo promovió al plantear la existencia de un orden público económico. El artículo persigue describir las motivaciones, limitaciones y dificultades del legislador al dirigir la economía. Con ocasión de ello, Ripert una vez más constata que el Estado se interesa ahora (1954) por dirigir la economía, preocupación que es nueva ante la tradición abstencionista del siglo XIX. El jurista no enjuicia aquí este proceso, simplemente lo reconoce y asume, y observa que ya no se legisla sobre la base de reglas generales, sino existe una “legislación especial, excepcional y temporal”.

A continuación, Ripert subraya el camino de inequidad que está produciendo la intervención legislativa en las convenciones económicas de los particulares. Mientras el Código francés había sido iluminado con una doctrina filosófica “en que el derecho positivo estaba dominado por el derecho natural que contiene los grandes principios de la vida social”, y una “doctrina política en que la ley debe asegurar la libertad y la igualdad”, “la ley moderna reglamenta minuciosamente los contratos”. Mientras “el Código Civil se contentaba con proteger a los incapaces”, “el derecho moderno pretende por el contrario sacrificar la igualdad jurídica a favor de la igualdad social y restablecer cierta igualdad protegiendo ciertas categorías de personas”.

Este proceso regulatorio que persigue imponer ciertas categorías de igualdad parece objetable a Ripert, porque el legislador procede directamente: “*las personas protegidas por la ley no son por la razón de su situación contractual, pero por su lugar social ... las personas económicamente débiles*”³².

Por último, critica al legislador por su nacionalismo jurídico, causa a su juicio de otra fuente de desigualdad ante la ley. Acusa: “...el derecho moderno se caracteriza por una suerte de nacionalismo jurídico que pretende para la defensa de la economía nacional”.

En fin, en *La Technique Legislative*, Ripert no está contento con el derecho económico de mitad del siglo XX. Viene a romper las tradiciones más acendradas del derecho civil, imponiendo reglas especiales, inestables, intervencionistas y que profundizan la desigualdad jurídica, que es la que le interesa a un respetuoso de la libertad como fuente de derecho.

Este es el Ripert próximo a su muerte. El mismo que ya había formulado severas críticas a la regulación administrativa de la libertad de comercio en *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*, ahora, en tierras norteamericanas, descarga sus reparos al legislador mismo. El autor de la idea de un orden público económico que limitase la autonomía de la voluntad en 1927, reflexiona ante la hipertrofia del Estado benefactor y planificador, y termina en 1955 reclamando por la vigencia de los derechos constitucionales de libertad y propiedad.

³¹ Ripert viviría hasta 1958, falleciendo en París a la edad de 78 años. Probablemente este artículo en *Tulane Law Review* es su última publicación en la que fuera una extraordinariamente prolífica vida intelectual.

³² RIPERT, Georges, *La Technique Legislative...*, ob. cit., p. 297.

6. CONCLUSIONES

1. Georges Ripert es un jurista responsable de una poderosa influencia en la doctrina y jurisprudencia chilenas. Originalmente dirigidas al derecho privado, sus obras ingresan al derecho público luego de su planteamiento para la existencia de un orden público económico (*Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936), noción que adopta sin reparos la doctrina francesa de la época en concordancia del artículo 6° del Código Civil galo. Este orden estaría formado por las leyes necesarias para planificar el sistema económico.

2. El Orden Público Económico es un concepto inexistente en el derecho civil francés original de su Código de 1804; emerge únicamente ante la constatación del papel planificador, dirigista e intervencionista del Estado en la economía de la primera mitad del siglo XX.

3. Ripert constató el proceso planificador del Estado en materia económica y propuso un instrumento civil que lo reconociese, resultando el OPE funcional a ello. En adelante, moderaría esta peligrosa propuesta. En su *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol (1956)*, Ripert atribuye al derecho de propiedad un lugar en el orden público clásico, elemento que resultaría inderogable por los particulares en sus contratos.

4. Años después, el jurista francés formularía elocuentes reparos a la regulación administrativa de la libertad de industria y comercio, que a su juicio estaba a la sazón asfixiando un derecho de carácter constitucional (*Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, 1951). En rigor, esta crítica era coherente con su doctrina original, puesto que su noción de OPE jamás contempló la posibilidad de que fueren normas administrativas las que limitasen la autonomía de la voluntad, atendida la precisa remisión del artículo 6° del Código francés a "leyes de orden público".

5. Ya en sus últimos años de vida, Ripert aparece decepcionado del Estado interventor de la economía, al constatar los severos desafíos que ello representa para las técnicas legislativas clásicas del derecho civil y comercial. Así, considera que ello está generando desigualdades jurídicas, incerteza e inestabilidad (*La techniques législative de L'Economie Dirigée*, 1954-55). Ripert se revela, en suma, un autor consciente de las imperfecciones jurídicas del Estado benefactor, de sus riesgos para la vigencia de las libertades constitucionales y de los riesgos de un OPE impreciso e inestable.

6. En consecuencia, el concepto de Orden Público Económico como lo entendió Georges Ripert en 1927, no puede en absoluto ser aplicado a la realidad jurídica chilena desde la vigencia de la Constitución de 1980. Ello porque, habiendo el mismo Ripert evolucionado hacia posiciones más libertarias con su concepto y tratándose el OPE de una noción indisolublemente unida a un Estado planificador e intervencionista de la economía, no puede aquel subsistir si esta clase de Estado desapareció, como no existió el OPE antes de su surgimiento. El advenimiento de la Carta de 1980, que ha elevado la libertad económica a rango constitucional, no tolera bajo su vigencia la idea ripperana de OPE. Aquella parte de doctrina nacional y jueces que así lo pretenden, proceden con una seria falta de rigurosidad intelectual.

7. A la luz de estos antecedentes, el orden público económico como concepto jurídico o bien ha desaparecido, o debe reformularse en términos sustantivamente distintos a los concebidos por Ripert en 1927. A ello se encaminó nuestra propuesta de nueva definición en 1998.