

El concepto de orden público económico ha sido actualmente recogido por el derecho positivo, por la jurisprudencia y por tratadistas de la materia, tanto de la esfera constitucional como económica. Sin embargo, no tiene la antigua tradición de su antecedente y fundamento primero, el orden público civil, que presenta sus orígenes ya desde el derecho romano.

Se trata de un concepto que surge como consecuencia de las confrontaciones bélicas y económicas de comienzos del siglo XX y del trabajo de juristas especialmente en la segunda parte de este siglo. Esto, en razón de que transcurridas las guerras napoleónicas, y durante los siguientes 100 años, la actividad principalmente económica de los países más desarrollados se basó en una amplia libertad e independencia frente al poder público, concentrándose éste en reconocer y garantizar firmemente el derecho de propiedad, tanto de los medios de producción como de los de capital, además de proteger judicialmente los acuerdos convenidos entre los particulares, en ejercicio de su plena libertad económica. Sin embargo, como ciertamente indica un autor *"en la guerra, el orden espontáneo que predicaba para sí la economía de mercado cede paso a la organización estatal que dirige los esfuerzos de todos hacia el fin superior de asegurar la subsistencia y la seguridad exterior de la nación mediante su victoria por las armas"*.²

A. Orden público

Como primer aspecto, debe tenerse presente que el orden público económico es necesario diferenciarlo del orden público, que es más amplio,

² STREETER PRIETO, JORGE, *Orden público económico*, material de trabajo, Universidad de Chile, noviembre de 1985, pág. 2.

según lo entendió y señaló el propio constituyente en sesión N° 128 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, definiéndolo como "aquel conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo, que configura su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental de un pueblo". "Orden público es la forma como los hombres viven y se cohesionan dentro de un Estado de manera esencial."³

Cabe hacer presente que, como se ha señalado, "El orden público civil nace con la terminología romana *ius publicum*, en una de sus acepciones, que puede ser la de Ulpiano, que señalaba que el derecho público es el que se refiere al modo de ser, es decir, a la organización, gobierno y administración del Estado romano, mientras que, según el mismo jurista, el derecho privado es el que atañe a la utilidad de los particulares. Sin embargo, la expresión *ius publicum* no se agota en la sola referencia a lo que actualmente denominamos derecho público. En otro sentido, más restringido, se alude a tal frase a una parte de las normas reguladoras de relaciones entre particulares, es decir, a un grupo recogido dentro de las que, en la expuesta definición de Ulpiano, constituyen el derecho privado. Este grupo es el de aquellas disposiciones las cuales aunque se refieren a relaciones entre particulares, no pueden éstos convenir en modificarlas, porque constituyen una zona sustratada a las determinaciones de su autonomía y la eficacia de los acuerdos con los demás hombres. Las dos diferentes acepciones del *ius publicum* responden al uso doble, ambiguo, que el adjetivo público tiene incluso actualmente. Unas veces, público es igual a estatal, y otras veces significa social o común".⁴

Así las cosas, orden público puede entenderse como un orden dentro del Estado, esto es, una cierta organización necesaria para el buen funcionamiento del Estado. "Todas las leyes de derecho público son de orden público. Pero, además, en la legislación civil hay un gran número de disposiciones que tocan al orden público porque las reglas que ellas contienen parecen indispensables para mantener la seguridad, la moralidad pública, las relaciones pacíficas entre los ciudadanos, la comodidad de sus relaciones económicas."⁵

Conveniente resulta a esta altura fijar el concepto de orden público, con la definición que de él nos proporciona el ilustre tratadista uruguayo Couture, que considera al orden público como un "conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar".⁶ A su vez nuestra jurisprudencia

sobre el particular ha señalado: "Por el concepto de orden público debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación y, en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda la perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan al Estado."⁷

Si bien los conceptos de orden público que se pueden encontrar tan ser tanto o más numerosos que los autores que se dedican al estudio de él, existen notas o características fundamentales de él, que permiten esbozar sus principales aspectos que lo hacen diferenciarse de otros conceptos jurídicos indeterminados, o supuestamente indeterminados, que igualmente restringen o regulan la autonomía privada de los particulares en aras de un valor de entidad superior, como resulta ser el salvaguardar la armonía fundamental de la comunidad organizada.

Sus características fundamentales serían, entre otras, su referencia a la organización social básica de la comunidad política, a los intereses generales y más permanentes de la sociedad y a los valores que sustentan las normas de convivencia que defiende su ordenamiento jurídico. Es en razón de estas características, que el orden público opera como un límite que se impone a la autonomía de la voluntad y, en relación al tema tratado en este texto, al campo contractual y de las obligaciones de carácter patrimonial, que puede llevar sin duda a una interpretación y aplicación de dichas normas con el mayor sigilo y estrictez posible. Recordemos que es el propio ordenamiento jurídico que ahora restringe al individuo en su ámbito patrimonial, el que le confiere el poder para que gobierne sus propios intereses, esto es, le reconoce y garantiza su autonomía privada.

B. Orden público económico

1. IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DE SU CONCEPTUALIZACIÓN

Como advertencia, se debe tener presente que conceptualizar el orden público económico reviste gran dificultad, básicamente porque las leyes económicas contienen la mayoría de las veces indicaciones contradictorias, biéndose esto a que responden a principios de sistemas distintos. Por eje-

⁷ Fallo dictado por la Corte de Apelaciones de La Serena con fecha 13 de marzo de 1954, RDJ 551 (1954), citado por STREETER PRIETO, JORGE, *op. cit.*, pág. 11.

³ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 128, págs. 13 y 14.

⁴ STREETER PRIETO, JORGE, *op. cit.*, pág. 7.

⁵ Idem, pág. 9.

⁶ STREETER PRIETO, JORGE, *op. cit.*, en cita a Eduardo Couture, pág. 10.

unas consagran la primacía del Estado, otras tutelan firmemente la propiedad, otras permiten la intervención del Estado en determinadas materias y, además, por existir discordia entre las disposiciones constitucionales y las de rango inferior, legales o emanadas de la potestad reglamentaria, que contradicen la regla fundamental, pero que sin embargo se aplican cotidianamente. Este último punto, que resulta muy interesante y relacionado con el que se plantea, no podrá sin embargo profundizarse, por cuanto nos alejaríamos del estudio preciso y concreto al cual nos hemos abocado. No obstante, algo de esto se tratará más adelante, cuando se estudie la regulación constitucional de la actividad económica.

Resulta esencial recalcar la importancia que el aspecto económico alcanza en el desarrollo de los pueblos en la actualidad, por lo cual, si bien no existen conceptos unívocos al respecto, valiosos resultan ser todos aquellos que de una u otra manera fijan los límites dentro de los cuales el orden económico se desenvuelve y que intentan demostrar lo gravitante que la economía puede ser para lograr el bien común, finalidad última en todo Estado de derecho.

Así fue como en los estudios y comisiones que influyeron decisivamente en nuestra Constitución de 1980, se dedicaron grandes esfuerzos a regular en la nueva institucionalidad no sólo el aspecto político y social, sino que también el económico.

A juicio del distinguido abogado y profesor de la Universidad de Chile anteriormente citado, don Jorge Streeter Prieto, *"los intentos de precisar qué es el orden público económico 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"*.⁸ Para los primeros, señala, se trata de normas que tienen funciones determinadas, tales como la dirección económica, la protección del contratante más débil y el fomento de ciertas actividades económicas, y definen el orden público económico como *"el conjunto de medidas y reglas que dirigen la economía, organizando la producción y distribución de las riquezas en armonía con los intereses de la sociedad"*.⁹ Los segundos, en cambio, entienden al orden público económico como una especificación del orden público del derecho clásico, que lo define en atención a su contenido. Así, en esta perspectiva, don José Luis Cea, en su *Tratado de la Constitución de 1980*, específicamente en su capítulo IX, que dice relación con lo que él denomina *"La Constitución Económica"*, opta por definirlo como *"el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y*

facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución".¹⁰

Al respecto, útil resultaría desglosar el concepto remitiéndonos a lo que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por orden público: *"situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen"*, y por orden económico: *"administración recta y prudente de los bienes"*. Así resulta que orden público económico es aquella situación de legalidad normal en la recta y prudente administración de los bienes, en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta.¹¹

Del mismo modo, es importante analizar cómo nuestra jurisprudencia ha definido este nuevo concepto.

En primer lugar, debe tenerse presente la marcada influencia que la definición esbozada por don José Luis Cea, ya citada, ha provocado en la jurisprudencia nacional. Así, tenemos que en un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago se señaló: *"Se entiende por orden público económico el conjunto de normas y principios jurídicos que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución Política del Estado"*.¹² La oportunidad en que nuestros tribunales superiores de justicia se han pronunciado en este sentido es precisamente en un recurso de amparo económico cuyo fallo señala en sus considerandos 2º y 7º: *"Orden público es el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla"*.¹³

Finalmente, es preciso señalar los más recientes e innovadores conceptos que nuestra moderna doctrina ha esbozado, los cuales se caracterizan por enfatizar la primacía de la persona, su desarrollo individual y la satisfacción

⁸ STREETER PRIETO, JORGE, *op. cit.*, pág. 30.

⁹ Idem, pág. 31.

¹⁰ CEA EGANA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, capítulo IX, pág. 100.

¹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 21ª edición, págs. 555 y 556.

¹² Fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 11 de julio de 1988, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85, sección 2ª, pág. 65 (considerando 3º, pág. 74). En el mismo sentido, ver fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 25 de mayo de 1996, *Gaceta Jurídica*, N° 192 (1996), consid. 5º, pág. 30.

¹³ Fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 15 de julio de 1992 y aprobado en consulta por la Corte Suprema con fecha 29 de septiembre de 1992, recurso de amparo económico interpuesto por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en contra de la Compañía de Teléfonos de Chile, que rechazó el recurso, en *Gaceta Jurídica*, N° 135, págs. 74 a 76 y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 89, 2ª parte, sección 1ª, págs. 306 a 312.

sus necesidades. En este sentido se ha señalado que debe entenderse por orden público económico "el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana".¹⁴ Finalmente, debe destacarse de igual forma el nuevo concepto aportado por Víctor Avilés Hernández en su obra *Orden Público Económico y Derecho Penal*: "El orden público económico es la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica —públicos y privados— que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre".¹⁵

2. NECESIDAD DE CONSTITUCIONALIZAR EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

De los conceptos anteriores se desprende que la finalidad de este orden público económico es la de institucionalizar, con rango de máxima jerarquía jurídica, un sistema que asegure a todas las personas el respeto y promoción de los valores de libre iniciativa económica, libre apropiabilidad de los bienes, igualdad de oportunidades ante la ley y en el trato económico, el derecho a la propiedad, enfatizando el rol preponderante del sector privado en el marco del principio de la subsidiariedad estatal, existiendo libre competencia en un mercado legalmente regulado.¹⁶

Al decir del profesor Luis Cea E., "el propósito del Constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos".¹⁷

Se trata el orden público económico, en definitiva, de un conjunto de normas y principios que reconocen, garantizan y protegen derechos individuales, en especial, en lo relativo a los valores económicos esenciales definidos como tales por la sociedad, en su Constitución Política.

¹⁴ GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO, "Consideraciones en torno al orden público económico y los impuestos manifiestamente desproporcionados o injustos", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 2, 1998, págs. 107 y 108, quien cita a Arturo Fernando, Informe Constitucional N° 1.722, de fecha 2 de abril de 1998, pág. 4.

¹⁵ AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR MANUEL, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Editorial Conosur, 1998, pág. 218.

¹⁶ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, "Protección y amparo de la libertad económica", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 2, 1998, pág. 78.

¹⁷ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, "Notas sobre orden público económico", en *Gaceta Jurídica*, N° 135, págs. 18 a 32.

3. IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DE SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Un primer aspecto a destacarse, dice relación con la importancia de la consagración de determinados principios económicos en la Constitución. Aparentemente la discusión en torno a la conveniencia de la incorporación de dichos principios a nuestro superior texto normativo, que según minoría de los tratadistas del ramo debe tener un carácter eminentemente político y no económico y social, parece ya superada, por cuanto la tendencia a nivel mundial se inclina ampliamente por incorporarlos. Así, en Brasil, don José Luis Cea, "lo social y lo económico son variables decisivas para el funcionamiento adecuado del sistema político, el cual, en el Estado contemporáneo, se encontraba íntimamente ligado con aquéllas y así lo percibe la mayoría de la comunidad en los derechos y obligaciones de su vida diaria".¹⁸

Se reconoce así que lo económico y social son variables decisivas para el funcionamiento adecuado del sistema político y que, por lo tanto, no se puede integrar estos elementos a nivel constitucional. Adviértase que hace más de cincuenta años que Georges Ripert planteaba que junto con la organización política del Estado, existe una organización económica, obligatoria como la política.

El problema ya referido, en el sentido de la difícil conceptualización del orden público económico, de fijar su contenido y alcance, no está ausente en nuestra realidad nacional, debiéndose recurrir a innumerable jurisprudencia doctrina relativa al tema económico-constitucional, de manera de circunscribir de la mejor manera posible el ámbito de acción del término en referencia.

Uno de los principales factores que en el mundo entero y en nuestro país hace que el contenido del orden público económico varíe, sea amplio, restringido, y que facilite o no su inserción en nuestra Constitución, relativo tanto a los sistemas económicos imperantes, esto es, al conjunto de instituciones y normas que determinan el desarrollo de la actividad económica de un país, como a los modelos de política económica y a las políticas económicas propiamente tales.

Existen en términos generales dos grandes sistemas económicos: el de mercado y el centralmente planificado. El sistema de mercado implica la libertad de decisiones por millones de unidades económicas, con un régimen de propiedad principalmente privado, con mercados y precios activos y dinámicos con una planificación indicativa para el sector privado e imperativa para el sector público. Por el contrario, en el sistema centralmente planificado la

¹⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, capítulo IX, pág. 100.

de decisiones está centralizada en el Estado, el régimen de propiedad de los medios de producción es estatal, los mercados y precios juegan un papel eminentemente pasivo y la planificación es imperativa y global.

Es principalmente la dualidad de estos sistemas económicos la que en importante medida condiciona el contenido de este orden normativo. Así, en un sistema de mercado, el Estado se marginará de la actividad económica entregándosela íntegramente a los particulares, para cuyo efecto les reconocerá a los grupos intermedios, aquellos en base a los cuales se organiza y estructura la sociedad, una adecuada autonomía.¹⁹ Su intervención en el campo económico será, por regla general, sólo en carácter de garante de las condiciones básicas a fin de permitir que la actividad de los particulares, asociados o no, se desarrolle con absoluta libertad, encontrando ésta restricciones únicamente en lo que se refiere a la moral, al orden público y a la seguridad nacional. Eventualmente podrá el Estado participar en dicha actividad, pero sólo con carácter de excepción, autorizado por una ley especial dictada al efecto. Entre las Constituciones que expresamente consagran este sistema encontramos la española, que en su artículo 38 ubicado dentro del capítulo "De los derechos y deberes fundamentales", dispone: "*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*".²⁰

Todo esto encuentra uno de sus fundamentos primeros, en la idea de subsidiariedad del Estado, que más adelante se estudiará.

Cosa distinta sucede en el sistema económico centralmente planificado, en donde resulta más factible, como en el hecho ocurre, consagrarlo abiertamente en el texto constitucional. Así por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución Política de la desaparecida Unión Soviética, señala que la economía de dicho país es un conjunto único que comprende todos los escalones de la producción, distribución e intercambio, y su artículo 17 permite la actividad privada sólo en la medida que sea trabajo individual o personal. Algo similar ocurre en el artículo 21 de la Constitución de Bulgaria, que permite sólo la propiedad personal de medios modestos de producción y de los productos obtenidos.²¹

Tal como se afirmó anteriormente, a manera de conclusión, se puede decir que "*materias de tanta importancia como son los principios económicos básicos, deben encontrarse consagrados constitucionalmente. Naturalmente no se*

trata de que la Carta Fundamental entre al detalle, pero si temas como ésta esencial significación, quedaran sujetos al vaivén de la política y los cambios experimente la opinión pública en cada elección, significaría un grave riesgo la estabilidad del país. Al respecto sólo debe recordarse que los distintos Presidentes de Chile, con la misma Constitución de 1925 y sin modificarle una coma, hicieron de éste un país de economía libre o de economía planificada".²²

C. Consagración del orden público económico en Chile

1. HISTORIA

Nuestro país ha tenido una larga historia; se podría decir que ha pasado por distintos sistemas, unos de libre mercado, otros comunitarios y, finalmente, centralmente planificados, variaciones cuyos efectos no se han esperado en lo que al orden económico se refiere. Hasta fines de los años se manifiesta una libertad económica, propia de los sistemas económicos libre mercado, pero notablemente disminuida, inestable, en razón de luego de la gran depresión de 1929 se creyó que sólo a través de la planificación del Estado era posible superar el caos económico que imperaba entonces. A partir de los años 70 estas restricciones aumentan, debido a que el gobierno de la Unidad Popular estableció como dogma que todo era por el Estado, asumiendo este último innumerables roles productivos.²³ Sin embargo, a partir del año 1973, fecha en que asume el gobierno de las Fuerzas Armadas, se pretende asentar la libertad como símbolo y meta de la nueva institucionalidad, sustentándose ésta en la propiedad privada, la libre iniciativa económica y en la adopción del concepto de Estado subsidiario, principios todos que sirvieron de base y orientaron al constituyente en el momento de fijar el real contenido, imperatividad e importancia de la consagración constitucional de los mencionados planteamientos.^{23 bis}

2. SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Dicho gobierno, asesorado por especialistas en la materia, optó por el sistema económico que regiría en Chile sería el del Liberalismo o Sis-

¹⁹ Artículo 1º inc. 4º, de la Constitución Política de la República de 1980.

²⁰ Artículo 38 de la Constitución Política de la República Española, Capítulo segundo, sección 2ª.

²¹ Sobre el tema, YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ARTURO, "Principios económicos de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 14, 1987, págs. 98 y 99.

²² URETA SILVA, ISMAEL, *El Recurso de Amparo Económico*, pág. 6. Véase en general el capítulo relativo a "La Constitución Política del Estado de 1980 y la Libertad Económica", Editorial Jurídica Conosur, 1997.

²³ Sobre el particular, véase BALTRA, ALBERTO, *La Gestión Económica del Gobierno de Chile*, Editorial Orbe, 1973.

^{23 bis} URETA SILVA, ISMAEL, *op. cit.*, ver nota 22.

de Economía Libre, y el modelo que se aplicaría sería el de la Economía Social de Mercado.²⁴

Determinado lo anterior, correspondía hacerse cargo y abordar el tema relativo a la manera en que dicho modelo o sistema se vería plasmado en nuestro superior texto constitucional. El constituyente, ante los distintos mecanismos posibles para lograr la institucionalización de dicho sistema y luego de amplios debates tal cual se analizará más adelante, se vio en la necesidad de optar entre dos posibles alternativas; una primera, consistente en establecer un capítulo especial en la Constitución que señalara que en nuestro país existiría un sistema de economía libre, sin mayores especificaciones, dejando el detalle del modelo económico y las políticas particulares fuera del marco constitucional a fin de no rigidizarlo; y, una segunda, que en definitiva sería la decidida, que se inclinaba por la inclusión en forma dispersa de diversas disposiciones que sentaran los principios fundamentales en materia económica.

De esta manera es como nuestra Constitución, tal cual se analizará en detalle más adelante, contiene varios artículos que se agrupan y definen doctrinariamente como orden público económico.

Así, "en la elaboración de las disposiciones relativas al orden público económico, se consideró la conveniencia de establecer un capítulo especial que lo desarrollara, pero se llegó a la conclusión que, salvo en lo referente al Banco Central, no era posible esa iniciativa. Desde el punto de vista de la Constitución, resulta más claro que los preceptos se incluyan entre aquellos que tienen aplicación dentro de las respectivas funciones de los diversos órganos del Estado. Por eso es que, sin perjuicio de la sistematización académica de las normas sobre un orden público económico, que siempre podrán hacerse, en definitiva muchas de estas disposiciones quedaron dispersas en el texto constitucional; algunas en el Capítulo Primero, otras dentro de las garantías constitucionales como la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y de comercio y el derecho de propiedad, y, por último, algunas materias serán propias del ámbito de la ley".^{24 bis}

En este sentido la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, consideró: "Hemos llegado a la convicción de que en el nuevo ordenamiento jurídico tenemos el deber de contemplar algunas 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

²⁴ Al respecto ver FONTAINE ALDUNATE, ARTURO, *Los Economistas y el Presidente Pinochet*, Editorial Zig-Zag, 1988.

^{24 bis} GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO y NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, "Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico Establecidas en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 1998, págs. 117 y 118.

conduzcan a la consecución del bien común".²⁵ De esta manera surge prioritariamente, cómo se señaló, la idea de agrupar todas las normas relativas al orden público económico en un solo capítulo especial, intención que no fue posible concretar en atención a la naturaleza diversa de las distintas materias que comprenden el mencionado orden. Así se razonó: "La naturaleza y variedad de las materias que comprende el orden público económico exigen que los preceptos correspondientes se contengan al tratar de cada una de ellas, y por lo cual no se han agrupado en un solo capítulo del anteproyecto".

En consecuencia, "Muchas de estas normas dicen relación con el principio de subsidiariedad del Estado, algunas estarán insertas en las garantías constitucionales, como la libre iniciativa para desarrollar cualquiera actividad económica y la igualdad de trato que las personas deben recibir de parte del Estado y sus organismos, el derecho a la propiedad para adquirir cualquier clase de bienes, el derecho de propiedad en sus diversas especies, el derecho al trabajo".²⁶

El criterio de la Comisión fue refrendado por el Consejo de Estado en su informe del proyecto de Nueva Constitución. Aquel Consejo, en el artículo quinto del documento aludido, afirmó: "Entre las disposiciones más importantes que se han incorporado al proyecto, deben mencionarse, sin duda tendientes a establecer las bases esenciales del orden público económico, a fin de lograr el desarrollo que tan afanosamente —y rara vez con suerte, a lo largo de las últimas décadas— ha buscado el país".²⁷

Así las cosas, tenemos que el marco jurídico constitucional que sirve de pábulo para sentenciar que en nuestro país existe un orden público económico referido a la economía, es el siguiente:

a) El artículo 1° inciso 4°, base de la institucionalidad, que señala que el Estado está al servicio de la persona y que su finalidad es promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que en ella se garantizan; b) El artículo 5° inciso 4°, que reconoce como un límite a la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se desarrollan principalmente en el Capítulo III de la Constitución Política de la República.

c) El artículo 6°, que contempla el principio de la supremacía constitucional, señalando que los órganos del Estado deben someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, que las disposiciones constitucionales obligan a todas las personas sin excepción y que, el

²⁵ En general, Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, informe de ésta, reproducido en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 8, N° 1 al 6, págs. 160 y 161.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Idem, *Revista Chilena de Derecho*, pág. 395.

contrarie esta norma sufrirá las sanciones y responsabilidades que correspondan según la ley.

d) El artículo 7º, que consagra en nuestra Constitución el principio de Legalidad o Juridicidad, en su vasto sentido de sumisión de todos al ordenamiento positivo vigente; artículo en el cual está contemplada, además, la ineficacia para las actuaciones contrarias a lo dispuesto en él.

e) Se llega luego al Capítulo III, de los Derechos y Deberes Constitucionales, por el cual en su artículo 19 se asegura a todas las personas, en lo que dice relación con el orden público económico; la igualdad ante la ley, la igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica y sus excepciones, como los subsidios y franquicias, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libre apropiabilidad de los bienes, el derecho de propiedad y, por último, aquella supragarantía consagrada en el artículo 19 N° 26, que dice relación con el hecho de que los derechos que esta Constitución garantiza no pueden ser afectados en su esencia.

f) Con respecto a la parte orgánica de la Carta Fundamental, es del caso señalar que concierne al orden económico, el artículo 60, que nos señala qué materias son sólo de ley; en sus N°s 2, 10, 14 y 20. Todo esto, sin perjuicio de aquellas normas emanadas de tratados internacionales, que resulten aplicables, y que por lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República se incorporan al ordenamiento jurídico nacional, siempre que no contraríen la Carta Fundamental.

g) Finalmente, es importante destacar los artículos 97 y 98 de la Constitución de 1980, disposiciones ambas que se preocupan de la autonomía del Banco Central de Chile.

3. LA AMPLITUD DEL CONCEPTO EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

Don Enrique Evans de la Cuadra, en su obra *Los Derechos Constitucionales*, señala que el orden público económico no debe entenderse sólo como aquellas disposiciones relativas a la libertad empresarial y de trabajo, sino que se deben incluir también en él todos los preceptos que completan aquellos derechos en sí mismos, como el que señala que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales y participar en ellas, sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza; el que estatuye que sólo en virtud de una ley se podrán autorizar determinados beneficios, no discriminatorios, en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales; el que dispone que para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, será necesaria una ley de quórum calificado; el que regula las limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad en razón

de su función social en los casos que señala; el que prohíbe a la ley establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social; el que prohíbe exigir afiliación a alguna entidad como requisito para desarrollar una actividad o trabajo y el que asegura que la afiliación sindical será siempre voluntaria; que garantizan que las prestaciones de salud y las prestaciones previsionales serán brindadas por instituciones públicas y privadas, etc.

Concluye el aludido autor que *"dentro de una concepción amplia del orden público económico, deben considerarse los preceptos de la parte orgánica de la Carta de 1980 que tratan de materias de ley, de aquellas que son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, de alguna de sus atribuciones especiales en el campo económico-financiero y los preceptos sobre el Banco Central"*.²⁸

Este nuevo concepto, que fue elaborado por la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, ha impregnado y marcado fundamentalmente nuestro texto constitucional. La historia de nuestro superior texto normativo, establecida en gran medida en la Acta de la Comisión referida, nos indica que el concepto tuvo su origen en la Sesión 384 del 14 de junio de 1978. En la página 2820 vemos que doña Alicia Romo, refiriéndose al orden público económico, dice que es *"un conjunto de normas legales dirigidas a organizar la actividad económica de manera que esté orientada a la solución del bien común"*.²⁹ Para ella, la libre iniciativa económica debe expresarse así: *"toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad, ya sea en forma individual o de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres, el orden público y la salubridad pública"*.³⁰

En el informe que dirigió la Comisión en referencia al Presidente de la República, se señala que se entiende por orden público económico las normas llamadas a *"regular la acción del Estado en el campo de la economía"*. Cuya finalidad es *"garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica"*, al mismo tiempo que controlar adecuadamente *"el gasto público"* y dar *"independencia a la autoridad monetaria y cambiaria"*. Se agregó en las páginas 28 y 29 que, en el nuevo ordenamiento jurídico, se deben *"contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa privada"*.

²⁸ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, tomo II, Edición Jurídica de Chile, pág. 314.

²⁹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 384, fecha 14 de junio de 1978, pág. 2820. Sobre la historia de la norma, ver GUERRERO RÍO, ROBERTO y NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, "Algunos antecedentes sobre...", op. cit.

³⁰ Ibidem.

creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común".³¹

4. CONCLUSIÓN

En resumen, el concepto de orden público económico en nuestro país gira en torno a una idea central dada por la libertad de empresa en el más amplio sentido de la palabra, la cual, para ser ampliamente reconocida y gozar de la respectiva tutela judicial, sólo debe respetar los límites de la moral, el orden público y la seguridad nacional, correspondiéndole sólo al legislador regular su ejercicio.

No obstante lo anterior, cabe señalar que la libertad económica y su reconocimiento primero como libertad de trabajo no es la única garantía que en nuestro país conforma este ordenamiento económico de rango constitucional, ya que, como se ha señalado, éste se compone, a su vez, de muchos otros principios y normas, como lo son, por ejemplo, las demás contenidas en el capítulo relativo a las garantías constitucionales, las relativas al principio de la subsidiariedad del Estado en materia económica, etc.

D. Principios económicos constitucionales

Se trata de señalar aquí algunos principios, los fundamentales, que deben ser permanentemente considerados y analizados, sin perjuicio de que no todos se encuentran taxativamente consagrados en nuestra Constitución, razón por la cual se estimó necesario tratar en el punto que sigue la manera cómo estos principios se encuentran reconocidos en nuestra ley fundamental.

1. LA LIBERTAD ECONOMICA

La Constitución de la República de 1980, dentro de los derechos constitucionales, contiene algunas expresiones concretas de consagración constitucional del orden público económico anteriormente aludido, entre los cuales se encuentran aquellos que don Enrique Evans de la Cuadra, en su obra

³¹ Informe dirigido por Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*, de fecha 16 de agosto de 1978, Editorial Jurídica de Chile, pág. 18.

Los Derechos Constitucionales, capítulo V, ha denominado "derechos del patrimonio", considerando como primero y fundamental, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.³²

a) Concepto. Ideas generales

El derecho patrimonial que señala don Enrique Evans, dice relaciona la facultad que tiene toda persona para desarrollar libremente cualquier actividad económica, con la única limitación, como se verá más adelante respecto a la moral, al orden público y a la seguridad nacional. Este primordial derecho, que reconoce y garantiza nuestra Constitución, resulta la piedra angular de todo nuestro estudio posterior.

Tal como lo explica Ismael Ureta, en su obra anteriormente citada,³³ dos palabras que conforman el principio, cuales son libertad y economía, tienen múltiples definiciones y explicaciones, resultando entonces recordable recurrir al más importante de los diccionarios del habla hispana: el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, a fin de uniformar el sentido de cada una de ellas.

Por libertad entiende el mencionado diccionario, la facultad que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. En tanto, respecto de economía, señala que ésta es la ciencia que trata de la producción y distribución de la riqueza. La unión de los dos conceptos anteriores resulta que la libertad económica consiste en la facultad natural de los hombres de ser agentes decisivos responsables en materia de producción y distribución de la riqueza.

El principio de la libertad económica, como perteneciente a un grupo de disposiciones que en conjunto conforman un orden público económico determinado, se originó y ha estado siempre fuertemente vinculado a las ideas liberales y a la doctrina económica liberal. No obstante lo anterior, la historia nos ha demostrado y con seguridad lo continuará demostrar en el futuro, que sin importar las corrientes políticas, económicas y sociales imperantes, siempre resultará más beneficioso para el bien general de la comunidad sustraer al ente público de las actividades que los particulares se encuentran capacitados para realizar, entregando a estos la posibilidad de las herramientas que les permitan desarrollar su propia iniciativa y satisfacer sus necesidades.

³² EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *op. cit.*, pág. 313.

³³ URETA SILVA, ISMAEL, *op. cit.*, capítulo primero, "Libertad y Economía", pág. 2.

*"Por lo tanto, se puede afirmar con seguridad, que hoy, en plena década de los noventa, la libertad y, específicamente, la libertad económica, debería tender a establecerse como un principio básico de nuestro pensamiento en las diversas materias del quehacer social, político y económico, pues, como se puede apreciar en muchos países, ya es un dogma; en otros, que están abandonando aquellos obsoletos sistemas económicos socialistas, ya lo están comenzando a hacer propio y, por último, en algunas naciones que aún creen en los sistemas estatales y planificados, se puede prever, casi con certeza, que pronto empezarán a enmendar su rumbo hacia el camino de la libertad económica."*³⁴

b) Su reconocimiento primero como libertad de trabajo

El principio de la libertad en materia económica encuentra sus antecedentes en diversos textos constitucionales, legales y en declaraciones de principios de muy antigua data en nuestro país. Si bien nadie pone en duda que ha sido la Constitución Política de 1980 la que ha elevado dicho principio a una categoría constitucional y asegurado su ejercicio con las mayores garantías posibles, no es menos cierto que la idea de libertad en materia económica ha ido tomando un cierto reconocimiento por parte de la autoridad desde ya hace largo tiempo.³⁵ Sólo a modo de referencia, debe advertirse que tanto declaraciones de la Junta Provisional de Gobierno del año 1811, como las Constituciones de 1822, la moralista de 1823 y la de 1833 ya reconocían, si bien de forma algo indirecta, el principio de la libertad económica. Sin perjuicio de lo anterior, han sido claramente los dos últimos textos constitucionales, en especial el de 1980, los que sin duda han reconocido y fortalecido en forma más explícita el principio en referencia.

La Constitución de 1980 incorpora al ordenamiento constitucional, como posteriormente se analizará en profundidad, el derecho de las personas a desarrollar cualquier actividad económica, sometiendo a las leyes que puedan regular la actividad económica y siempre que no contraríe la moral, el orden público o la seguridad nacional.

La disposición de la Constitución de 1925 no consagraba la anterior garantía, sino que sólo la denominada libertad de industria la que, como se pudo comprobar, tuvo un alcance absolutamente restringido e ineficaz para

proteger este derecho. Es en respuesta a lo anterior que, en sesión del Constituyente N° 388, se señaló:

*"El señor Bertelsen opina que hay que considerar un número en el artículo 19 un artículo dentro del capítulo de las garantías constitucionales que, como proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien la incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Manifiesta que lo anterior es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida el pasado en forma más o menos sistemática."*³⁶

Lo anterior ha llevado a ciertos autores a sostener que *"la actividad económica, no es otra cosa que una especie del género trabajo del hombre, que realiza a través de la empresa. El artículo 10 de la Constitución de 1925, como ya se indicó, aseguraba La Libertad de Trabajo e industria"*.³⁷

La empresa, por su parte, está definida en varias leyes nacionales, cuales concuerdan en sus elementos fundamentales. En el Estatuto Social de la Empresa, Decreto Ley N° 1.006, de 1975, artículo 7°, se la define como *"La entidad destinada a la producción, comercio o distribución de bienes, la prestación de servicios que bajo una dirección unitaria persigue una finalidad económica y social y se encuentra organizada con el concurso de trabajadores e inversionistas"*.

A su vez, el Decreto Ley N° 2.200, de 1978, modificado por la Ley N° 18.018, en su artículo 3°, define la empresa para los efectos laboral y seguridad social como *"Toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para lograr fines económicos, sociales, culturales o de beneficios, dotada de una individualidad legal determinada"*.

En el informe que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República dirige al Presidente de la República el 16 de agosto de 1978, con el cual remite el proyecto de Constitución, se expresa: *"nueva estructura constitucional considera a la empresa como una comunidad humana de trabajo, en la que hay tres intereses legítimos en juego: el interés de los trabajadores, el del empresario y el de la comunidad"*.³⁸

³⁶ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 2 de fecha 27 de junio de 1978, pág. 2897.

³⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, FERNANDO, "La garantía Constitucional del N° 21 artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que conforman el orden público económico", en *Gaceta Jurídica*, N° 68, de 1986, pág. 10.

³⁸ Informe dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos*, de fecha 16 de agosto de 1978, Editorial Jurídica de Chile, pág. 19.

³⁴ URETA SILVA, ISMAEL, *op. cit.*, capítulo primero, "Libertad y Economía", pág. 4.

³⁵ Sobre el particular, léase NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, "Protección y Amparo de la Libertad Económica", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 2, 1998, págs. 77 y ss.

A su vez, los profesores Carlos Massad, Hugo Lavados y Luis Riveros señalan que *"los bienes y servicios que la unidad consumidora demanda son elaborados por las empresas, las que constituyen unidades de producción. Las unidades de producción pueden ser de tamaños distintos, desde un individuo, que trabaja solo, hasta una gran empresa con miles de trabajadores y millones de pesos invertidos en maquinarias, edificios, etc."*³⁹

Por su parte don Julio Chaná, señala *"el hecho de que la empresa sea una célula económica le hace ser también una célula social y por tanto en cierta manera vinculada al interés de la comunidad. Este hecho económico social se traduce en lo jurídico en diversas limitaciones que al dominio de los bienes del dueño de la empresa establecen las leyes para cumplir tales finalidades"*.⁴⁰

c) Advertencia. Consideraciones finales

En razón de que este principio resulta fundamental para nuestro estudio posterior, lo dicho hasta ahora sobre él no resulta suficiente, dedicándosele más adelante todo un capítulo cuando se trate su consagración, en el artículo 19 N° 21, inciso 1° de nuestra Constitución. Sin embargo, restaría por señalar aquí, que este principio de la libertad económica no es sino una manifestación de la libertad de las personas, y que su aplicación la encontramos en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de escoger el sistema de salud, el sistema de seguridad social, la libertad de enseñanza, la libertad de tener medios de comunicación, la libertad de asociación y la libertad de trabajo.

2. PRINCIPIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El régimen de propiedad no es sino una concreción de la libertad económica. El desconocimiento de la propiedad privada ha sido universalmente comprobado como la extinción de las libertades, al pasar a ser el Estado el único empleador, el único capitalista y el único dueño de la información. La consagración constitucional del derecho de propiedad se encuentra en el numeral 24 del artículo 19 de nuestra actual Constitución y

se hace extensivo al dominio de toda clase de bienes, tanto corporales como incorporeales, admitiéndose ciertas restricciones en atención a la eventual función social que pueda cumplir una determinada propiedad.

3. PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA

Encuentra su fundamento en el reconocimiento que la Carta Fundamental hace de la autonomía que poseen los individuos y empresas de una sociedad, en materia económica.

Como señala don Arturo Yrarrázabal Covarrubias, *"la aplicación a principio tiene defensores y detractores. Dado que su contenido y alcance son veces no bien entendidos, podemos recordar al respecto las palabras de Juan Pablo II en Chile: El Estado no debe suplantar la iniciativa y la responsabilidad que los individuos y los grupos sociales menores son capaces de asumir en sus respectivos campos; al contrario, debe favorecer esos ámbitos de libertad; pero al mismo tiempo, debe ordenar su desempeño y velar por su adecuada inserción en el bien común"*.⁴¹

Atendido a que la aplicación de este principio se encuentra presente en las Bases de la Institucionalidad y, sobre todo, en las normas sobre la actividad empresarial del Estado, hasta aquí su estudio, reservándosele un capítulo especial más adelante, cuando se trate de la garantía especial de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.

Cabe con todo señalar que los antecedentes doctrinarios de este principio se encuentran en la Encíclica *Quadragesimo Anno*, dictada en el año 1931, que trata sobre la restauración del orden social y que constituyó la primera formulación explícita del principio de subsidiariedad: *"Es verdad, y lo prueba la historia palmariamente, que el cambio de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes hacían aun las asociaciones pequeñas, hoy no las pueden ejecutar sino las grandes colectividades. Y sin embargo, queda en la filosofía social fijo permanente aquel principio, que ni puede ser suprimido ni alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria puede realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe por su naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos. Conviene que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas"*.

³⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 11, en cita a libro de Carlos Massad, Hugo Lavados y Luis Riveros, *Nociones de economía*, pág. 96.

⁴⁰ Idem, en cita a libro de Julio Chaná, *La empresa, participación de los trabajadores*, Editorial Andrés Bello, 1973, prologado por Jaime del Valle, pág. 24.

⁴¹ YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ARTURO, *op. cit.*, pág. 100.

cuidados y negocios de menor importancia, pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar, a saber: dirigir, vigilar, urgir, castigar, según los casos y la necesidad lo exijan. Por tanto, tengan bien entendido esto los que gobiernan: cuanto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función supletoria del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social, y tanto más próspera y feliz la condición del Estado".⁴²

4. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE DERECHOS Y OPORTUNIDADES

Un cuarto principio fundamental que produce necesariamente sus efectos en materia económica, es el de la igualdad de derechos de todos los hombres, recayendo en el Estado el deber de asegurarlo como participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Según el profesor señor José Luis Cea, basándose en autores anglosajones como John Plamentaz, debe distinguirse en este principio un aspecto formal y uno sustantivo. *"El primero consiste en que las normas jurídicas, especialmente las leyes, deben ser formuladas en términos generales, permanentes, abstractos y circunscritos a lo esencial de un ordenamiento positivo, aplicables por igual a todos quienes se encuentran en las situaciones descritas en su texto. En la igualdad de oportunidades también existe un lado sustantivo, el cual sólo es posible comenzar a cumplir cuando está ya institucionalizado el principio formal de ella. Este último es el rasero igualitario mínimo pero, al fin y al cabo, el supuesto indispensable de una igualdad de oportunidades real".⁴³*

Se agrega finalmente, que la igualdad de oportunidades se puede lograr de dos maneras distintas, una lo sería empeorando la situación de los más favorecidos y otra, mejorando la situación de los desfavorecidos, la que sería la utilizada en nuestro ordenamiento, al señalarse en el artículo 1º, inciso 4º de la Constitución Política, como fin del Estado promover el bien común, para lo cual ha de contribuir a crear las condiciones sociales, incluyendo las económicas, que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

⁴² Encíclica Papal, *Quadragesimo Anno*, 1931, Ediciones Paulinas, págs. 149 y 150.

⁴³ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, págs. 170 y 171.

5. PRINCIPIO DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Este principio guarda íntima relación con el anterior relativo a la igualdad de oportunidades y derechos y se refiere tanto al trato que el Estado y sus organismos deben dar en materia económica como a las condiciones aplicables a los particulares y al Estado-Empresario.

Al igual que el anterior principio, para su consecución aparecen dos vías posibles; una es la de poner fin a la discriminación y al perjuicio causado por ella; otra consiste en extender el beneficio a aquellos que no lo gozan.

Ahora bien, la discriminación será arbitraria, tal como se dejó constar en las Actas de Estudio y lo ha reiterado el Tribunal Constitucional cuando se trata de manera desigual a los iguales. Ya Aristóteles hace 25 siglos afirmaba que *"no hay peor injusticia que tratar igual a los desiguales"*.

6. PRINCIPIO DEL BIEN COMÚN

Sin duda que es éste el principio fundamental y el principal de todos, sobre la base del cual se estructuran todos los demás. Sólo se entienden los anteriores principios si se interpretan y armonizan con el bien común que el Estado está obligado a promover, para lo cual debe contribuir a crear todas aquellas condiciones que permitan a todos y cada uno de los habitantes de la República su mayor realización posible, tanto espiritual como material. Esta noción que caracteriza al bien común, que es precisamente lo que nuestro Constituyente señala en el inciso 4º de su artículo 1º, no es original de la Comisión de Estudios de la misma, sino que fue tomada de la "Declaración de Principios del Gobierno de Chile", que la Honorable Junta de Gobierno formulara el año 1974.⁴⁴

Esencial resulta tener siempre presente, que el Estado debe desarrollar esta actividad con pleno respeto a los derechos y garantías que la propia Constitución establece, entre las cuales se cuenta la libertad para desarrollar cualquiera actividad económica.

E. Derechos económicos constitucionales

Enunciados ya los principios constitucionales que tienen incidencia en materia económica, corresponde ahora indicar de qué manera se encuentra reconocidos en nuestra Constitución.

⁴⁴ Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974.

Siguiendo la postura que adopta don Arturo Yrarrázabal Covarrubias, en el texto ya citado, en cada punto se hará una comparación con la Constitución de 1925, para los efectos de darle una mayor proyección a este resumido análisis.

Anterior a esto, es del caso hacer presente que en las bases de nuestra institucionalidad, que se ubican en el capítulo primero de nuestra Constitución, se destaca en materia económica el reconocimiento y amparo a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y la garantía de una adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. La Constitución de 1925, en cambio, no hacía mención a estas relaciones económicas en la sociedad económica, siendo la reforma constitucional de 1971, la que primero intentó reconocer a ciertos grupos sociales y amparar el derecho a participar en la vida social, cultural, cívica, política y económica.

1. DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONOMICA

La Constitución de 1980, señala en su artículo 19 N° 21, inciso 1°, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, respetando la moral, el orden público y la seguridad nacional, además de las leyes que regulen su ejercicio.

La disposición de la Constitución de 1925 de la denominada libertad de industria tenía un alcance absolutamente restringido e ineficaz para proteger este derecho.

Fue con motivo de las distintas deliberaciones sostenidas tanto en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como en el Consejo de Estado y en la Junta de Gobierno, que el derecho a emprender o a desarrollar cualquier actividad económica con ciertos límites básicos fue adquiriendo fuerza y reconocimiento cada vez mayores.⁴⁵

No se ahondará más por ahora en este tema, puesto que es motivo del capítulo especial que sigue a continuación.

2. ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO

La posibilidad de que el Estado actúe en el campo económico, en conjunto con los particulares, y rigiéndose en consecuencia por similar nor-

mativa, se encuentra reconocida y regulada en nuestra Constitución, en que se señala que será sólo una ley especial de quórum calificado la que podrá facultar para cumplir tal función.

Conviene recordar, que la actividad económica que realice el Estado deberá ir siempre encaminada a la consecución del bien de todas las personas y que normalmente tendrá que abstenerse de realizarla, por cuanto su carácter eminentemente subsidiario, según se expondrá más adelante, no se lo permite sino en la medida que los particulares no puedan realizar dicha actividad. Todo lo anterior encuentra contadas excepciones, todas de rango constitucional, en las cuales se contempla la posibilidad de que el Estado actúe en materia empresarial. Las excepciones son; en la Gran Minería del Cobre a través de Codelco, actividad regulada en el artículo 3° transitorio de la Constitución en la exploración y explotación de sustancias minerales no concesibles, posibilidad regulada en el inciso 10 del N° 24 del artículo 19 de la Constitución; y, en tercera y última excepción en materia de estaciones de televisión, contemplada en el inciso 5° del artículo 19 N° 12 de nuestro texto constitucional.

En razón de que la actividad empresarial del Estado reviste especial importancia en este libro, su estudio pormenorizado será también objeto de un capítulo especial.

3. IGUALDAD ANTE LA LEY

Este principio, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, proyecta sus efectos en los más variados planos, entre los cuales se cuenta también el económico. De esta manera, y reafirmandose el concepto de igualdad contenida en las bases de la institucionalidad, ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias en materia económica. La novedad constitucional al indicarse que ni la ley ni autoridad alguna están facultadas para establecer diferencias arbitrarias, esto es, sin justificación racional o razonable, así como la garantía misma, no estaba contemplada en la Constitución de 1925.

"Es indudable que tanto el legislador como la autoridad administrativa realizan y deben realizar discriminaciones en las normas que dictan en el sentido de establecer diferencias entre categorías de personas cuando así lo reclama la justicia. Lo que se prohíbe es que tales discriminaciones sean arbitrarias, es decir que carezcan de fundamento justo".⁴⁶

⁴⁵ Sobre el particular, léase GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO y NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, "Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico Establecidas en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 1998, págs. 117 y ss.

⁴⁶ Informe dirigido por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al Presidente de la República, *Anteproyecto Constitucional y sus fundamentos*, de fecha 16 de agosto de 1978; Editorial Jurídica de Chile, pág. 90.

4. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN LO ECONÓMICO

Como consecuencia directa del principio anterior, el N° 22 del artículo 19 de la Constitución, asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria que en materia económica deben dar el Estado y sus organismos. Sólo por ley pueden autorizarse discriminaciones, siempre que no sean arbitrarias, en favor de un sector económico, actividad económica o zona geográfica o, por el contrario, establecer gravámenes especiales siempre que en uno y otro caso no sean discriminatorios.

Al igual que el derecho anterior, el principio de la no discriminación arbitraria en materia económica no estaba contemplado en la Constitución de 1925.

5. LIBERTAD PARA ADQUIRIR EL DOMINIO

El artículo 19 N° 23 de la Constitución de 1980, incorpora una garantía que no estaba presente en el texto del año 1925, cual es la libertad absoluta para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto los que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, los que una ley declare que deben pertenecer a la Nación y los que tengan dueño fijado en la Constitución. La normativa constitucional agrega que una ley de quórum calificado sólo cuando lo exige el interés nacional podría establecer requisitos o limitaciones para la adquisición del dominio de algunos bienes.

6. DERECHO DE PROPIEDAD

Este aparece consagrado en el N° 24 del artículo 19, que ya en su primer inciso asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Además en sus otros incisos, establece que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir, usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social. También se consagra el que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador y pagando al expropiado la indemnización por el daño patrimonial que efectivamente le ha sido causado.

La Constitución de 1925 era notoriamente menos explícita en cuanto a la protección de este tipo de propiedad, sólo establecía que en caso de expropiación se daría al autor e inventor la indemnización correspondiente. La enumeración de derechos económicos constitucionales puede continuar largamente, por ejemplo, con el derecho a la igualdad ante los tributos, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, más otros que tienen cierta proyección económica, como puede ser el derecho a la protección de la salud, a la seguridad social, a la asociación, a la sindicación, a la educación y la libertad de enseñanza, el ya tratado derecho a la libertad de trabajo, de opinión e información, etc. Sin embargo, consideramos que aquellos de mayor importancia para efectos de este estudio ya han sido expuestos, razón por la cual sólo resta para concluir este capítulo, analizar cómo se consagra en nuestra Constitución aquel principio orientador de los demás y que constituye el fin último del Estado, el bien común.

7. BIEN COMÚN

Como ha afirmado el profesor Cea Egaña: "Si relevantes son todos los principios nombrados, más lo es el bien común como fin del Estado. Pues entiendo que tales principios son instrumentales para la consecución del bien aludido. De lo contrario, todo el concepto de orden público económico en el marco de una política social de mercado no sería sino puro liberalismo al suprimirse tal objetivo legítimamente de la sociedad política".⁴⁷

En este tema, a pesar de no cuestionarse su reconocimiento, se producen profundas discrepancias, que no es del caso entrar a analizar ya que alcanza para un trabajo completo de similares o mayores dimensiones que el presente. Sólo corresponde aquí señalar de qué manera, en normas precisas y a modo de ejemplar, se encuentra consagrado el bien común en nuestra Constitución.

Así, se ha sostenido que "aplicaciones del bien común existen en las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social de la propiedad, las limitaciones de desarrollar cualquier actividad económica, las limitaciones especialmente de la propiedad impuesta para la conservación de un medio ambiente no contaminado, la actividad empresarial del Estado".⁴⁸ Otro ejemplo de dichas consignaciones el relativo a las requisiciones de bienes y el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad durante ciertos estados de excepción señalados en el artículo 41 N°s 1, 5 y 8 de la Carta Fundamental.

⁴⁷CEA EGANA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, pág. 173.

⁴⁸YARRÁZABAL COVARRUBIAS, ARTURO, *op. cit.*, pág. 101.

Concluido el tema referido tanto a los principios como a los derechos económicos constitucionales, nos introducimos al principal tema de esta primera parte, cual es el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, junto con otros cuya profundización quedó pendiente, como por ejemplo, la subsidiariedad del Estado, el rol empresarial del mismo, etc.

F. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica

La consagración de la libertad económica en nuestra Constitución se llevó a cabo a través de dos vías; la una lo fue estableciendo una serie de artículos en su texto, que reflejan las ideas envueltas en dicho principio, las que en su mayoría se agruparían bajo el concepto ya latamente expuesto de orden público económico y, la otra, lo fue con la creación de un nuevo derecho constitucional que sería el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Es precisamente este derecho el que ahora se pasará a exponer, comenzando su estudio por la norma constitucional en que se contiene, que lo reconoce y garantiza; el artículo 19 N° 21, inciso 1° de nuestra Constitución Política de la República. Su texto completo dice:

"La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

El citado precepto constituye, sin lugar a dudas, la suprema concreción en la norma constitucional del principio de la libertad económica. Muchos autores han querido ver a esta norma como la única que establece la libertad económica, o la libertad de empresa como algunos la han llamado más específicamente, pero como ya se ha analizado, existen varios preceptos que se han inspirado en el principio de la libertad económica, dentro de los cuales, el que se estudiará a continuación, es la fundamental de las normas en esta materia.

Esta nueva norma constitucional, como ya se dijo, está muy relacionada con la del artículo 19 N° 16, también de la Constitución, que asegura a todas las personas "la libertad de trabajo y su protección". Incluso algunos han creído ver en el artículo 19 N° 21, un complemento del N° 16, sin embargo, como se verá durante su análisis, lo dispuesto en el N° 21 es mucho más

amplio y tiene raíces más profundas en el concepto de libertad personal consagrar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y no limita exclusivamente a la posibilidad de desarrollar un trabajo determinado.

1. FUNDAMENTO DE ESTA GARANTÍA

El precepto en comento es nuevo en las cartas fundamentales chilenas. Su fundamento está en dar un resguardo a la libertad económica, proteger la iniciativa privada y demarcar con precisión cuándo el Estado puede entrar a intervenir en la actividad empresarial, imponiéndole ciertas condiciones que permitan proteger los principios rectores de la iniciativa privada: la subsidiariedad del Estado.

Se citará a continuación, una parte de la sesión N° 388 de la Comisión Constituyente, en que se señala muy adecuadamente por el profesor Raúl Bertelsen el objetivo de la consagración del derecho que se está estudiando, y en que además, el profesor Jaime Guzmán pone de relieve la fundamentación de esta garantía en el principio de subsidiariedad que más adelante se expondrá:

"El señor Bertelsen opina que hay que considerar un número en el artículo o un artículo dentro del capítulo de las garantías constitucionales que, con proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien la incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Manifiesta que lo anterior es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática.

El señor Ortúzar (Presidente) sugiere concretar la idea del señor Bertelsen a continuación del derecho de propiedad.

La señora Romo hace hincapié en que el Estado, mediante disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de las actividades económicas, situación que se ha presentado, por ejemplo, en caso de la Dirinco, contrariándose la política económica del Gobierno. Concuerda en consecuencia, con la proposición del señor Bertelsen.

"El señor Guzmán estima indispensable, primero, consagrar en la Carta Fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico como el medio preferente natural que tiene una comunidad de progresar, desarrollarse; y segundo, preceptuar en forma más explícita el carácter subsidiario de la acción del Estado.

"Manifiesta dudas en cuanto a la conveniencia de establecer dicho principio también en el capítulo I. Cree que si bien en éste se contienen una noción bastante precisa del concepto de bien común y un reconocimiento explícito de la autonomía de los cuerpos intermedios dentro de su campo propio y especí-

—conceptos ambos que implican el reconocimiento del principio de subsidiariedad—, podría haber consagración expresa en el capítulo I, dada la importancia de dicho principio y el hecho de constituir aquel la base de una sociedad libre.

"A su juicio, el principio de subsidiariedad no se agota con el respeto de la autonomía de las sociedades intermedias, sino que exige también que el Estado no incurra en campos susceptibles de ser desarrollados por los particulares en forma eficaz y conveniente.

"Sugiere incluso una referencia más explícita al principio de subsidiariedad en el Capítulo I, haciendo hincapié en el contenido y no en el principio mismo. También considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho a la propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan, al que no se ha dado la importancia que merece, y como un número distinto del derecho de propiedad privada ya constituido sobre un bien determinado".⁴⁹

2. HISTORIA DE SU ESTABLECIMIENTO

a) El artículo 20 del anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución señalaba que:

"20. La Constitución asegura a todas las personas:

La libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sea contraria al interés nacional y una ley lo declare así.

El Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares.

No se podrán establecer tributos, condiciones o requisitos que, por su cuantía elevada o su naturaleza, impidan a los particulares el desarrollo de una determinada actividad".

b) Por su lado, el artículo 21 del proyecto del Consejo de Estado expresaba que:

"21. La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

⁴⁹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 388, de fecha 27 de junio de 1978, págs. 2905 y ss.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales, participar en ellas si una ley los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de excepciones que, por motivos justificados, establezca la ley".

c) Por último, el artículo 21 del texto final de la Constitución de 1980 con las modificaciones de la Junta de Gobierno dispone:

"21. La Constitución asegura a todas las personas:

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales, participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado".

De los textos expuestos se puede advertir que por el proyecto del Consejo de Estado se eliminó la disposición que decía relación con los tributos, además de cambiarse la expresión "la libre iniciativa privada" por "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica" y, por último, estableció en el inciso 1° limitaciones que pueden afectar este derecho, reemplazando la expresión "sin más limitaciones y siempre que no sea contraria al interés nacional y una ley declare así" por "que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional respetando las normas legales que la regulen". Por su parte, el inciso final del texto aprobado por la Comisión Constituyente se trasladó —aunque con otra redacción— al actual artículo 19 N° 26 de la Constitución.

El texto que en definitiva aprobó la Junta de Gobierno es similar al del Consejo de Estado, con la única e importante diferencia que las leyes que autorizan al Estado a ejercer actividades económicas y aquellas que, excepcionalmente, lo eximan de someterse a la legislación común aplicable a los particulares, deben ser —según el artículo finalmente aprobado— de quórum calificado. (Ver nota 24 bis.)

3. GARANTÍA QUE ES BASE DE LA INSTITUCIONALIDAD

Cabe destacar que este precepto, el artículo 19 N° 21, está dentro del Capítulo III, "De los Derechos y Deberes Constitucionales", pero por una interpretación doctrinaria nueva, basada en el informe 6.583/160/1 del 12 de junio de 1989, de la Comisión conjunta que informó la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 del 17 de agosto de 1989, se entiende que se trata de las "Bases de la Institucionalidad", sobre las cuales se funda la Cons

tución de 1980, no sólo las indicadas en el capítulo primero del texto constitucional, sino también las del capítulo III, ya que ambos conforman la dogmática de la Constitución, por lo que se concluye que el artículo 19 N° 21, que establece la libertad económica, es una de las Bases de la Institucionalidad.⁵⁰

Esto quiere decir, que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el resto del contenido del artículo 19 N° 21, forma parte de los principios, ideas, valores e inspiraciones fundamentales que orientan el proceso de creación y transformación del derecho constitucional chileno. Por lo demás, así lo ha entendido nuestro propio Tribunal Constitucional, el que en relación al artículo 19 N° 21 ha sentenciado: *"es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"*; agregando que *"las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares"*; concluyendo que *"un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen"*.⁵¹

En similar sentido se han pronunciado los tribunales de justicia, al afirmar en cuanto al contenido de este derecho que *"La antes referida garantía constitucional, a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto"*.⁵²

Como ya se indicó más atrás, el estudio que continúa se dividirá en dos partes generales; la primera, encargada de desarrollar aquello relativo a la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, sin perjuicio de todo lo dicho a lo largo de este libro, en especial, lo señalado a propósito del principio económico constitucional de la libertad económica y, una segunda parte, que versará

acerca de la posibilidad de actuación del Estado en la economía, esto es, el Estado como empresario, en un plano de igualdad con los particulares.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que esta distinción dentro del artículo lo es sólo para facilitar y ordenar su estudio y comprensión por cuanto ambos incisos del citado precepto se encuentran íntimamente ligados y sólo debe entenderse uno en razón del otro.

4. LIBRE INICIATIVA

a) Contenido y ámbito del precepto

El artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución, garantiza a todas las personas un derecho consistente en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, con sólo tres excepciones.

Este derecho es de contenido vasto, dado que comprende tanto la libre iniciativa como la prosecución indefinida de cualquier actividad económica pudiendo ésta ser extractiva, productiva, comercial, financiera, de intercambio etc. Además cabe señalar que estas actividades pueden desarrollarse tanto dentro como fuera del país, esto es, también es aplicable al comercio internacional.

En referencia a este punto, cabe citar aquí lo que indica al respecto do Enrique Evans de la Cuadra: *"La obligación de no atentarse en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o la quiebra. Pero es contrario a esta libertad y la vulnera el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país."*

Por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Lo que el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 27 de octubre de 1980":

⁵⁰ En general, VARAS ALFONSO, PAULINO, "Amparo Económico", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 49, 1991, págs. 45 a 70.

⁵¹ Fallo de fecha 6 de abril de 1993, Rol N° 167, consids. 9 a 11 en *Fallos del Tribunal Constitucional 1992-1996*, pág. 68, citado por Enrique Navarro, "Protección y Amparo de la Libertad Económica", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, 1998, pág. 80.

⁵² Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 25 de mayo de 1996, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 93, sección 5ª, pág. 147.

⁵³ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *op. cit.*, pág. 318. Sobre la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, además de lo citado en este texto, vid. BULNES A., LUJAN, "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", en *Revista de Derecho Público*, N° 37 y 38, 1985, págs. 149 a 165; BRUNA, GUILLERMO, "La libertad económica elemento de un nuevo orden político", *Política*, N° 13 (U. de Chile), 1987, págs. 59 a 76; HUIDOBRO S., RAMÓN, "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de

Para finalizar, es necesario tener presente que una actividad económica para ser considerada como tal, no debe necesariamente traducirse en un propósito de obtener algún tipo de lucro. El concepto de actividad económica dice relación con aquellas conductas destinadas a satisfacer necesidades crecientes con recursos limitados, no siendo de su esencia la prosecución de un lucro o ganancia determinada.

Así es como recientemente lo han entendido también los integrantes de nuestros tribunales superiores de justicia, los que en un voto disidente de un fallo recaído sobre un recurso de amparo económico señalan: *"Que de este modo, no resulta posible sostener el que actividades no lucrativas, como las que desarrollan las recurrentes, no se encuentran debidamente protegidas por el constituyente en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política. En efecto, la circunstancia que nos encontremos frente a actividades no lucrativas en nada impide que sean calificadas de actividades económicas, desde el momento que ellas también son consecuencia de la libre iniciativa para producir bienes y servicios y cuya finalidad en este caso preciso no es otra que satisfacer necesidades asistenciales y económicas tanto de los asegurados como incluso terceros ajenos al sistema previsional mutual"*.⁵⁴

De esta manera, se logra una mayor aplicación del recurso en estudio, por cuanto ya no resulta posible al estado empresarial recurrido de amparo económico solicitar el rechazo de un recurso interpuesto en su contra, aludiendo a la circunstancia de que las actividades que realiza no son económicas, dado que no persigue lucro alguno con el desarrollo de las mismas.

Así por ejemplo, la circunstancia de no tener las actividades del Estado como objetivo principal la obtención de un lucro, no lo exime de la aplicación del artículo 19 número 21 de nuestra Constitución y, en consecuencia, de la procedencia del recurso de amparo económico en estudio.

b) Tres excepciones a esta garantía

El propio precepto constitucional nos señala que para que opere en plenitud esta libertad de iniciativa y se pueda hacer todo aquello que en materia económica se quiera, debe necesariamente respetarse tanto la moral como el orden público y la seguridad nacional. Es decir, el constituyente

junto con garantizar a toda persona la plena libertad en materia económica, le señala un requisito o límite para que goce de dicha garantía, cual es que dicha libertad se haga efectiva con total sujeción a los conceptos jurídicos, que algunos denominan indeterminados.

Las tres excepciones señaladas son absolutas y permanentes, se fundan en la naturaleza objetivamente ilícita que tienen las actividades económicas contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, de manera que en tales situaciones la libertad para desarrollar cualquier actividad económica no existe y a nadie puede la ley permitirle su ejercicio. Aún más, se trata de prohibiciones *erga omnes*, esto es, sin salvedades ni diferencias para nadie y que operan *ipso iure*, cuando se han constatado los hechos que las tipifican.

Algunos autores a propósito de esta garantía, han concluido que al no señalarse como límite a ella los intereses generales de la nación, mientras que en las otras garantías que conforman el orden público económico sí se les señala como tal, en la libertad de empresa no podría la ley, en caso alguno, interferirla en pro de los intereses generales de la nación. Sin embargo, es destacada y numerosa la doctrina que se opone a este pensamiento, la que se puede representar por la posición sustentada por don Fernando Dougnac Rodríguez, quien afirma: *"Postulamos que no es este el alcance que tiene dicha norma, la cual, muy por el contrario, por derivar de la consagrada en el N° 16, está en una relación de subordinación o especie a ésta, de tal forma que todo su ejercicio debe someterse a los intereses generales de la nación"*.

Creemos que la aparente omisión expresa a dicho concepto, es decir a los recién nombrados intereses generales de la nación, no se debe a que el constituyente la haya querido privilegiar, sino al contenido negativo que ella encierra, dado por su carácter de verdadera barrera de contención de los posibles intentos del Estado de invadir el ámbito reservado a los particulares en materia económica. Como esta norma consagra el principio de subsidiariedad no fue necesario referir a ella lo dicho respecto de las demás garantías que conforman el orden público económico y, de las cuales es sólo un resumen, o si se nos permite, una redundancia del constituyente".⁵⁵

c) Manera como se puede limitar esta actividad

La dificultad de delimitar con claridad el real contenido de las limitaciones que el constituyente le señaló a la garantía de la libertad económica son tales que harían inoperante una ley que, intentando complementar el texto en estudio, señale al juez en cada caso particular si determinada actividad económica es contraria o no al orden público, moral o seguridad nacio-

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución", en *Revista de Derecho Público*, N° 43 y 44, 1988, págs. 98 a 116.

⁵⁴ Recurso de amparo económico interpuesto por la Asociación Chilena de Seguridad y otra en contra de la Superintendencia de Seguridad Social, considerando 3° del voto disidente del Abogado Integrante señor Fernando Román Díaz, en fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando el recurso, con fecha 2 de octubre de 1998, confirmado por la Corte Suprema con fecha 16 de noviembre de 1998.

⁵⁵ En general, véase DOUGNAC RODRÍGUEZ, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 6.

nal. Por esta razón, sólo cabe a los tribunales de justicia en cada caso preciso, pronunciarse sobre estas prohibiciones.

Anteriormente se discutía en torno a quién sería el encargado de imponer las limitaciones y prohibiciones señaladas a la libertad de empresa. Según la gran mayoría de los autores, sólo lo era el legislador, a quien le correspondía privativamente dicha potestad. Esto, básicamente por el juego de dos disposiciones de nuestra Constitución, los artículos 61 y 19 N° 26.

Por el primero se nos aclara que las materias comprendidas en las garantías constitucionales, como lo es la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, entre otras, no pueden ser reguladas por un decreto con fuerza de ley dictado por el Presidente de la República y, en consecuencia, la autorización pertinente nunca se le dará en similar sentido. De esta manera resulta ilusorio sostener que dicha potestad que le es denegada al Presidente de la República sí le sea conferida, en cambio, a una autoridad administrativa supuestamente premunida de facultades en tal sentido.

A lo dicho debemos agregar lo preceptuado en el numeral 26 del artículo 19 de nuestro texto fundamental, el que siempre supone que sea una ley la que limite en determinados casos una garantía constitucional, no pudiendo incluso en el caso puntual afectar los derechos en su esencia. Así las cosas, únicamente por ley puede ser pronunciada la declaración concreta de que una actividad económica se halla en alguna de las tres posibilidades absolutas y taxativas previstas en la Constitución.

Para otros, en cambio, lo anterior debía ser desechado, por cuanto el artículo 60, que señala todas aquellas materias que deben ser objeto de ley, no contiene entre sus numerales uno que disponga que la calificación de una determinada actividad económica de contraria a la moral, orden público o seguridad nacional, deba hacerse por ley. En este sentido se argumentaba, que las prohibiciones de que se trata deben ser ordenadas por la autoridad administrativa, que deberá estar premunida de las correspondientes facultades legales, de acuerdo al artículo 62, inciso 4°, N° 2 de la Constitución, el que señala que las funciones y atribuciones de los servicios públicos deben establecerse por ley.

Esta última tesis, sostenida por doña Luz Bulnes Aldunate, ha sido ya incluso por ella misma abandonada.⁵⁶ Así se desprende de su participación en el fallo del Tribunal Constitucional acerca del bullado caso que trató sobre la inconstitucionalidad de aquel decreto que prohibía la colocación de carteles, avisos de propaganda, etc., en los caminos públicos del país, el cual, en su

considerando 11, expresa lo siguiente: "Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de regular puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece 'Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley', estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura 'respetando las normas legales que la regulen'. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse".⁵⁷

De esta manera, se tiene que sólo es el legislador a quien le corresponde única y exclusivamente y por medio de una ley, regular la actividad económica de los particulares.

Por último, en relación a este punto, debe señalarse que lo preceptuado en el artículo 61 inciso en comento, en el sentido del respeto a las normas legales que regulan la actividad económica de que se trate, se ha estimado también como una limitación a esta garantía, por cuanto quien ejerce el derecho deberá ajustarse a las normas legales que regulen específicamente dicha actividad y no podrá desarrollarla con total y absoluta libertad. Asimismo, se han considerado como otras limitantes también, aquellas que se indican en el artículo 19 N° 23 de la Constitución. En este sentido se señala, que constituyen limitaciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica todas las prohibiciones para adquirir el dominio de bienes establecidos en dicho artículo, como asimismo, los requisitos o limitaciones que una ley de quórum calificado, cuando así lo exija el interés nacional, pueda establecer para la adquisición del dominio de algunos bienes, según lo señala el propio numeral 23.

d) La regulación de la iniciativa privada

= Cuando se regula la actividad económica

El artículo 19 N° 21, en su inciso 1°, señala que toda actividad económica, para gozar de amparo legal, debe ejercerse con apego a las normas legales que la regulan.

⁵⁶ Fallo Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 1992, en autos rol N° 146, que se pronunció respecto del requerimiento para declarar la inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 357, de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país, considerando 11, en LARRAÍN CRUZ, RAFAEL, *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*, Editorial Jurídica de Chile, pág. 496.

⁵⁷ Sobre el tema, en general, véase BULNES ALDUNATE, LUZ, "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", en *Revista de Derecho Público*, N°s 37-38, 1985, págs. 149 a 165.

Este principio resultará aplicable en el evento en que la actividad económica de que se trate no sea contraria a la moral, orden público o seguridad nacional —conceptos todos señalados por el legislador y definidos en el caso concreto por los Tribunales de Justicia—, es decir, que la iniciativa privada goce del pleno reconocimiento constitucional.

Así las cosas, si una actividad económica determinada es contraria a las limitaciones antes señaladas, será ilícita y consecuentemente prohibida. Pero si no lo es, estaremos en presencia de una actividad lícita, y es aquí en donde entra a funcionar esta disposición que faculta al legislador sólo para regularla.

— Significado de la voz “regular”

Regular, que es el único mandato que se le da al legislador, quiere decir moderar la facultad del titular, del derecho en este caso a desarrollar cualquier actividad económica, con obligaciones y restricciones que tienen como objetivo conciliar su interés con el de la sociedad. Las normas legales que la regulen deben limitarse a señalar a los particulares cómo deben hacer efectiva la garantía que le reconoce la Constitución, pero de ninguna manera se les faculta para abolirlo, suspenderlo, entrabarlos o impedirlos.

*“Regular una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de regular un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizarlo o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca estos efectos sería abiertamente inconstitucional.”*⁵⁸

Por último, conveniente resulta también destacar aquí, lo que nuestro Tribunal Constitucional entiende por la voz regular. *“Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: ‘Ajustado y conforme a las reglas’. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse; pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad.”*⁵⁹

⁵⁸ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *op. cit.*, págs. 316 y 317.

⁵⁹ Fallo del Tribunal Constitucional, consid. 9º, citado en NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, “Protección y Amparo...”, *op. cit.*, pág. 68.

e) Objeto de regulación

El derecho de todas las personas, individualmente o asociadas, a desarrollar cualquier actividad económica, es una garantía constitucional no regulable por el legislador. Será únicamente su ejercicio el que puede ser objeto de regulación legislativa. Entonces el legislador no puede, bajo pretexto de regular, llegar a obstaculizar o impedir la libre ejecución de actos lícitos amparados por la garantía del artículo 19 N° 21, o crear condiciones para que, de hecho, el Estado o la autoridad pública asuma el ejercicio de actividades que legítimamente pueden desarrollar los particulares.

Por último, debe señalarse que la expresión *“respetando las normas legales que la regulen”*, no se refiere al respecto de las normas legales tomadas en su generalidad, como sinónimo de ordenamiento jurídico positivo, lo que sería redundante; se trata en cambio, del respeto a las normas legales específicas de una actividad determinada, o sea, aquellas que la regulen en particular.

f) Esencia del derecho

Algo se dijo, al tratar del significado de la voz “regular”, a propósito de una cita de don Enrique Evans de la Cuadra, en el sentido de que la regulación legal del ejercicio del derecho que se le reconoce y garantiza a toda persona, para desarrollar cualquier actividad económica, no puede afectarlo en sí mismo, es decir, en su esencia.

La Constitución impone de esta manera al legislador otra limitante en esta materia, cual es el respeto que ahora él debe tener a la esencia de los derechos garantidos en ella.

Como se puede concluir a lo largo de este trabajo, los derechos que se les reconocen a las personas, junto a su libre ejercicio, tienen limitaciones y prohibiciones, prueba de lo cual es que la Carta Fundamental faculta a la ley para regular su ejercicio. Sin embargo, el legislador también se encuentra limitado, por cuanto en toda regulación de los ejercicios de los derechos de las personas debe respeto a la esencia de ellos.

A fin de determinar en qué consiste la esencia de cada derecho tutelado, se puede recurrir a lo que don José Luis Cea llama su núcleo, resultando de esta manera que el núcleo del artículo 19 N° 21, su esencia, es el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.⁶⁰

⁶⁰ CEA, EGAÑA, JOSÉ LUIS, “Notas sobre orden público económico”, en *Gaceta Jurídica*, N° 135; págs. 28 a 30.

También puede recurrirse a lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto: *"Mucho podría decirse sobre la esencia de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es ésta nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualizarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"*.⁶¹

De esta manera, al legislador, junto con imponérsele una serie de limitantes para normar este derecho, se le exige además, que no lo afecte en su esencia, la que, en el caso de la garantía constitucional en referencia, dice relación con la capacidad de emprender.

Esta limitante, que está consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, resulta plenamente aplicable, por cuanto hace mención específica al ejercicio de los derechos, que resulta ser lo único que el legislador puede regular de cualquier actividad económica.

En definitiva, reconocido el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, es sólo su libre ejercicio el que puede ser limitado por la ley, pero esto, sin impedirlo del todo.

5. EL ESTADO EMPRESARIO

El principio de la libertad económica, ya latamente expuesto, y que consagra el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución, se encuentra estrechamente vinculado con aquél del inciso 2° del mismo artículo, que señala que el Estado y sus organismos pueden desarrollar o participar en actividades económicas, sólo si una ley de quórum calificado los autoriza al efecto.

Como primer punto, debe tenerse presente que en la actual Constitución Política de la República, no encontramos el término *"Estado empresario"*. Esta, para referirse a las actuaciones del Estado como empresario, habla de *"actividades empresariales"*; artículo 19 N° 21, o bien utiliza la fórmula de *"empresas del Estado"*; artículo 60 N° 9, artículo 62 inciso 4° N° 2 y, por

⁶¹ Fallo Tribunal Constitucional de fecha 24 de febrero de 1987, en autos rol N° 43, en LARRAÍN CRUZ, RAFAEL, *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, págs. 32 a 51.

último, en el artículo 98 inciso 1°, al prohibírsele al Banco Central adquirir documentos emitidos por empresas del Estado.

Sin embargo, el concepto de Estado empresario no parece inadecuado para señalar las distintas modalidades como el Estado puede actuar en la economía.

A fin de comprender el sentido y alcance de la idea de Estado empresario, se señalará a continuación un par de aspectos históricos que buscan dar cuenta cómo ha actuado el Estado en la economía de nuestro país.

a) Actuación del Estado en la economía desde el año 1925 en adelante

De 1925 a 1973

Bajo el texto Constitucional del año 1925, a pesar de no existir en él una referencia explícita a la actividad empresarial del Estado, ésta existía, pero como señala don Manuel Daniel Argandoña, en su obra *La organización administrativa en Chile*: *"Las personas jurídicas administrativas que fueron surgiendo eran servicios destinados principalmente a atender los fines de seguridad social o previsional, pero posteriormente nacieron también organismos con ese carácter y destinados a atender fines de crédito, de fomento y además el Estado creó empresas para atender fines industriales y comerciales en una intervención ya no sólo de carácter social sino económico"*.⁶²

⁶² DANIEL ARGANDOÑA, MANUEL, *La Organización Administrativa en Chile*, pág. 65. Sobre el Estado empresario, además de lo citado en este trabajo, vid. CARMONA P., JUAN, "Análisis del proyecto elaborado por la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales", *Política*, N° 13, 1987, págs. 29 a 46; COLLADOS N., MODESTO, "El rol del Estado en la economía", *Política*, N° 13, 1987, págs. 77 a 88; LÓPEZ B., JOSÉ, "Algunas consideraciones jurídicas sobre el desarrollo del Estado", *Temas de Derecho*, N° 1, U. Gabriela Mistral, 1994, págs. 87 a 103; TIRONI B., ERNESTO, "Otro rol para el Estado de Chile: de subsidiario a promotor", *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, págs. 171 a 186; GARCÍA R., RICARDO, "El rol del Estado en materia empresarial", *Política*, N° 13, 1987, págs. 19 a 28; BERTELSEN R., RAÚL, "El Estado empresario en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, págs. 115 a 126; MUÑOZ G., OSCAR, "Visión del Estado empresarial en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, págs. 187 a 192; LARROULET V., CRISTIAN, "Visión del gobierno sobre el Estado empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, págs. 157 y ss., y "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile", en *Revista del Centro de Estudios Públicos*, N° 37 y 38, 1985; PIERI A., PEDRO, "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado", en *Revista de Derecho Público*, N° 37 y 38, 1985, págs. 219 a 239.

La situación antes descrita fue variando lentamente con las reformas que siguieron. El año 1943 y 1970, por las Leyes N° 7.727 y 17.284, respectivamente, se introdujeron sendas modificaciones al entonces artículo 45 de la Constitución, ampliándose de esta manera la iniciativa presidencial para presentar proyectos de ley que decían relación con gastos de la Administración Pública y de las empresas mal llamadas fiscales.

Por la vía de la garantía constitucional relativa al derecho de propiedad, en cambio, a partir de la Ley N° 16.615, de 20 de enero de 1967, que substituyó completamente el artículo 10 N° 10 de la Constitución, parcialmente reformado en 1963 por la Ley N° 15.295, se amplió notablemente la intervención estatal en la vida económica. Se dijo en el inciso 3° del artículo: *"Cuando el interés de la comunidad nacional lo exija, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país"*.

Este era un modo indirecto de conformar un sector estatal de la economía, ya que si bien no se prohibía derechamente a los particulares desarrollar ciertas actividades, quedaban en el hecho impedidos de hacerlo al no tener acceso a la propiedad de los bienes necesarios para emprenderlas o proseguirlas.

Luego continuaron las reformas contenidas en distintas leyes y proyectos, tales como, por ejemplo, la Ley N° 17.450 de 16 de julio de 1971, que no sólo se refirió a la nacionalización de la gran minería del cobre, sino que también a la propiedad, concesiones y nacionalizaciones mineras y contratos leyes. Por otra parte, y como una muestra de la crisis institucional que el país vivía, el proyecto de reforma constitucional sobre las áreas de la economía que surgió en 1971 por una moción de los senadores Renán Fuentealba y Juan Hamilton sufrió innumerables accidentes en su tramitación, que en definitiva impidieron que pudiera convertirse en Ley de la República.

Por último, debe recordarse que a mediados del año 1973 el Estado tenía la propiedad a través de los denominados "resquicios legales", de innumerables empresas, lo que se traducía en un preponderante rol productivo del mismo.^{62 bis}

— De 1974 en adelante

La "Declaración de Principios del Gobierno de Chile", de 11 de marzo de 1974, en cambio, da inicio a una época diametralmente opuesta a la vigente a esa fecha. Se esboza un deslinde de los campos estatal y privado en

^{62 bis} NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Los resquicios legales*, Santiago, 1988.

la esfera económica sobre la base del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de los derechos de los particulares a participar de manera principal en la actividad económica.

No obstante el avance registrado en la materia, la solución al problema de la intervención estatal en la economía aún no encontraba solución. Re-
cien en el trabajo de la Comisión Constituyente, al discutirse el orden público económico que debía imperar en nuestro supremo ordenamiento y la manera de consagrarlo, aspecto ya analizado, cobra actualidad el tema resultando interesantísimo para este trabajo lo que al respecto en dicha Comisión se concluyó, luego de señalarse de qué manera la iniciativa privada fue reduciéndose cada día más al esperar del Estado solución para todos los problemas: *"De esta manera, el Estado fue creciendo desmesuradamente al asumir una serie de actividades que, dentro del correcto y sano principio de la subsidiariedad, debían ser del resorte de los particulares. En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley la declare así. Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares"*.⁶³

Del mismo modo razonaron los miembros del Consejo de Estado evidencia de lo cual son los párrafos siguientes: *"El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto. En efecto, según el artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política de la República, lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme a cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando haciendo posible la iniciativa privada."*

No aparece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial.⁶⁴

Así las cosas, lentamente, se llegó al actual texto del numeral 21 de artículo 19, que en su inciso 2° consagra con claridad extrema la subsidiariedad del Estado en materia económica.

Estado

⁶³ Memorandum Actas Oficiales de la Comisión Constituyente dirigido al Presidente de la República agosto de 1978.

⁶⁴ Informe del Consejo de Defensa del Estado, pág. 39.

b) Consecuencias de un Estado empresario

Se ha afirmado que *"el Estado empresario constituye una de las amenazas más serias que se ciernen sobre la sociedad moderna para la vigencia dentro de ella de las libertades individuales y, específicamente, de las libertades políticas y económicas, y para su acelerado y sostenido desarrollo económico"*.⁶⁵

Señala el autor citado, don Carlos Urenda Zegers, que la legitimidad y conveniencia del Estado empresario significa entrar directamente al conflicto entre la libertad y el poder, pugna siempre presente en el Derecho Constitucional.

Debido a la dificultad que encierra definir ambos conceptos, resulta conveniente y útil para los efectos de este estudio, señalar que entre ambos conceptos existe necesariamente una relación, cual es que a un mayor poder corresponde menor libertad y viceversa. En un intento de definición podría decirse que poder es la facultad de algunos de imponer su voluntad a otros, y que libertad es la facultad que tienen los hombres para hacer lo que quieran; es decir, para adoptar sus propias decisiones.

Así las cosas, a mayor número de atribuciones del Estado para intervenir en la economía de un país, menor resultará la posibilidad de que gozarán los privados para desarrollar sus actividades particulares. Y, lo que es más importante aún, la experiencia demuestra que el progreso de la humanidad exige cada vez más imperiosamente una dosis creciente de libertad económica.

La historia es elocuente cuando se trata de demostrar la importancia que la creatividad humana ha tenido en los grandes avances y bienestar que lentamente ha ido logrando la comunidad. Sin embargo, dicha creatividad nunca podrá producir sus frutos ni desarrollarse con plenitud, mientras se permita abiertamente la intervención del Estado en las actividades económicas, por cuanto resulta inherente a dicha intervención la disminución de la capacidad creadora del hombre. Esto se puede explicar en base a razones utilitarias de manera muy simple; el empresario particular desarrolla una actividad económica con el fin de obtener un lucro, lo que sólo logrará si obtiene grandes utilidades por las actividades que desarrolla. Pues bien, el éxito de este empresario, que se mide por su utilidad, depende directamente del grado de prosperidad de la comunidad, en el sentido de que si mayores el poder de compra de los consumidores, mayor será su utilidad.

En consecuencia, la utilidad de las empresas guarda estrecha relación con el bienestar más generalizado posible del pueblo, ya que a nadie le conviene más ese bienestar, que al propio empresario.

Por otro lado, el Estado, al no perseguir fin de lucro alguno con su actividad, no tiene como premisa básica el mejorar su rendimiento en la actividad que desarrolla, su eficiencia, su calidad, y por ende el bienestar de la habitantes, por cuanto estos elementos no harán que disminuya o aumente el lucro que no busca y, en consecuencia, a nadie interesará el aporte que brinde a la comunidad por cuanto no depende de ello su subsistencia como tal.

No obstante lo anterior, hay autores que señalan que la intervención del Estado en la economía no resulta tan perjudicial para la comunidad, por cuanto *"un rol activo del Estado en la economía no es necesariamente sinónimo de empresas estatales, es decir de la inversión directa en la producción de bienes y servicios"*.⁶⁶ El autor citado señala que, a su juicio, aquellos casos más comunes de justificación de empresas estatales serían: las de salud, teléfono y grandes inversiones como electricidad, las de interés nacional como en caso de los armamentos, las relativas a la distribución del ingreso, etc. Si embargo, en el hecho dichas actividades han sido desarrolladas eficientemente por los particulares, especialmente en el caso de las empresas recientemente privatizadas en la última década y así también lo ha demostrado la experiencia internacional.

En resumen, como ya se señaló, los argumentos que favorecen o no la actividad del Estado en la economía van íntimamente ligados con los sistemas políticos imperantes en el momento, cuyos principios, de una manera o otra, se reflejan en los respectivos textos constitucionales. Nuestra Constitución no escapa a ello, consagrándose en ella determinados preceptos que si duda nos llevan a concluir que el rol del Estado en nuestra economía es totalmente subsidiario.

c) Rol subsidiario del Estado

Es un hecho indiscutible el que nos indica la excepcionalidad de la actuación del Estado en materia económica. Tanto en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, que nos muestran cómo nació esta garantía de la libre iniciativa en materia económica, como en los demás documentos atinentes, e incluso en el proyecto de ley que en definitiva terminó en la dictación de la ley, con artículo único, que crea el recurso de amparo económico, se destaca inequívocamente la idea o principio que está detrás de la mencionada libertad económica. Nos referimos al principio de subsidiariedad del Estado, que faculta a éste para actuar únicamente en aquellos casos

⁶⁵ URENDA ZEGERS, CARLOS, "El Estado empresario: visión de un abogado", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, pág. 147.

⁶⁶ UNDURRAGA SAAVEDRA, SERGIO, "Empresas estatales en la economía", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 14, 1987, pág. 194.

en que los particulares, individualmente o asociados, no puedan o no quieran desarrollar una determinada actividad económica.

Correspondé aquí hacer presente lo excepcional que resulta la injerencia del Estado en materia económica, lo que queda claramente establecido, como se indicó, por ejemplo, en el Mensaje que se formulara a propósito de la ley que creó el recurso constitucional en estudio, en cuanto a *"que una presencia empresarial pública gravitante hace difícil, si no imposible, la consolidación de una sociedad libre"*. De la sola lectura de este Mensaje y de algunos artículos del proyecto, resulta fácil determinar la excepcionalidad de éste, cuyo objeto era el de regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos. Por otro lado, informa la segunda Comisión Legislativa respectiva, que la autorización para que el Estado desarrolle actividades empresariales debe adecuarse no sólo a quórum especiales sino que además se requiere una calificación específica, caso por caso. Agrega, que tratándose de una norma excepcional debe ser interpretada restrictivamente, porque cada vez que el constituyente exige una autorización concreta y específica, no cabe legislar por vía general, ya que dada la excepcionalidad y el carácter restrictivo de la actividad empresarial del Estado, caso a caso el legislador deberá analizar si se otorga o no la autorización.⁶⁷

Además, nunca debe olvidarse en este sentido, aquella base de nuestra institucionalidad que se consagra en el inciso 3° del artículo 1° del texto constitucional, por el cual se señala que el Estado debe reconocer y amparar a los grupos intermedios mediante los cuales se estructura y organiza la sociedad, además de garantizarles una adecuada autonomía para que puedan cumplir sus propios fines específicos. Si se comprende esta disposición, es fácil concluir que un intervencionismo del Estado en materia económica contradice dicho principio en lo más profundo, resultando en consecuencia inconstitucional todo precepto que propugne tal posibilidad al Estado.

Continuando con la exposición del pensamiento que se tuvo al consagrar el artículo 19 N° 21, es del caso hacer presente aquellos argumentos que en la Comisión encargada de elaborar nuestro texto constitucional se esgrimieron, en orden a la subsidiariedad del Estado en materia económica:

"El señor Ortúzar (Presidente) precisa que el rol subsidiario del Estado está presente en todo el contexto constitucional; y que tanto la creación de empresas del Estado por ley como la participación del Estado son materias que la Comisión ya tiene resueltas."

⁶⁷ Sobre el particular, véase SOTO KLOSS, EDUARDO, "Amparo económico y rol subsidiario del Estado", en *Revista Temas de Derecho*, Universidad Gabriela Mistral, VII, 1993, punto primero, que se refiere al establecimiento de la Ley N° 18.971, págs. 105 a 110.

"La señora Romo expresa que se desarrolla el principio de la subsidiariedad del Estado tal como está en la Declaración de Principios del Gobierno y se señala que su actividad debe restringirse sólo a aquellos campos en que los particulares no quieren o no pueden actuar o en que una ley especial así lo dispone."

"El señor Ortúzar (Presidente) refiriéndose al punto que sólo en virtud de una ley puede autorizarse al Estado o a sus empresas para adquirir determinadas acciones de otras empresas o ejercer actividades propias de los particulares, consulta si esa ley debe ser especial o general."

"El señor Guerrero (Fiscal del Banco Central) responde que especial."

"El señor Carmona propone establecer que sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice."

"El señor Bertelsen advierte que en este punto debe considerarse la situación de las sociedades mixtas."

"La señora Romo explica que por tal razón se consigna la frase 'en forma directa o indirecta', a través de empresas en las que tenga participación o sea dueño."

"El señor Carmona propone salvar el problema diciendo que 'cualquier participación del Estado como empresa debe ser autorizada por ley'."

"El señor Ortúzar (Presidente) reitera que el Estado requerirá de una ley especial para desarrollar tales actividades, y que, en cambio, los particulares no precisarán de ley alguna."

"El señor Carmona reitera que la excepción debe consignarse de inmediato, a fin de que sólo en virtud de una ley el Estado pueda emprender dichas actividades."

"El señor Bertelsen señala que el señor Guzmán también acepta que, en principio, los particulares son quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y que el Estado sólo puede abordarlas cuando la ley, en forma excepcional, lo autorice, porque la garantía que se pretende establecer no es para concurrir con el Estado, sino para excluirlo de ciertas actividades."

"El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que, sin lugar a dudas, la norma no tiene otro sentido, porque la excepción contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar más todavía el principio de subsidiariedad".⁶⁸

De esta manera, la Comisión Constituyente acordó en su informe lo siguiente:

"En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa para desarrollar cualquier actividad económica, sin

⁶⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, págs. 2916, 2918, 2820.

más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así.

"Sólo por excepción podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares".⁶⁹

En este sentido, cabe por último citar aquí lo que el Consejo de Estado señaló al efecto:

"El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto. En efecto, según el artículo 11 inciso 3, lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada.

"No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial".⁷⁰

Por último, para concluir este punto, cabe señalar que no todos los autores convienen, como resulta lógico, en esta idea de evitar en la mayor medida posible la intervención estatal en la economía. A manera de ejemplo, interesante resulta citar a don Jorge Enrique Precht Pizarro, quien acerca del tema señala: "Según la exigencia de la solidaridad, el principio de subsidiariedad dice que la sociedad, y principalmente el Estado, deben dar ayuda (subsidio) a los miembros y grupos que la necesitan, para poder desarrollar su actividad y alcanzar su perfección".⁷¹

A juicio del profesor de Derecho Político, don Néstor Pedro Sagüés, el principio de la subsidiariedad, si bien nunca permitirá que los individuos y grupos intermedios puedan hacer sólo aquello que no pueda hacer el Estado, admite una triple clasificación, tres aspectos del principio, en cuanto a su esencia misma y que en definitiva puede alterar profundamente su contenido; una tendencia limitativa, que impide al Estado desarrollar roles que puedan realizar los particulares o grupos intermedios; una tendencia positiva, que entiende la subsidiariedad como un hacer, en que el Estado debe

dirigir, vigilar, castigar, fomentar "y hasta suplir (ejecutar el mismo) tareas, con relación a las sociedades intermedias e individuos, conforme con las exigencias sociales de cada medio concreto",⁷² por último, una tercera tendencia, que se le denomina intermedia, que "entiende a la idea de subsidiariedad como un mecanismo de división de competencias entre la actividad estatal y la privada; y en la privada, entre las sociedades mayores y menores, como también entre las sociedades menores y los individuos".⁷³ Destaca el autor que, en todo caso, aún en la corriente positiva el principio de la subsidiariedad actúa como tope o límite al actuar estatal.

Así las cosas, para cierta doctrina, el rol del Estado debe ser de ayuda y no de mera vigilancia. Al respecto y sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado por los sostenedores de la subsidiariedad consagrada constitucionalmente, que el papel del Estado no debe reducirse al de un mero observador, por cuanto igualmente debe velar con estrictez por el correcto funcionamiento del mercado en donde los particulares desarrollan con plena libertad sus actividades económicas en igualdad de condiciones con sus competidores. Esto último resulta indispensable para el correcto funcionamiento de la garantía en estudio, por cuanto un mercado imperfecto o no libre, haría imposible en la práctica que el principio de la libertad económica funcione a cabalidad.

d) Normas que deben regular la actividad económica del Estado

Tal vez de la sola lectura de lo que va de este estudio, en especial los temas que han antecedido inmediatamente a éste, se concluya por el lector la naturaleza que deben presentar las normas que regulan la actividad económica del Estado.

Como primer punto, debe señalarse que las leyes que permitan una determinada actividad empresarial del Estado, así como aquellas que establezcan excepciones motivadas en favor del mismo, por expresa disposición constitucional, deben ser de quórum calificado, esto es, se debe tratar de leyes para cuyo establecimiento, modificación o derogación, requieren de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, a diferencia de una ley ordinaria, en que se necesita la mayoría de los parlamentarios presen-

⁶⁹ Informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, N°s 1-6, 1981, págs. 160 y 161.

⁷⁰ Informe del Consejo de Estado, pág. 39.

⁷¹ PRECHT PIZARRO, JORGE, "El Estado empresario: Análisis de la legislación complementaria constitucional", en *Gaceta Jurídica*, N° 80, 1987, pág. 20, en cita al texto de Eduardo Kinnen, *Ética social*, 1963, pág. 42.

⁷² SAGÜÉS, NÉSTOR, "El principio de subsidiariedad y el principio de antiusubsidariedad", en *Revista de Derecho Público*, N°s 39-40, 1986, págs. 59 a 71.

⁷³ Idem., pág. 61.

tes en la respectiva cámara (artículo 63 de la Constitución Política de la República).

Un segundo aspecto, dice relación con la naturaleza general o especial que debe presentar la norma autorizante de la actividad económica estatal. Esta interrogante, que prácticamente se responde sola por la lectura de los temas anteriores, tiene una sola respuesta; las leyes que autoricen al Estado para desarrollar una determinada actividad económica deben ser específicas.

La fundamentación de lo anteriormente dicho resulta lógica, por cuanto es deber del Estado reconocer y amparar a los grupos intermedios y de reconocerles una adecuada autonomía, aquél sólo podrá actuar en el evento en que una ley de características y requisitos especiales se lo permita, es decir, la posibilidad de que el Estado actúe en la economía es excepcional, a diferencia de la posibilidad de que gozan los particulares, que se encuentra garantizada por el supremo texto normativo e incluso tutelado por un recurso específico al efecto.

Especialmente concluyente resulta, en relación a este tema, la opinión del destacado profesor Eduardo Soto Kloss, quien afirma: *"Siendo una norma excepcional, su interpretación jurídica es restrictiva y deben cumplirse exactamente las condiciones que el precepto indica, así las cosas, no cabe legislar por vía general ya que se ignoran las circunstancias que podrían existir en el futuro, y más aún si ocurre que la Constitución previene la posibilidad de excepciones que sólo podrán intervenir en casos justificados calificados en cada ocasión para la situación específica que se presente. Si cada vez el constituyente exige una autorización concreta y específica, no cabe legislar por vía general ya que dada la excepcionalidad y el carácter restrictivo de la actividad empresarial del Estado, caso a caso el legislador deberá analizar si se otorga —porque encuentra justificación fáctica y racional— o no tal autorización"*.⁷⁴

e) *Requisitos que se deben cumplir para que el Estado pueda desarrollar o participar en actividades económicas*

Los requisitos que se deben cumplir para que el Estado y sus organismos puedan desarrollar una actividad económica o participar de cualquier manera en ellas, son copulativos y son los siguientes:

- a) Que se dicte con antelación una ley de quórum calificado;
- b) que dicha ley sea especial y no se trate de una ley marco o general;
- c) que dicha ley autorice al Estado o sus organismos para desarrollar

una actividad económica o para ampliar, prolongar o modificar la autorización que ya se hubiere otorgado por otra ley especial y de quórum calificado

d) que esas actividades empresariales estatales queden sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, lo que significa que el Estado deja atrás su "potestad" y se transforma en un particular más, pudiendo utilizar al efecto los instrumentos que el ordenamiento jurídico contempla, y

e) que cualquiera de esas actividades pueda ser sustraída de tal legislación común, sólo en virtud de una ley de quórum calificado y fundándose en motivos justificados, pues de lo contrario dicha ley sería inconstitucional.

⁷⁴ SOTO KLOSS, EDUARDO, "Amparo económico y...", *op. cit.*, punto primero, pág. 107.

Procedimiento

Tras esta primera parte, que tuvo por misión señalar y ubicar al lector en todo aquel marco en el cual el recurso de amparo económico tiene incidencia y produce sus efectos, esto es, el del orden público económico, y más precisamente, el del principio de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica y del rol eminentemente subsidiario del Estado en materia económica, toca ahora entrar de lleno al estudio pormenorizado de este recurso o, más propiamente, acción legal, comenzando al efecto por señalar brevemente, y que lo será in extenso más adelante, qué mecanismos de resguardo de este derecho de libre iniciativa nos proporciona en la actualidad nuestra legislación

A. Mecanismos de resguardo del derecho garantizado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución

Como se señaló anteriormente, sólo se pretende aquí enumerar los distintos medios legales y constitucionales de que dispone el sujeto activo que ve afectado su derecho tutelado por el supremo texto legal, pero de ninguna forma un acabado estudio de los mismos, por cuanto se extendería enormemente este trabajo y porque en parte lo será más adelante al referirnos a dichos mecanismos tutelares en relación directa con el recurso de amparo económico, sus semejanzas, diferencias, etc.

Para proteger la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980, tenemos en primer lugar el recurso de inaplicabilidad contemplado en el artículo 80 del texto Constitucional, mediante el cual pueden declararse inaplicables para casos particulares, preceptos legales que contraríen el mencionado artículo 19 N° 21. También existe el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución, a través del cual se puede recurrir a los tribunales para que éstos restablezcan el imperio del derecho, cuando

un particular o la autoridad administrativa comete actos arbitrarios o ilegales que produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio —en este caso— del derecho consagrado en el artículo 19 N° 21.

Además de los anteriores, en el Decreto Ley N° 211 de 1973, coordinado, refundido y sistematizado por el Decreto N° 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del 27 de octubre de 1980, se encuentran además una serie de mecanismos, que van desde una simple consulta hasta sanciones penales, pasando por denuncias y demás acciones legales impetrables por las partes e incluso de oficio, que constituyen en definitiva otro medio más para la protección de la libre competencia, sancionándose actos que van en contra de la libertad económica.

A los señalados mecanismos también podemos agregar la acción de nulidad de derecho público que posibilita la declaración de ineficacia de actos que infrinjan la Carta Fundamental, específicamente sus artículos 6° y 7°.

Finalmente, existe desde que se creó en 1990, el llamado recurso de amparo económico, contemplado en la Ley N° 18.971 orgánica constitucional, que establece un medio eficaz para recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva por las infracciones cometidas en contra del artículo 19 N° 21 de la Constitución, acción procesal que es precisamente materia de estudio del presente libro.

Cómo se señaló, esta garantía constitucional no se encuentra ya solo protegida por los medios procesales primeramente enunciados, sino que su tutela, a decir del profesor señor Iván Aróstica Maldonado, se encuentra redoblada con esta acción de amparo de carácter popular y esto sin perjuicio de que el recurso ante los órganos antimonopólicos del D.L. 211 de 1973, pueda ser igualmente procedente.⁷⁵

Por último, don Francisco Zúñiga Urbina, refiriéndose a la obra *El Estado Empresario y privatización en Chile*, escrita por varios connotados economistas, señala que: “Las posibles vías de defensa de los particulares frente a estas situaciones se encontraban en el recurso de inaplicabilidad y en el recurso de protección. Sin embargo, ambas acciones están concebidas para situaciones que, por su naturaleza, no se ajustan en toda su magnitud a las necesidades de protección de los derechos de los particulares en materia empresarial. Por tanto, se consideró como una solución adecuada frente a la posible indefensión de los particulares, la creación de una nueva acción específica, que, reuniendo características semejantes al recurso de protección, hiciera más efectivo el resguardo de los derechos empresariales”.⁷⁶

⁷⁵ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, “Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y el recurrido”, en *Gaceta Jurídica*, N° 182, 1995, pág. 8.

⁷⁶ ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO, “Constitución y amparo económico”, en *Gaceta Jurídica*, N° 145, 1992, págs. 14 y 17, citando el libro *El Estado empresario y privatización en Chile*, escrito, entre otros, por Jorge Ale, Luis Larraín y Mónica Ortúzar, 1990, pág. 293.

B. El establecimiento del Recurso de Amparo Económico

En toda la exposición acerca del orden público económico, que tomo toda la primera parte de este trabajo, se repite con claridad meridiana la idea de subsidiariedad del Estado, que viene echando sus raíces desde la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974.

En ese orden de cosas, se repasó el origen de la norma constitucional que garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y todos aquellos argumentos que nos llevan a concluir, que la actividad empresarial del Estado es excepcionalísima. En relación a la norma constitucional en comento, don Iván Aróstica nos señala que “*aparece inequívocamente de sus propios términos y de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada que, mientras la titularidad y el protagonismo en el quehacer económico pertenecen a los privados, la realización de actos comerciales o industriales por el Estado y sus organismos asume un claro carácter excepcional*”.⁷⁷

Ahora bien, recordado someramente el marco en el cual tuvo su origen y fundamentó el artículo 19 N° 21 de la Constitución, corresponde ahora indicar los antecedentes, básicamente legislativos, que finalizaron en la creación de este recurso de rango constitucional que tiene por objeto tutelar la garantía constitucional aludida.

Estos antecedentes se han extraído en parte de un artículo escrito por don Paulino Varas Alfonso, publicado en la *Revista de Derecho Público*, N° 49, del cual sólo se expondrá aquí una síntesis de la génesis de la ley orgánica constitucional que crea el recurso de amparo económico.⁷⁸

Comencemos por señalar cómo reza el artículo único de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971, que creó el recurso de amparo económico:

“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de Chile.

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal

⁷⁷ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, “Acción de amparo económico...”, *op. cit.*, pág. 8.

⁷⁸ Sobre el tema, léase VARAS ALFONSO, PAULINO, “Amparo económico”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, págs. 45 a 70, en que se estudia con detalle la génesis completa de la normativa que en definitiva significó la dictación de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971.

deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado".

Corresponde primeramente tener presente, que el recurso constitucional en estudio no nació como tal en forma independiente, sino que lo fue dentro de todo un proyecto de ley que tuvo por objeto regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos en la economía nacional. Este proyecto, que constaba de seis artículos, se refería en el último de ellos a un recurso jurisdiccional, público, que permitía a las personas denunciar cualquier infracción al numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, aún cuando no tuviese el actor interés actual comprometido en los hechos que se denunciaban.

Dicho proyecto, que se originó en la Comisión de Leyes Complementarias de la Constitución, también denominada Comisión Fernández, integrada, entre otros, por don Sergio Fernández, don Jaime Guzmán, don Raúl Bertelsen, don Guillermo Bruna, don Eduardo Soto Kloss y doña Luz Bulnes, se enmarcaba claramente dentro de los lineamientos básicos acerca del Estado empresario y sus efectos, tanto en la economía como en los derechos de las personas a desarrollar cualquier actividad, presupuestos que fueron fundamentales durante el gobierno militar y que continúan plenamente vigentes. Así las cosas, a fin de atribuir la máxima importancia al principio de la libertad económica, se estimó necesario legislar acerca de la participación estatal en materias empresariales, de manera que no pudiera expandirse y ocupar áreas entregadas a los particulares. Con esta idea en mente, envió el Presidente de la República a la Excm. Junta de Gobierno en el año 1989, un mensaje por el cual se remitió un proyecto de ley que, como se dijo, regulaba la actividad y participación del Estado y sus organismos. Además, en dicho mensaje se señalaba que el proyecto en referencia, contemplaba tres clases de normas: *"Las primeras son normas generales aplicables a toda la legislación sobre actividad empresarial del Estado o en el que éste participe. Otra, establece un recurso jurisdiccional para hacer efectiva la garantía constitucional de la libertad económica. Finalmente, se fija definitivamente el ámbito empresarial que será del Estado".*⁷⁹

⁷⁹ VARAS ALFONSO, PAULINO, *op. cit.*, Mensaje Presidencial de fecha 7 de septiembre de 1989, pág. 47.

Sobre el particular cabe detenerse en su 6° y último artículo, tratándose del texto que en una primera oportunidad se formuló para lo que hoy conocemos como recurso de amparo económico, dicho artículo se lababa:

"Cualquier persona podrá denunciar las infracciones que se cometan contra el artículo 19 N° 21, de la Constitución Política o a las disposiciones de esta ley.

El actor no requerirá tener interés actual comprometido en los hechos denunciados. Esta acción, una vez deducida no podrá ser desistida por el actor.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que hubiere producido la infracción sin más formalidades que las establecidas para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá, de oficio, investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Conjuntamente con dicha acción, el actor podrá deducir cualquiera otra que le corresponda conforme a las reglas generales; pero podrá reservárselas para juicio de conocimiento posterior.

La Corte adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho e impedir que se consumen o mantengan las infracciones denunciadas. En lo no previsto, la substanciación y fallo de la acción y de las acciones a que se refiere el inciso anterior cuando sean deducidas conjuntamente, se someterán a las reglas del recurso de protección.

La sentencia podrá ser apelada en el plazo de tres días, para ante la Corte Suprema y, en caso de no serlo, deberá ser consultada a este tribunal.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado".

Respecto del proyecto en general, se emitió un informe técnico de señores Ministros del Interior, Hacienda y Economía de aquella época,⁸⁰ en el que relativo al artículo 6°, señalaba que por tratarse de una norma que otorga atribuciones al Poder Judicial, debe sujetarse a la tramitación prevista para las leyes orgánicas constitucionales, además de oírse previamente a la Corte Suprema. Indica que la explicación de dicho precepto se encuentra en la protección de que deben disponer los particulares frente a la realización por parte del Estado y sus organismos de actividades empresariales que constituyen una infracción a los artículos 1° y 19 N° 21 de la Constitución. Se agrega que

⁸⁰ Informe técnico que se adjuntó al proyecto de ley, de fecha 14 de julio de 1989, cuando se refiere al artículo 6° de dicho proyecto que después pasó a ser, con modificaciones, el artículo único de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971, en VARAS ALFONSO, PAULINO, *op. cit.*, págs. 50 y 51.

bien tanto el recurso de inaplicabilidad como el de protección resultan aplicables, "ambas acciones están concebidas para situaciones que, por su naturaleza, no se ajustan en toda su magnitud a las necesidades de protección de los derechos de los particulares en materia empresarial. Por tanto, se ha considerado como una solución adecuada a la posible indefensión efectiva de los particulares la creación de una nueva acción específica, que, reuniendo características semejantes al recurso de protección, haga más efectivo el resguardo de los derechos empresariales".⁸¹

La Secretaría de Legislación, en un informe dirigido al Presidente de la Primera Comisión Legislativa, enumera cuales son los objetivos básicos del proyecto de ley en comento:

1. Consagrar normas generales aplicables a toda la legislación relativa a la actividad empresarial desarrollada por el Estado o en que éste participe.

2. Establecer un recurso jurisdiccional para hacer eficaz la garantía constitucional de la libertad económica.

3. Precisar o fijar, en definitiva, el ámbito empresarial que conservará el Estado u otra índole de actividad con repercusiones económicas o que tendrán una transformación mientras permanezcan en poder del Estado.

Agrega dicha Secretaría una serie de observaciones al proyecto, como por ejemplo, que su artículo incurre en una confusión al hablar indistintamente de denuncia y acción, por cuanto no se trata de conceptos semejantes. Se debía precisar, a su juicio, si en los cuatro primeros incisos del artículo 6º, se ha establecido una acción pública, o se trata simplemente de una facultad de denunciar, propia de todos los ciudadanos, que no es necesario consignar expresamente.

Por último, se tiene presente que la vulneración de la garantía constitucional tutelada por este artículo 6º se encuentra desde ya amparada por el recurso de protección y, a mayor abundamiento, podría existir otra acción reservada para un juicio de conocimiento posterior según el inciso 4º del artículo en análisis.

Continúan en seguida en la tramitación del proyecto, los análisis efectuados por las cuatro Comisiones Legislativas que se abocaron al estudio de dicha normativa, en especial en lo que se refiere a los cinco primeros artículos, relativos a la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos. Las dos primeras estuvieron por rechazar la idea de legislar en el sentido que lo pretendía el Proyecto, por cuanto, en atención a los artículos 1º, 7º y 19 N° 21, todos de la Constitución Política, "resulta manifiesto que dictar normas de carácter general para regular la actividad empresarial del

Estado, significa agregar otras normas —generales— al orden público económico recién descrito, en circunstancias que los preceptos constitucionales arriba resumidos se bastan a sí mismos y no requieren de disposiciones complementarias que regulen 'a priori' la actividad que, eventualmente, realice el Estado, o que pretendan complementar, las autorizaciones legales".⁸² En este sentido, se agrega que el artículo 19 N° 21 es claro en orden a que no es posible establecer una ley de carácter general aplicable a las empresas que se creen en el futuro pues ellas se regirán por las mismas disposiciones que regulen la actividad particular, a menos que una ley de quórum calificado, por motivo justificado, autorice excepciones. Asimismo, la actividad empresarial del Estado debe ser objeto de una autorización legal con quórum calificado cada vez que éste realice dicha actividad, la que será definida detalladamente en la misma autorización.

Las Comisiones Legislativas Tercera y Cuarta, si bien rechazan en principio la idea de legislar prevista en los términos del proyecto, acuerdan legislar respecto de las empresas ya existentes, en atención a los ajustes que se le hicieron a la propuesta original del Ejecutivo.

Con posterioridad, por tratarse de una norma que se refiere a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, la Honorable Junta de Gobierno solicita a la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento respecto del artículo 6º del proyecto. La Corte, con algunas observaciones que se contienen en el artículo de don Paulino Varas ya citado, acordó emitir informe favorable al artículo en estudio. (Ver nota 78.)

Con fecha 1 de marzo de 1990, la Comisión Conjunta en informe N° 6.583/110/8, propone el desglose de los artículos 5º y 6º del proyecto en dos separados, cada uno formado por un artículo único, los que mantuvieron su redacción y fueron publicados el primero, como ley de quórum calificado N° 18.965, y el segundo como ley orgánica constitucional N° 18.971, ambas el 10 de marzo de 1990.

El artículo único de la primera dice solamente relación con el artículo 1º del proyecto original, es decir, aquella disposición que regula los derechos que a cualquier título reciba el Estado en sociedades, en materias ajenas al objeto para el cual está autorizado o que excedan la autorización legal, los que deberán ser enajenados en el plazo de un año contado desde que se recibieron. El artículo único de la segunda, contempla propiamente el recurso de amparo económico, cuyo texto, por tratarse de una ley orgánica constitucional, ya que otorga facultades a la Corte de Apelaciones y o a la Corte Suprema, fue consultado al Tribunal Constitucional.

⁸¹ VARAS ALFONSO, PAULINO, *op. cit.*, págs. 50 y 51.

⁸² VARAS ALFONSO, PAULINO, *op. cit.*, págs. 54 y 55.

Se propuso y decidió en definitiva el desglose del proyecto para ser aprobados en textos independientes, en razón de que uno de dichos artículos, precisamente el que crea el recurso que se estudia, regula una materia de rango de ley orgánica constitucional.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 8 de marzo de 1990, rol N° 112, resolvió que el proyecto de ley que pasó a ser el artículo único de la ley orgánica constitucional N° 18.971 era constitucional y no presentaba objeciones.

Por último, para finalizar con el tema relativo al establecimiento de este recurso, es del caso señalar que el tribunal pleno de la Corte Suprema, con fecha 21 de septiembre de 1990, rechazó por unanimidad la petición en orden a que se dictara un Auto Acordado para la tramitación del recurso de amparo económico, en razón que la ley orgánica constitucional N° 18.971 se bastaba a sí misma.

C. Naturaleza de la ley que crea el Recurso de Amparo Económico

En este punto nos referiremos a la determinación del tipo o clase de ley que estableció el recurso que se estudia.

Ya se ha señalado que su número es el 18.971 y que su publicación se efectuó el 10 de marzo de 1990, entrando de inmediato en vigencia. Corresponde ahora dilucidar si se trata de una ley simple, interpretativa de la Constitución, de quórum calificado u orgánica constitucional, según lo preceptuado en el artículo 63 de la Constitución Política de la República.

La mencionada disposición constitucional señala que las normas legales que interpretan preceptos constitucionales son aquellas que requieren para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Las orgánicas constitucionales, por su parte, requieren para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio; las de quórum calificado a su vez, se establecen, modifican o derogan, por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. Por último, el citado precepto señala que las demás normas, esto es, las leyes simples, requieren de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65 y siguientes de la misma Constitución.

Como se advierte, el criterio utilizado por el Constituyente para diferenciar una ley de otra, radica solamente en el quórum necesario para su establecimiento, modificación o derogación, sin atender a su contenido u otro parámetro. Sin embargo, el método utilizado en nuestra Carta Fundamental resulta esencial a la hora de determinar la validez de una determinada ley, por cuanto de no

contar ésta con el quórum que la ley le exige para su establecimiento, modificación o derogación, no es tal, es decir, no existe, por lo menos como ley. Dilucidar la real naturaleza de la ley que se estudia, útil resulta atender historia fidedigna de su establecimiento.⁸³

Así tenemos, que por oficio N° 6.583/173 de fecha 6 de marzo de 1990, la Honorable Junta de Gobierno envió al Tribunal Constitucional proyecto que concluyó en la Ley N° 18.971, a fin de que éste, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82 N° 1 de la Carta Fundamental, relación con el artículo 74 de la misma, ejerza el control de constitucionalidad del mencionado precepto.

El artículo 82 N° 1 de nuestra Constitución señala como atribución del Tribunal Constitucional ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la misma. De acuerdo al artículo 74 de la Carta Fundamental, las leyes que determinen la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, deben ser orgánicas constitucionales, es decir, contar para su establecimiento, modificación o derogación, las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Atendido a que el artículo único de la Ley N° 18.971 tiene por objeto la tutela de una garantía constitucional y el otorgamiento de competencia a los Tribunales de Justicia, concluimos que estamos en presencia de una ley orgánica constitucional.

En efecto, el artículo único de la Ley N° 18.971, en especial su inciso 3°, otorga a la Corte de Apelaciones respectiva el conocimiento de la denuncia que se interpone, al señalar: *"La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. De admitida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar cuenta progresiva a los autos hasta el fallo respectivo"*.⁸⁴

Todo lo anterior se confirma con la sola lectura de la parte final del mismo precepto, en donde se tiene a bien aprobar la ley, se la sanciona y se firma, señalando de promulgación, toda vez que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 82 de la Constitución Política de la República.

Aclarado ya el carácter orgánico constitucional de la Ley N° 18.971, ceteris paribus, tenemos presente la circunstancia de que, eventualmente, dicha naturaleza se relaciona con una parte de la Ley N° 18.971 y no con todo su texto.

⁸³ VARAS ALFONSO, PAULINO, *op. cit.*, pág. 52.

⁸⁴ Artículo único, inciso 3°, Ley N° 18.971.

consecuencia, el quórum de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio necesario para su establecimiento, modificación o derogación, podría pensarse que lo es sólo para aquella parte del texto legal que entrega el conocimiento del recurso de amparo económico a la Corte de Apelaciones respectiva, en aplicación del artículo 74 de nuestra Constitución, y no para lo restante dispuesto en el texto legal. Así, para los efectos de la titularidad de la acción, plazo para su interposición, formalidad y procedimiento de la misma, recursos a que dé lugar la sentencia de primera instancia, el quórum necesario para su creación, modificación o derogación sería sólo el de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara. Sin perjuicio del razonamiento anterior, parece más acertado considerar dicho texto como un todo orgánico, en razón de tratarse de una misma materia, en virtud de lo cual se requeriría para su aprobación, modificación o derogación, el quórum exigido para las leyes de quórum calificado. Este criterio, por lo demás, lo ha sustentado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional.

D. Modificaciones al Proyecto de Ley que establece el Recurso de Amparo Económico

Se analizarán aquí, las diferencias que el tenor literal del artículo único experimentó a lo largo de su creación, los motivos y orígenes de sus modificaciones para, en definitiva, evaluar si esos determinados cambios resultaron adecuados y útiles atendida la realidad práctica del recurso.

El texto inicial del precepto que creaba el recurso de amparo económico, el artículo 6 del proyecto de ley que buscaba regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos, fue en parte criticado, como ya se señaló, por la Secretaría de Legislación que intervino en su génesis. En ésta se dijo que el artículo incurría en una confusión entre acción y denuncia. Ambos conceptos son claramente distintos, el primero, crea un vínculo procesal entre el sujeto activo y tribunal, obligado a dictar sentencia. El segundo, en cambio, se trata de una participación de conocimiento de determinados hechos, no creándose vínculo procesal alguno. Esta distinción no tiene sólo una importancia formal, sino que en el fondo significa mucho más que eso. La acción, al crear un vínculo procesal, obliga generalmente al actor a aportar todos aquellos antecedentes necesarios para el curso progresivo de los autos y la mayoría de las veces, el hecho de que la causa concluya con una sentencia definitiva dependerá en gran medida de la actitud activa que el actor haya desarrollado a lo largo del procedimiento. Por su parte, la denuncia, por consistir en una simple información, sólo resulta necesaria para dar inicio a un proceso pero no para su prosecución, que ahora será de carga del órgano

jurisdiccional correspondiente. Consideramos que si bien esta diferencia terminológica no afecta en nada el fondo y razón de ser del amparo económico, por lo cual se hace uso en este texto indistintamente de una u otra acepción, el término correcto, en todo caso, debe ser el de denuncia, por cuanto, al tratarse de una acción de carácter público y que tutela una garantía de rango constitucional, no puede sostenerse que la pasividad del denunciante evite al órgano jurisdiccional correspondiente conocer y poner fin a los hechos que motivan el recurso y que constituyen una infracción a un derecho reconocido en nuestro supremo texto normativo. La creación de este recurso impone al órgano jurisdiccional una clara obligación, que se lee de su propio texto: "En consecuencia del principio inquisitivo que lo informa, consistente en investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el respectivo (segunda parte inciso 3º, artículo único, Ley Nº 18.971). Y es necesariamente a instancias del actor.

La aludida Secretaría también hace ver que la garantía constitucional de este recurso tutela se haya también específicamente protegida por una acción de rango constitucional, el recurso de protección. Y es en este sentido que Francisco Zúñiga Urbina, apoyándose en distintos autores, señala: *"El texto legislativo orgánico es lamentable en su técnica legislativa y en las reiteradas confusiones conceptuales en que incurre. Además, el 'recurso especial' es paralelo al recurso de protección que consagra el artículo 20 de la Constitución Política, pudiendo darse la situación de que dos acciones cautelares conduzcan sentencias contradictorias en cuanto a las pretensiones procesales y sus fundamentos"*.⁸⁵

Sin embargo, tanto en el texto original del artículo en comento, que fue criticado en parte por la mencionada Secretaría, como en el definitivo, no se produce confusión entre ambos conceptos y la doble protección a una misma garantía permanece. Tal vez le hubiese correspondido a la Corte Suprema conocer del texto del recurso, sugerir una observación en este sentido.

Debe tenerse presente, eso sí, que una reforzada tutela de una garantía constitucional no debe merecer reparo ni llevar a sentencias contradictorias. Este punto se expondrá con mayor extensión, cuando se desarrolle adelante un paralelo entre ambos recursos.

Avanzando en la génesis de la ley orgánica constitucional Nº 18, en sesión de fecha 21 de enero de 1990, el tribunal pleno de la Corte Suprema acordó emitir un informe favorable respecto del artículo 6 del proyecto de ley que se le consultaba, con determinadas observaciones que fueron prácticamente en su totalidad aceptadas y, en consecuencia, incorporadas en el texto definitivo del artículo 6º en referencia, que pasó posteriormente a ser el artículo 1º.

⁸⁵ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, *op. cit.*, pág. 14.