

System, con un directorio federal y doce bancos regionales en las ciudades financieramente más relevantes del país.¹²⁶

Chile transitó desde la dependencia directa del Banco Central en normas de rango legal hacia la actual autonomía con jerarquía constitucional. Ejemplos de normas que encarnan el deseo constitucional de esta clase de autonomía, y de gasto fiscal responsable, son el artículo 97 de la CPR, que consagra la autonomía del Banco Central, emisor de la moneda; el inciso final del N° 22 del artículo 19, que ordena incorporar la estimación de los gastos de los beneficios indirectos en la ley anual de presupuestos; el artículo 64 de la Ley Fundamental, en particular en sus incisos segundo y cuarto, que impiden al Congreso aumentar o disminuir la estimación de los ingresos en la Ley de Presupuestos, y aprobar nuevos gastos sin indicar las fuentes de los recursos necesarios para atender dichos gastos.

2. LAS GARANTÍAS DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Son garantías del OPE:

- i. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, al orden público o a la seguridad nacional;
- ii. La igualdad y no discriminación arbitraria que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica;
- iii. La libre accesibilidad a la propiedad de los bienes corporales e incorporeales;
- iv. El derecho de propiedad
- v. La igualdad, justicia y no afectación tributarias;
- vi. La intangibilidad de la esencia de los derechos y garantías constitucionales.

En este Tomo I, cubriremos las dos primeras garantías.

2.1 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

A. LA GARANTIA POSITIVA: DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. MARCO INTERPRETATIVO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

La garantía de la libertad económica, de empresa, de industria y comercio, o cual sea la denominación de la acción de emprender actividades lucrativas, debe ser

¹²⁶ Véase FREDERIK S. MISHKIN, *The Economics of Money Banking and Financial Markets* (New York, Harpers Collins Publishers, 1992), p. 388.

interpretada en armonía con los principios constitucionales del OPE, y primera-mente con aquellos de las autonomías sociales y la subsidiariedad.

Probablemente la tarea del nuevo siglo que se inicia consiste en promover una interpretación judicial armónica de este derecho —y no disonante— con los principios constitucionales fundantes del OPE.

Ciertamente, tal como el resto de los preceptos del artículo 19, el N° 21 no constituye una disposición aislada, sino está en particular ubicada en el centro del entramado público económico, al que concurren el resto de los principios y disposiciones de la Carta. Luego, la libertad económica debe ser interpretada en sus alcances, ámbito, límites, bondad o eventual reprochabilidad constitucionales, en armonía con el resto de los principios y normas constitucionales.

La doctrina llama a este elemento de interpretación sistémico, o sistemático, y ha sido continuamente recogido por los fallos del Tribunal Constitucional a partir de 1987.¹²⁷ Expresó el Tribunal en dicho pronunciamiento: ...“el sentido de una norma de la Constitución no deriva de la simple consideración aislada de un artículo o parte de él, sino del conjunto de prescripciones que se refieren a una misma institución”; y agregó que la Constitución debe interpretarse “como un todo orgánico en que el sentido de su norma se determine de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose [...] toda interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de ella”.¹²⁸

En cuanto a la vinculación que debe efectuar el intérprete de un precepto particular con los principios constitucionales, dijo el Tribunal Constitucional: “para expresar el verdadero sentido y alcance de las normas constitucionales, es necesario considerar los principios básicos en que descansa la Carta Fundamental expresados, explícita o implícitamente, en preceptos que tienen atinencia con el problema que se estudia”.¹²⁹

Soto Kloss ha dicho con acierto que para lograr esta clase de auténtica interpretación es indispensable “indagar en el exacto sentido de las palabras” utilizadas por el constituyente, y “conocer el ordenamiento constitucional en su integridad y cómo engarzan unos preceptos con otros”.¹³⁰ Sólo de esta forma podrán

¹²⁷ Consúltense PATRICIO ZAPATA, ob. cit. en nota N° 115, pp. 87-94. Zapata denomina a este elemento de interpretación, “sistémico”, el cual se complementa y enriquece con el elemento “finalista”.

¹²⁸ Considerandos N°s 5° y 50 de la sentencia del Tribunal Constitucional, “Partidos Políticos”, de 24 de febrero de 1987 (rol N° 43). En el mismo sentido consúltense las siguientes sentencias del mismo Tribunal, nombradas según las materias vistas: considerando 9°, Requerimiento contra el Ministro S. O. Jarpa (rol N° 19), respecto del elemento finalista; considerando 19, Tribunal Calificador de Elecciones, (rol N° 33); Requerimiento contra Clodomiro Almeyda (rol N° 46); Votaciones Populares I (rol N° 53); Votaciones Populares III (rol N° 67); Banco Central (rol N° 78); Fuerzas Armadas (rol N° 98); Carabineros de Chile (rol N° 103); Ley de Tránsito (rol N° 129); Requerimiento contra Corfo (rol N° 134). Pensamos que, por tratarse la Constitución de un conjunto de normas cuya generalidad es significativamente superior a la de la ley, el elemento sistemático o lógico cobra inusual importancia en la determinación del alcance de las normas de la Carta. En la legislación ordinaria crece el elemento de interpretación gramatical, siendo los desarrollados textos legales la primera fuente de interpretación.

¹²⁹ Considerando N° 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1987 (rol N° 46).

¹³⁰ SOTO KLOSS, EDUARDO, *II Derecho Administrativo*, ob. cit. en nota N° 94, p. 95.

todos los preceptos recibir aplicación y guardar la correspondiente armonía. Puede agregarse que, bajo un conocimiento imperfecto, parcial o superficial de la Constitución, la interpretación será igualmente imperfecta y contradictoria, resultando lesionado el elemento sistemático.

Relevancia de la interpretación sistémica de la libertad económica

¿Por qué insistir en la interpretación sistémica constitucional al introducir la garantía del derecho a desarrollar cualquier actividad económica?

Porque con la Carta de 1980 se produjo un ascenso de esta garantía constitucional en la jerarquía del interés público. A contar de ese instrumento, el constituyente resuelve que el ejercicio privado de la libre empresa resulta vital para el desarrollo del país y para la efectiva vigencia de muchos de los demás derechos individuales, y por ello sitúa esta garantía en el centro del OPE.

En consecuencia, las categorías filosóficas propias del principio de subsidiariedad desarrollado en el artículo primero de nuestro Código Político —con el consecuente derecho preferente del individuo sobre el Estado para actuar en la economía— se aplican a una garantía que en el pasado fue recepcionada por el derecho desde una perspectiva meramente individual, casi opuesta al bien común. En esa visión pretérita, el lucro privado resultó un elemento indeseado para el derecho, cuya protección constitucional resultaba inmerecida.¹³¹ Hoy, desde el texto del

artículo 1° inciso tercero de la Carta puede desprenderse que a la comunidad toda interesa tal protección, porque resulta útil para ella y su desarrollo, y no sólo porque es justo reconocerle al empresario libre un derecho natural.

Veremos a continuación que esta realidad no ha sido asumida del todo por nuestra judicatura, fuertemente influida por el pasado en su aproximación recelosa de la actividad económica privada. No obstante, puede simultáneamente afirmarse que la doctrina y la jurisprudencia muestran una tendencia progresiva a la comprensión del nuevo escenario constitucional, si bien no es claro que se trate, hoy, de una interpretación mayoritaria.

Finalmente, revisaremos las áreas donde se están librando las mayores tensiones interpretativas respecto del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, sistematizándolas temáticamente. Puede adelantarse que ellas corresponden a la definición de los ámbitos de intervención legislativa frente a intervención administrativa para la limitación, regulación y prohibición del derecho a la actividad económica; y a la definición del ámbito empresarial privado frente al ámbito lícito de actuación empresarial estatal, que también tiene cabida según los mismos principios constitucionales invocados.

Para una mejor comprensión de la actual perspectiva libertaria de la garantía del primer inciso del N° 21 del artículo 19°, nacida bajo la óptica del derecho preferente del individuo a intervenir en la actividad económica, resulta funcional la siguiente sistematización de derechos:

- a) Derecho a emprender actividades económicas.
- b) Derecho a que las actividades económicas emprendidas por las personas sólo se limiten en nombre de la moral, el orden público y la seguridad nacional.
- c) Derecho a que actividad económica sólo se regule por ley, y no por normas de rango inferior: principio de la reserva legal.

2. MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO EN LA LEY. CONCORDANCIAS

La legislación económica nacional exhibe —paradójicamente— un cierto retraso en materializar operativamente los principios constitucionales de la libre empresa. Los cuerpos legales más trascendentes provienen de la primera mitad de la década de 1980, estando vigente la nueva Carta, y por ello habría de esperarse plena armonía con la misma.

¹³¹ "La indemnización que se debe al expropiado debe corresponder al perjuicio efectivamente sufrido por éste a consecuencia de la expropiación y no puede ser un negocio para el propietario ya que este acto de autoridad se ejecuta persiguiendo fines que interesan a toda la colectividad (...) es preciso bajar de la suma que representa el valor del terreno expropiado aquella que corresponde a la plusvalía a aumento del valor que ha adquirido el terreno que conserva el expropiado como consecuencia de las obras que han motivado la expropiación." XLVIII Revista, II, 1°, p. 418 (C. Santiago).

¹³¹ El lucro privado fue protegido mediante la garantía de la propiedad, entendiéndose que aquél se encontraba comprendido en ésta. Sin embargo, el lucro o utilidad debía ceder a los gravámenes e impuestos establecidos por la autoridad para fines "sociales". En efecto, por la vía de la función social de la propiedad o del dominio, la autoridad legislativa o administrativa disminuyó arbitrariamente las utilidades lícitamente obtenidas de las actividades económicas, incluso, en algunos casos, hasta borrarlas del todo. La jurisprudencia tendió a ratificar dichas acciones, sometiendo dichas utilidades a la función social de la propiedad, recepcionada desde una concepción dirigista del Estado. La libertad en la actividad económica privada se protegía desde el punto de vista del trabajo, es decir, como actividad; mas sus frutos, es decir, las utilidades o lucro obtenido con ella no fueron amparados como elementos esenciales de ella y, por tanto, como valor de rango constitucional, a diferencia del salario, que sí gozó en el pasado de protección: "ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida" (art. 10 N° 14 de la Constitución de 1925). La libertad para realizar actividades económicas fue considerado un hecho social, no un valor a proteger.

Al respecto véanse diversos fallos extractados por ENRIQUE LÓPEZ BOURASSEAU, *Jurisprudencia Constitucional 1950-1979* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984), los cuales transcribimos:

"El legislador está constitucionalmente facultado para imponer contribuciones, y, aunque éstos importen una privación del dominio del bien del contribuyente, ello no se opone a la garantía constitucional que ampara la propiedad" LXVIII Revista, II, 1°, p. 379 (C. Suprema).

"No debe estimarse como una exacción contraria a la Constitución Política la circunstancia de que una ley establezca un impuesto mínimo y que este impuesto mínimo, al existir una renta muy escasa, pueda eliminar toda utilidad del contribuyente." LIX Revista, II, 1° p. 96 (C. Suprema).

"Al aumentar la Ley N° 9.581, con efecto retroactivo, el monto de la gratificación de los empleados particulares de las empresas a que ella se refiere, no priva a los empleadores de ningún derecho adquirido antes de su vigencia, porque el pago de las gratificaciones efectuado de acuerdo con los preceptos anteriores, entonces en vigencia, no implica la realización de ningún acto o hecho adquisitivo por parte del empleador, sino sólo el cumplimiento del gravamen que en esa época le correspondía." XLVIII Revista, II, 1°, p. 6 (C. Suprema).

Empero, la fuerte tradición reglamentaria, administrativista y tuteladora del período previo a la Constitución de 1980 sigue vigente en algunos cuerpos legales. Con todo, es posible anotar concordancias generales que recogen a nivel legislativo el principio de libertad económica, especialmente en cuanto a la libre formación de entidades productivas o comerciales. Veamos algunos ejemplos:

2.1 Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas¹³²

Los economistas coinciden en que desde la invención anglosajona del "corporation" o sociedad anónima, el mundo económico se ha desarrollado a velocidades que habría sido imposible imaginar previamente. Su secreto estriba en tres principios geniales: administración independiente, vida perpetua y responsabilidad limitada al monto de los aportes. En el pasado, el freno a estas entidades fue sorprendente: las sociedades anónimas se constituían en Chile mediante un decreto supremo autorizatorio; sus capitales se aumentaban con aprobación de la autoridad, etcétera.

Hoy, el artículo 3° de dicha ley reconoce a los particulares la libertad para formar una sociedad anónima, sin mediar autorización de autoridad: "La sociedad anónima se forma, existe y prueba por escritura pública inscrita y publicada en los términos del artículo 5°". En cuanto a las actividades a realizar, también el principio es la libertad de los particulares (art. 9°): "La sociedad podrá tener por objeto u objetos cualquiera actividad lucrativa que no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado". Repite así la fórmula constitucional del art. 19 N° 21, inciso primero, reemplazando "seguridad nacional" por "seguridad del Estado".

Las restricciones y aprobaciones de autoridad en la ley de sociedades son la excepción, como ocurre con las compañías de seguros: artículo 126: "Las compañías aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores y otras sociedades que la ley expresamente someta a los trámites que a continuación se indican, se forman, existen y prueban por escritura pública, obtención de una resolución de la Superintendencia que autorice su existencia e inscripción y publicación del certificado especial que otorgue dicha Superintendencia [...] La Superintendencia deberá comprobar que estas sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas al efecto, para autorizar su existencia. Las resoluciones que revoquen autorizaciones concedidas serán fundadas..."

¹³² Texto original publicado en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre de 1981.

2.2 Código de Comercio (Libro II, Título VII "De la Sociedad")

En este cuerpo legal prima en general el principio de autonomía de la voluntad y el de libertad contractual, ambos comprendidos en la libertad económica. No obstante, establece ciertas prohibiciones de rango legal, cuya constitucionalidad queda en duda. Así, el art. 404 "prohíbe a los socios en particular: [...] N° 4 Explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios operaciones particulares de cualquiera especie cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio. Los socios que contravengan a estas prohibiciones serán obligados a llevar al acervo común las ganancias y a soportar individualmente las pérdidas que les resultaren."

2.3 Ley Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras¹³³

La propiedad minera es la más vistosa de las excepciones a la libre apropiabilidad de los bienes, es decir, a la propiedad privada de los bienes. Así, esta clase de propiedad se constituye por medio de una concesión, que exige de resolución judicial.

El artículo 5° previene de la intervención del órgano administrativo, procurando la actuación judicial en estas materias (no obstante, no pierden su naturaleza administrativa): "Las concesiones mineras se constituirán por resolución de los tribunales ordinarios de justicia, en procedimiento seguido ante ellos y sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona".

La libertad económica y libre apropiabilidad se refuerza por la misma ley. "Toda persona puede adquirir, a cualquier título, dichas concesiones mineras, o cuotas de ellas, sobre las sustancias que esta ley determina. Sólo se exceptuarán aquellas personas que señale el Código de Minería en disposiciones que deberán aprobarse con quórum calificado de acuerdo a las normas constitucionales vigentes..."

2.4 Ley N° 18.575. Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Ya en el Derecho Público, esta ley contiene principios y normas que recogen con precisión los principios económicos-constitucionales, particularmente en lo referido a la autonomía y libertad de los cuerpos intermedios.

El artículo 3° señala que "La Administración del Estado estará al servicio de la comunidad, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente".

¹³³ Publicada en el Diario Oficial con fecha 21 de enero de 1982.

Agrega que "La administración deberá desarrollar su acción garantizando la adecuada autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos y respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes."

No hay duda entonces que se trata de un cuerpo legal armónico con la Carta Fundamental.

En cuanto al Estado Empresario, la ley de Bases Generales reproduce el texto del inciso segundo del artículo 19 N° 21 de nuestro Código Político: "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales."¹³⁴

3. LÍMITES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL ECONÓMICA

En muchos cuerpos legales encontramos limitaciones a la libertad económica, tanto establecidas directamente por el legislador como por remisión a la autoridad administrativa. A esta, a su vez, se le faculta para actuar dictando normas de carácter general o mediante resoluciones particulares y, además, discrecionales.

3.1 Código de Aguas¹³⁵

Un ejemplo es el artículo 20 de este cuerpo, que señala que: "El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción."

3.2 Código del Trabajo¹³⁶

Un precepto clásico de esta rama del derecho, que ha sido considerada desde siempre como ejemplo de normas de orden público de protección, equiparantes de una relación que es desigual por definición, es el artículo 5°, que manda que "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente."

¹³⁴ Artículo 6°, inciso primero, de la Ley N° 18.575.

¹³⁵ El Código de Aguas corresponde al Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, publicado en el Diario Oficial de 29 de octubre de 1981.

¹³⁶ Código del Trabajo, Decreto con Fuerza de Ley N° 1, publicado en el Diario Oficial de 24 de enero de 1994.

Finalmente hacemos notar que ni el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (D.O. de 29 de abril de 1989), ni el PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (D.O. de 27 de marzo de 1989) ni el PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (D.O. de 5 de enero de 1991) reconocen el derecho a la libre actividad económica ni tratan las restricciones al Estado empresario.

4. CONCEPTOS BÁSICOS EN TORNO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

4.1. Actividad económica amparada: definición del derecho y límites

En este apartado indagaremos sobre el contenido y ámbito puro del derecho constitucional a desarrollar una actividad económica. Una forma defectuosa de abordar esta tarea sería comenzando por sus *límites*, para, una vez identificados, señalar que lo que queda comprendido en su interior constituye el derecho, con pleno beneplácito constitucional.

Esta técnica negativa de definir el contenido del derecho de libertad económica no es nueva; Viciano ya plantea la existencia de *límites intrínsecos* y *límites extrínsecos* al derecho para dar con su esencia (*Libre competencia e intervención pública en la economía*, página 169). Para Viciano, el contenido esencial de la libertad de empresa corresponde a la *libertad de competencia*. Luego, serían *límites intrínsecos* a la libertad económica —o de empresa, en España— *aquellos immanentes al ejercicio de la misma*, dentro de los cuales se encuentra el ejercicio de la misma libertad por otros agentes. Sobre este razonamiento, entonces el autor construye la legitimidad de la intervención pública en la economía y su legislación antimonopolios.

Creemos que Viciano se encuentra en lo cierto; de hecho, la legislación antimonopolítica chilena no tiene una fuente expresa en la CPR, pero su legitimidad arranca del mismo tácito concepto de límite immanente que constituye la posibilidad del *ejercicio de la misma libertad de empresa por todos los ciudadanos*, lo que en un mercado monopolístico no resulta factible.

Junto a los *intrínsecos*, se ubican los *extrínsecos*. Para nosotros son aquellos definidos previa y externamente por la norma, comenzando por la Carta Fundamental. Para España, Viciano enumera en esta categoría una serie de pretensiones sociales indeterminadas: *el orden económico justo, el progreso de la economía, una digna calidad de vida, el Estado social*, y otros aún más equívocos.

En Chile, la CPR ha señalado dos clases de limitaciones expresas, o límites extrínsecos:

- a) aquellas fundadas en la *moral, el orden público y la seguridad nacional* (primera parte de la primera frase del inciso primero del N° 21 del artículo 19 CPR). Llamaremos a estas limitaciones, prohibiciones, por cuanto el derecho a la libertad se encuentra vedado en estos casos bajo todo respecto; y

b) aquellas emanadas de las *regulaciones legales* de la actividad económica, que tienen su fuente limitativa en la última parte de la primera frase del inciso primero del N° 21 del artículo citado. Esta clase de limitaciones será estudiada en las secciones reservadas a la "regulación de la actividad económica".

Volveremos más adelante sobre los límites de la garantía. Por ahora intentaremos determinar el contenido y ámbito del derecho mismo.

4.2 Contenido y ámbito de la libertad de empresa: vasto e indefinido

El primer concepto aquí es el relativo al ámbito lícito que le es reconocido al derecho a desarrollar actividades económicas. Este punto es el relativo al contenido específico de los actos y contratos o meros hechos que pueden entenderse amparados por la garantía constitucional y aquellos que escapan al mismo, transformándose en abusivos económicamente y excluidos de la protección constitucional.

En términos generales, la jurisprudencia ha definido un ámbito amplio de actuación económica de los particulares, a quienes ha reconocido una autonomía vasta para determinarse en la forma, contenidos y medios de su actividad con independencia de otros agentes. Esta tendencia es particularmente clara en una primera zona específica: aquella en que confluyen la actividad económica con la *libertad de expresión e información* (particularmente televisión), lo que resulta lógico por existir una autonomía individual reforzada por otra garantía constitucional, el N° 12 del artículo 19.¹³⁷

Algunos fallos, los menos, han delineado lo que más arriba denominamos *límites intrínsecos* de la actividad económica amparada, que corresponderían a aquellos diversos de los referidos directamente a la moral, las buenas costumbres y seguridad nacional. Estos límites pueden o no estar previstos en una norma legal, pero se caracterizan por constituir un límite a los actos que sin comprometer en lo inmediato los referidos límites constitucionales del inciso primero del N° 21, atentan paradójicamente contra el mismo derecho a desarrollar una actividad económica en forma libre.¹³⁸ Estos límites arrancan, en definitiva, del derecho mismo a desarrollar actividades económicas que ejercen terceros, cuyo respeto se levanta como una limitación tácita y obvia de su garantía homónima. Los límites intrínsecos, junto a los explícitos de la Constitución, y a las características propias de la garantía en estudio, se revisan a continuación.

¹³⁷ Para la prensa escrita existe autorización constitucional directa para que los agentes ingresen a desarrollar esta actividad económica, bajo las condiciones que la ley determine. Inciso cuarto del N° 12 del artículo 19: "Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley".

¹³⁸ La legislación antimonopolios es el ejemplo clásico de límite intrínseco previsto normativamente. Véase D.L. N° 211, de 1973, refundido, coordinado y sistematizado por el D.L. 511, de D.O. de 27 de octubre de 1980.

Con ocasión del fallo en el caso que llamaremos "Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.", la Corte Suprema ingresó a definir el contenido de la libertad económica amparada por la garantía, subrayando su *vastedad e indefinición*.

*"La antes referida garantía constitucional, a la que se le ha llamado de la libre iniciativa o 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."*¹³⁹

Otro ejemplo de esta permanente aproximación de nuestras Cortes ordinarias es la sentencia del caso "Clínica Dávila".¹⁴⁰ Anotó la Corte santiaguina:

"... debe observarse que la libre competencia en el campo profesional es un principio que se debe cautelar a fin de dar legítima oportunidad a todos los prestadores de acciones de salud de acceder a cualquier mercado en igualdad de condiciones a fin de garantizar la transparencia y calidad de los servicios médicos; por lo que entorpece esta libre competencia la creación de grupos que dispongan del control absoluto o relativo de un mercado determinado y que excluyan a otros grupos o individuos de acceder en igualdad de condiciones a dicho mercado."

Sobre la base de estas sentencias, cuya doctrina sustantiva ha venido confirmando en el tiempo por la Corte Suprema, puede con propiedad afirmarse que el contenido de la actividad económica amparada no es reglado, predeterminado o predefinido por agente alguno: el particular y su creatividad podrá dar lugar a actividades económicas no conocidas hasta ese momento, y que no por ello dejan de estar amparadas por el N° 21 del artículo 19.

En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema al fallar el Amparo Económico "Pullinque S.A. con Endesa", extendiendo la indefinición y vastedad positiva del ámbito del derecho al ámbito de las formas organizativas del particular para ejercer su actividad económica.

"El N° 21 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica a que no sea contraria a la moral,

¹³⁹ Considerando 3° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 25 de mayo de 1996 en causa caratulada "Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos, A.G. contra Ministerio de Agricultura", rol 4017-95; confirmada por la Corte Suprema en fallo de 19 de junio de 1996, en Gaceta Jurídica N° 192, p. 25.

¹⁴⁰ Considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en XCIV Revista, II, 5°, p. 34.

orden público, o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, lo que significa que todas las personas tienen el derecho de que se trata, libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquiera otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad y con las limitaciones ya indicadas; y la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda otra autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional."¹⁴¹

4.3 Libertad económica y libertad de expresión. Libertad y censura

El ámbito de la libertad de expresión es el que con mayor claridad permite indagar por el contenido amparado de la libertad económica. Aquí el fallo que más brillantemente configura tal contenido, es el emanado del Tribunal Constitucional recaído en el proyecto de ley sobre "Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo".¹⁴² Su solidez es destacable por el uso que hace el Tribunal del contexto axiológico de la Carta, vinculando principios:

"No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios o entes asociativos es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1º la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles -como células vivas de la sociedad- la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Reconocimiento, amparo y garantía de su autonomía son los términos en que la Constitución se expresa a su respecto.

Dicha autonomía para cumplir con sus propios fines específicos implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos asociativos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente para sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución; es decir, las que derivan de la moral, el orden público y la seguridad del Estado (artículos 19, Nº 15, y 23), no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social." (cons. 28 y 29).

¹⁴¹ Considerando 4º de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de marzo de 1992, en RAE caratulado "Empresa Hidroeléctrica Pullinque contra Empresa Nacional de Electricidad S.A.", reproducido en URETA SILVA, El Recurso de Amparo Económico (Santiago, Editorial ConoSur, 1999), pp. 113-114. Esta es una cita muy reiterada en la jurisprudencia, que en rigor es una reproducción textual de un párrafo de la obra de ENRIQUE EVANS, Los Derechos Constitucionales (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), p. 141, Tomo III.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 1995 (rol Nº 226).

"...en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.

El derecho reconocido por el artículo 19, Nº 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1º, y que reitera su artículo 5º al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".¹⁴³

Luego, en la misma línea pueden citarse dos sentencias de la Corte Suprema, "Castillo Díaz" y "Saavedra Canales", que resolviendo sendos recursos de protección, refrendaron la tesis de dos canales de televisión en el primero y de una emisora de televisión por cable en el segundo, en cuanto a su derecho autónomo para elegir la forma de administrar y dirigir su actividad comercial que, a su vez, es el vehículo para ejercer el derecho de emitir opinión.

En este último, dijo la Corte Suprema:

"La recurrida puede dirigir y seleccionar los programas que transmite como también controlar su contenido para evitar excesos y desbordes, en función de la proyección ética de los programas y conveniencia comercial de la empresa, según lo contratado. Ello corresponde a su derecho a elegir la forma de administrar y dirigir su actividad comercial."¹⁴⁴

Agregó la Corte, por último, que la determinación del contenido de la actividad económica que se realiza por el particular "no implica censura", porque "ello corresponde a su derecho a elegir la forma de administrar y dirigir su actividad comercial". Esta sana doctrina de defensa del contenido de la actividad económica en materias de libertad de expresión, que descarta la censura, es, por lo demás, plenamente armónica con el fallo del Tribunal Constitucional ya citado en materia de libertad de expresión y coherente con el artículo 1 inciso 3º y 19 Nº 12 de la Carta.

¹⁴³ Considerandos 41 y 42 de la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre el proyecto sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo (rol Nº 226).

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de noviembre de 1998, proceso caratulado "Saavedra Canales, Jorge y otros con Metrópolis Intercom S.A.". Sentencia comentada en Informe Constitucional Nº 1909 (6 de enero de 1999).

4.4 Límites intrínsecos. Fraude y libre competencia

Diversos fallos y dictámenes se han referido a las actividades económicas que no aparecen dignas de amparo por el artículo 19 N° 21, inciso primero. Se han invocado para estas exclusiones diversas consideraciones que conforman los que llamamos límites intrínsecos de la actividad económica. Estos se diferencian de otros límites porque en lo inmediato no constituyen atentados contra la moral, las buenas costumbres o la seguridad nacional, pero de todas formas aparecen limitando la vastedad del derecho a que nos referimos precedentemente. Por oposición a ellos, llamaremos límites extrínsecos del derecho a desarrollar la actividad económica a aquellos ya definidos externa y previamente por la norma, como lo hace la Carta con la moral, orden público y seguridad nacional, o el DL N° 211 con las acciones atentatorias a la libre competencia.

Fraudes y arbitrios

En el plano de los límites intrínsecos, el primero que debe subrayarse consiste en uno un tanto peligroso por su indefinición, aunque se encuentra completamente consolidado jurisprudencialmente, al aparecer invocado en numerosos fallos y provenir originalmente de las Actas de la CENC. Se trata de un límite que consistiría en una especie de *maquinación o fraude económico* que perjudica otras actividades económicas, pero que no se encuentra ni penado ni proscrito por la legislación, ni se precisa más detalladamente por la jurisprudencia.

La misma sentencia del caso "Pullinque", a renglón seguido de su apología de la amplitud de la organización económica, se refiere a este límite:

*"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 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 está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país."*¹⁴⁵⁻¹⁴⁶

Nos detendremos algunas líneas en este considerando, porque estas frases han sido invocadas en otros tantos fallos y probablemente lo serán también en el futuro. La peligrosidad de este criterio limitativo emana precisamente de su indefini-

¹⁴⁵ Considerando 4° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, véase nota N° 144.

¹⁴⁶ La primera frase de este considerando está tomada literalmente de EVANS, ENRIQUE, *II Los Derechos Constitucionales*, ob. cit. en nota N° 141, p. 318.

ción y falta de proscripción previa, junto a la especie de responsabilidad objetiva que se le adjudica al sujeto activo del supuesto atentado económico.

Por una parte, si el legislador ha previsto que ciertas conductas económicas son reprochables, por ejemplo aquellas que atentan contra la libre competencia, entonces las define y las prevé en la norma. Pero si el agente económico desarrolla una actividad que no ha sido prevista como reprochable en norma alguna, ni tampoco atenta en sí contra la moral, el orden público y la seguridad nacional, y adicionalmente respeta las normas legales regulatorias, ¿podría imputársele culpabilidad en la salida del mercado de otro agente económico y por esa vía excluirlo del ejercicio de su actividad económica?

En este sentido, la frase "*que tenga por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios...*" es definitivamente inadmisibles, porque responsabiliza objetivamente al agente supuestamente agresor de un potencial daño en otro agente económico, descuidando la necesaria causalidad que en todo caso debe exigirse al agresor para proscribir su actividad económica.

Pero el problema de fondo de este límite jurisprudencial radica en un aparente desconocimiento de la ciencia económica. Los "*arbitrios, pactos, acuerdos y acciones*" de un agente económico, en la medida que no atentan contra la libre y justa competencia, pueden perfectamente tener como consecuencia la salida de otros agentes de su actividad, precisamente por menor eficiencia económica. Las reorganizaciones empresariales, las fusiones, las divisiones, las asociaciones, etc., son normalmente pactos que tienden a buscar una mejor eficiencia empresarial, y pueden resultar consecuentemente en la salida de otros agentes menos eficientes. Todos estos pactos –voz que significa *acuerdo* o *contrato*– nacen a la vida del derecho en ejercicio de la misma garantía constitucional y si respetan "las normas legales que la regulan", no podrán en sí ser excluidos de la protección constitucional.

Conductas antimonopólicas

En cuanto a los límites intrínsecos de rango legal, el más relevante es el ya anotado de la *defensa de la libre competencia*, que opera en conformidad al DL 211, de 1973 y legislación complementaria, y que persigue evitar la paradoja a que daría lugar que el derecho a la libertad económica sea extinguido por el ejercicio torcido del mismo derecho. Es útil citar aquí un dictamen de 1991 emanado de la Comisión Preventiva Central ante una presentación de la Fiscalía Nacional Económica por denuncia de la Confederación de Productores Agrícolas, en contra de la Asociación de Exportadores de Chile. Este dictamen asume la función propia de emitir la clase de normas que Farjat llamó de "*orden público económico de protección*", y que tienen por objeto equiparar económicamente a dos contratantes cuando uno de ellos es ante la ley supuestamente débil.¹⁴⁷

¹⁴⁷ FARJAT, ob. cit. en nota N° 45, p. 48.

- Operando como organismo consultivo, la Comisión Preventiva objetó las cláusulas de un contrato celebrado entre dos particulares que ejercían libremente su autonomía económica, proscribiendo la actuación unilateral de una de las partes, aun cuando tal actuación se faculte expresamente por escrito.¹⁴⁸

*"Las cláusulas de los contratos que celebran los exportadores con los productores de fruta y, especialmente, las liquidaciones finales de los mismos deben contar con la transparencia necesaria para asegurar una sana competencia en esta actividad. [...] Las normas de calidad deben estipularse en el contrato o en un anexo y, en ningún caso, podrían quedar al mero arbitrio de una de las partes. Es abusiva la facultad del comprador de excluir del contrato, unilateralmente, todo o parte de la variedad contratada, sin expresión de causa."*¹⁴⁹

Este criterio proscribía la actividad económica cuando, contractualmente, se atenta contra la conmutatividad y se potencia la unilateralidad de un contratante. Nuestra opinión es crítica respecto de esta aproximación cuando es aplicada en general a los contratos de valor económico y en cualquier circunstancia, aun cuando ha encontrado bastante respaldo por la vía jurisdiccional. Por el contrario, en el ámbito más acotado referido a la defensa de la libre competencia y proscripción de los monopolios nos parece justificada y acorde con la defensa del derecho mismo a la libertad empresarial, por cuanto se trata de evitar que un derecho desaparezca por la vía del ejercicio del mismo.¹⁵⁰ La fuente remota de este límite emana del mismo concepto de orden público previsto por el Constituyente.

- En 1995 la Corte de Santiago, conociendo una acción de amparo económico, ordenó a la Dirección General de Aguas pronunciarse sobre ciertas solicitudes pendientes. Esta, en su informe, invocó entre los fundamentos de su omisión la reprochabilidad de los monopolios en el mercado de las aguas, atribuyendo a este fenómeno económico el efecto de impedir el ejercicio de la libertad económica a todos los agentes económicos:

¹⁴⁸ El profesor WALDO ORTÚZAR LATAPIAT precisa que estos dictámenes de la Comisión Preventiva Central son útiles porque "tienen el carácter de recomendaciones o pautas de doctrina y sirven para ilustrar las decisiones que tomen las partes. Si éstas se atienen a lo dictaminado, nada les podrá ser reprochado, ni aún si posteriormente cambia la doctrina, en tanto no se les notifique o se publique dicho cambio", en Informe Constitucional N° 121 (18 de julio de 1991).

¹⁴⁹ Dictamen N° 770/490 de la Comisión Preventiva Central de 20 de junio de 1991.

¹⁵⁰ En la parte reservada a la Revisión Judicial Económica se revisará la doctrina judicial de anulación de contratos que facultan la actuación unilateral, su procedencia o improcedencia constitucional, y la teoría de la autotutela contractual.

"Su rol (de la autoridad pública) es velar por el cumplimiento de OPE, garantizando el cumplimiento de los derechos constitucionales a todos los agentes económicos, a fin de evitar la constitución de monopolios".¹⁵¹

Se consolida, así como en este, en diversos fallos el límite extrínseco del atentado a la libre competencia como una barrera de la actividad económica amparada por la Constitución.

5. ACTIVIDAD ECONÓMICA AMPARADA POR LA CARTA. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

El siguiente concepto introductorio a reseñar es el relativo a la legalidad o ilegalidad de la actividad económica cuyo amparo constitucional se pretende por la vía del artículo 19 N° 21. Jurisprudencialmente se ha asentado la premisa consistente en que la Constitución sólo protege las actividades económicas ejercidas según la ley. Esta clase de limitantes corresponden a los límites extrínsecos de la libertad económica, impuestos previamente por agentes reales, sean constituyentes, legislativos, administrativos, comunales u otros.

Las fuentes constitucionales para exigir que una actividad económica se enmarque en la ley son dos: el artículo 19 N° 21, inciso primero, con su frase "respetando las normas legales que la regulen", y el artículo 20, inciso primero, al referirse a los derechos amparados por el recurso de protección.

Legitimidad y legalidad

En relación a este último, el criterio de la legalidad no es otro que el literalmente exigido en el inciso primero del artículo 20 de la Carta Fundamental, cuando en materia de recurso de protección, requiere "privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías...".

En efecto, la jurisprudencia ha estimado que, para solicitar protección respecto de una actividad económica es imperioso que tal actividad se esté ejerciendo "legítimamente", concepto entendido como sinónimo de "legalmente", o "cumpliendo los requisitos legales".

La Filosofía Política no comparte la asimilación de ambos términos, porque distingue claramente entre lo "legítimo" y lo "legal". Para diversos autores lo primero puede o no ajustarse a los preceptos legales, pero necesariamente respetará la "idea de derecho" presente en la sociedad.

¹⁵¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de octubre de 1995. Véase en URETA, ob. cit. en nota N° 141, p. 181.

Alvaro D'Ors enmarca este problema de la siguiente forma: "La observancia de la ley pública, impuesta por la potestad del Estado, se llama *legalidad*; esta es tan mudable como la ley estatal misma. La observancia de la ley inmutable de la Tradición, que no depende de la voluntad particular o estatal, sino de la voluntad perdurable de los antepasados, se llama *legitimidad*".¹⁵² Se trata ésta de una aproximación marcada pero justificadamente conservadora: el concepto mismo de legitimidad tiene que ver con la tradición inmutable.

Para la jurisprudencia, sin embargo, *legalidad* y *legitimidad* serían conceptos idénticos ante la Carta Fundamental. Y debe agregarse que con independencia de los presupuestos procesales del Recurso de Protección emanados del citado artículo 20, se ha creado una doctrina del ejercicio de la actividad económica legal, que resulta ser sin excepciones la única clase de actividad amparada por el numeral 21 del artículo 19.

Como se indicó, dos son las fuentes constitucionales de esta doctrina: el referido inciso primero del artículo 20 de la Carta, en lo procesal, y el inciso primero del N° 21 del artículo 19 de la misma, en lo sustantivo. Esta última, en la frase "respetando las normas legales que la regulen", frase suficientemente explícita para entender excluidas de amparo las actividades económicas irrespetuosas de la ley regulatoria.

Jurisprudencia

Entre la variada jurisprudencia que sustenta esta doctrina destaca la referida al *comercio ambulante*. Diversos conflictos han sido elevados a las cortes por quienes desarrollan actividades económicas informales y ambulatorias. El fallo "Galleani Rodríguez con Municipalidad de Recoleta" (1994), develó dos problemas: ¿es legítima la actividad económica de los comerciantes ambulantes, continuamente proscritos en su actividad?; y ¿pueden las municipalidades "regular" el comercio en la comuna?¹⁵³

El segundo de los problemas es profundo y complejo; será analizado en detalle más adelante. El primero toca nuestro actual análisis y ha sido respondido por la doctrina, acertadamente a nuestro juicio: no es legítima tal actividad.

Se pregunta el profesor Guillermo Bruna:

"¿Cualquier actividad económica está protegida por la Constitución? [...] El legislador ha dictado normas sobre el ejercicio del comercio, sobre uso del suelo, sobre construcciones, sobre tributación, etc., que el comercio ambulante no cumple. De

¹⁵² ALVARO D'ORS, Una introducción al estudio del Derecho (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1989), p. 42.

¹⁵³ Véase la sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 1994 (rol 22.824-1994).

ahí que el ejercicio de su actividad no sea legítimo, pues no se ciñe a las regulaciones legales".¹⁵⁴

Es preciso anotar que la legalidad de la actividad económica emerge, en algunos fallos, como una razón procesal para rechazar cierta clase de acciones cautelares de amparo económico o protección. En los casos en que tal legalidad no está clara, o se discute entre las partes, el tribunal ha invocado la doctrina que la actividad económica no se encuentra amparada mientras no conste su legalidad.

Es el caso de CB Inversiones Inmobiliarias S.A. con Municipalidad de Las Condes, en que se dictaminó:

"No puede olvidarse que la garantía de que se trata (amparo económico) cumple la finalidad de asegurar el libre ejercicio del derecho en cuestión (19 N° 21) cuando, entre otras condiciones, el particular se adecua a las leyes que regulan su actividad. En la especie tal conformidad con las normas es una cuestión de derecho hasta ahora debatida por las partes, cuya conclusión debe ser consecuencia de un proceso jurisdiccional específico."¹⁵⁵

Para esta línea jurisprudencial, si la discusión entre las partes toca a la legalidad de la actividad económica, ésta carece de amparo constitucional.

No creemos imprudente advertir sobre la peligrosidad de una eventual hipertrofia de esta doctrina, que podría terminar con las acciones cautelares en materia de libertad económica. En efecto, lo normal es que las partes de un conflicto discrepen sobre algún aspecto de la legalidad de la actividad económica cuyo amparo se solicita; más bien lo curioso sería que así no ocurra.

Luego, la Corte podría siempre evadir su juzgamiento pretextando que no hay constancia de la legalidad de esta actividad económica, puesto que está bajo una controversia que debe resolverse entre las partes en otra sede jurisdiccional. Por este camino, entonces, siempre habrá rechazo cautelar a la protección directa de esta garantía por no constar si respeta "las normas legales que la regulan". Es evidente que el pronunciamiento jurisdiccional en acciones cautelares de amparo económico y protección respecto de sí la actividad económica merece resguardo, envuelve necesariamente cierto grado de apreciación y pronunciamiento acerca de la legalidad de la actividad misma.

¹⁵⁴ GUILLERMO BRUNA CONTRERAS, en Informe Constitucional N° 811 (13 de junio de 1994).

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de noviembre de 1998, confirmada por fallo de la Corte Suprema de 16 de diciembre de 1998, comentada por el autor en Informe Constitucional N° 1.908 (5 de enero de 1999).

6. ACTIVIDAD ECONÓMICA: GÉNERO Y ESPECIE. EL LUCRO O UTILIDAD

Como lo expresa literalmente el texto de la primera frase del numeral 21 del artículo 19, la garantía constitucional recae sobre el desarrollo de actividades "económicas".

Corresponde entonces efectuar ciertas precisiones en este concepto, por cuanto aquellas actividades que no sean "económicas", quedarán por cierto excluidas del amparo constitucional que se franquea al individuo.

La expresión "actividad económica" es ligeramente distinta a "actividad empresarial", expresión ésta utilizada por la Carta Fundamental en el inciso segundo del mismo número para los efectos del Estado empresario.

6.1 La actividad empresarial es una especie de actividad económica

De las Actas de la CENC se desprende con claridad que el concepto *actividad económica* fue entendido como el género de la especie *actividad empresarial*. En la idea de fortalecer constitucionalmente el derecho de los individuos a emprender actividades comerciales, los comisionados evitaron la expresión *actividad empresarial* al formular el derecho. Muy acertadamente, observaron que la "empresa" es un conjunto de individuos, mientras que la Carta pretende asegurar la actividad económica de la persona, tanto actuando en forma unipersonal o asociada.

El comisionado don Raúl Bertelsen comenzó proponiendo el amparo constitucional para ambas clases de actividades:

*"Considera necesario establecer algún distingo que garantice la libertad, no sólo para desarrollar individualmente cualquier tipo de actividad económica, sino también para hacerlo en forma agrupada. A su juicio, debe recordarse que en Chile ha habido sociedades prohibidas, como fue el caso, hasta hace muy poco tiempo, de las sociedades anónimas agrarias".*¹⁵⁶

Muy lúcidamente, el comisionado Jaime Guzmán propuso a continuación incluir en el texto expresamente la voz *empresa*, pese a conocer la vastedad de la expresión *actividad económica*, para efectos de distinguirla de la libertad de trabajo: "El Sr. Guzmán[...] propicia, no obstante, la distinción entre las formas individual y asociada, incluir en el artículo la palabra 'empresa', que a su juicio tipificaría de manera muy nítida esta garantía como diferente de la relativa a la libertad de trabajo. Aunque reconoce que la agregación antedicha no es en absoluto necesaria desde el ángulo jurídico-constitucional, la estima útil desde el punto de vista de que las normas de la Carta deben ser de percepción fácil e inclusive didáctica para la opinión pública".

¹⁵⁶ Actas, ob. cit. en nota N° 104, sesión N° 388, p. 2908.

En definitiva, no hubo discusiones en la CENC respecto de que la relación entre los dos conceptos es de género a especie. Este acuerdo, que resultaría crucial a la hora de estatuir las bases del Estado Empresario (inciso segundo), se desprende de dos intervenciones precisas que se transcriben a continuación:

"El señor Carmona aduce que la expresión 'actividad económica' es muy amplia, de manera que comprende la libertad de formar todo tipo de empresas [...]"

El señor Guzmán señala que su propósito tal vez podría obtenerse con una redacción que dijese: 'la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada, y a través de cualquier tipo —o género— de 'empresa'. El señor Carmona objeta que en esa fórmula se da el carácter de empresa a cualquier actividad económica individual, lo cual le parece discutible.

El señor Ortúzar (Presidente) basado en que la 'empresa', como lo ha afirmado la Comisión, es una comunidad humana de trabajo, que supone la participación de un empresario, que aporta capital, y de trabajadores, admite que puede sostenerse que la 'actividad económica individual' —desarrollada por una sola persona, sin la asistencia de trabajadores— no constituye una 'empresa'.

*Desestimada la inclusión del vocablo 'empresa' por innecesaria, la primera parte de la disposición queda aprobada en los siguientes términos: 'La libertad para desarrollar cualquier actividad económica, sea en forma individual o asociada...'"*¹⁵⁷

La conclusión constitucional de este debate,¹⁵⁸ para nuestros efectos, es que el individuo ha sido dotado del derecho de actuar a través de cualquier forma en la actividad económica, lo que ratifica la vastedad e indeterminación previa a que nos hemos referido. Así, la dictación de una ley sobre la sociedad unipersonal, hoy en tramitación parlamentaria, sería otro vehículo lícito de actuación económica. Pero aún antes de ello, la persona está facultada para actuar económicamente en forma individual, aún sin personalidad jurídica, allí donde las leyes se lo permitan.

6.2 El lucro

Una segunda vía de acotar la expresión *actividad económica* es definir previamente aquello que no es *actividad económica*. Mientras el Diccionario de la Real Academia Española define "económico" en una de sus acepciones como "*poco costoso, que cuesta poco*", la idea de lucro o utilidad tiende a resolver el problema de cuando se está o no frente a una actividad económica. Si no hay presencia de lucro —ha dicho la jurisprudencia— la actividad no será económica.

¹⁵⁷ Actas, ob. cit. en nota N° 104, sesión N° 388, p. 2909.

¹⁵⁸ Este debate fue íntegramente sostenido en la célebre Sesión N° 388 de la CENC de 27 de junio de 1978, ob. cit. en nota N° 104, pp. 2897-2921.

Es el caso del fallo "Universidad Mariscal Sucre" (1997), que resolvió que las universidades, por tratarse de entes a las que la ley (D.F.L. 1, de 1980, del Ministerio de Educación) les otorga el carácter de corporaciones sin fines de lucro, no les corresponde invocar en su favor el derecho a desarrollar actividades económicas. Expresó la Corte:

*"En efecto, el artículo 3° de los estatutos de la Universidad Mariscal Sucre la define como una Corporación Privada sin fines de lucro, la que se financiará con los derechos de matrícula y de servicios universitarios y otros similares. Teniendo en consideración tal circunstancia y el concepto de universidad expresado en el artículo 1° del DFL N° 1, de 1980, del Ministerio de Educación, no puede considerarse a la educación universitaria privada como una simple actividad económica, sino que ella es una manifestación más del principio de subsidiariedad a que se ha hecho mención anteriormente."*¹⁵⁹

El profesor Raúl Bertelsen, comentando este fallo, adhiere a la doctrina del lucro como elemento habilitante para recurrir por la garantía del N° 21 de artículo 19: "Al no estar en juego en la vida universitaria la libertad para desarrollar una actividad económica, sino el ejercicio de la libertad de enseñanza, [...] el recurso de amparo económico [...] debió ser declarado inadmisibles por la Corte de Apelaciones sin más trámite".¹⁶⁰

Nos vamos a permitir discrepar de esta distinguida opinión, por cuanto el ejercicio del derecho a una actividad económica puede confluír simultáneamente con el de otros derechos fundamentales de manera completamente lícita. Así ocurre, por ejemplo, con la libertad de prensa, que es a su vez un vehículo para el desarrollo de una actividad económica, ejercida por las empresas periódicas. Lo mismo debiese ocurrir con la libertad de enseñanza. Es cierto que el artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, N° 18.962, de 1990, obliga a las instituciones de educación superior a constituirse como corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, pero no es menos cierto que esta es una rigidización ilógica que reprobamos completamente. ¿Por qué presumir que sólo las instituciones sin fines de lucro son aptas para impartir enseñanza reconocida por el Estado? Aquí hay un prejuicio infundado del legislador, que contradice la experiencia universitaria de los establecimientos más prestigiados del mundo, muchos de ellos privados y con fines de lucro.

7. LA PROHIBICIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

7.1. Introducción

Hemos definido en el capítulo anterior el concepto de actividad económica amparado por la garantía del artículo 19 N° 21. Corresponde ahora avanzar en el análisis de las prohibiciones que, a renglón seguido, admite la Carta Fundamental en su texto.

La frase que será objeto de nuestro análisis constitucional será entonces la que dispone que la garantía se otorga para desarrollar "...cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional...". Ello nos lleva al tema de las prohibiciones a desarrollar actividades económicas, impuestas en razón de las causales constitucionales citadas. Ingresamos entonces al escenario de aquellas actividades que son económicas, que son lucrativas, que eventualmente se ejercen en conformidad a la ley, pero que pueden ser halladas atentatorias de la moral, del orden público y de la seguridad nacional.

La problemática de este terreno constitucional es fuerte: ¿quién impone estas prohibiciones? ¿cuándo es lícito imponerlas, preventiva o represivamente? ¿cuál es el sentido y alcance de las tres causales para los efectos de la libertad económica?

Se revisará la breve doctrina y la jurisprudencia surgida en el punto.

7.2 Conceptos de prohibición, regulación, restricción y suspensión

Hay consenso en que en el artículo 19 N° 21, inciso primero, del Código Político, a partir de la frase "que no sea contraria a...", se está llamando jurídicamente a una prohibición, por oposición a otros verbos constitucionales, como *regulación, restricción o limitación y suspensión de garantías*.

Las distinciones entre los conceptos anteriores son cruciales para el Derecho Constitucional, en término que su desconocimiento arriesga a interpretaciones equivocadas a lo largo y ancho de la Carta Fundamental.

En cuanto a la prohibición, el Diccionario de la Real Academia define "prohibir" como "*vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa*". No aclara el diccionario en qué términos debe ser ejercido el impedimento, si total o parcialmente, pero la jurisprudencia ofrece algunos elementos de interpretación al respecto.

Una primera lógica afirmación que debe efectuarse es que constitucionalmente la prohibición es más severa que la regulación. Mientras la primera impide el ejercicio de una actividad bajo todo respecto, la segunda sólo somete a la actividad al imperio de una normativa que le señala cómo debe ejercerse.

Esta distinción lógica y sutil, pero trascendente, ha sido consolidada en diversos fallos del Tribunal Constitucional, cuyos extractos suelen ser reproducidos por las cortes en sentencias de amparo económico y protección.

¹⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de noviembre de 1997, véase nota N° 43.

¹⁶⁰ RAÚL BERTELSEN, en Informe Constitucional N° 1.668 (6 de enero de 1998).

Citemos el fallo del Tribunal Constitucional de fecha 6 de abril de 1993, rol N° 167, cuyo considerando 14 dice a la letra:

"14 Que, regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de "regular" un accionar privado, se puede llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política".

Este considerando fue a su vez citado íntegramente en el ya referido fallo de la Corte Suprema en el caso "Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos".

A continuación, conviene reiterar que, en relación con el derecho a desarrollar actividades económicas, el Tribunal Constitucional ha respaldado consistentemente la doctrina de negar al administrador la facultad de prohibir tales actividades, cualquiera sea la causal invocada.

Continúa el mismo fallo del Tribunal Constitucional, que se pronuncia ante la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente:

"... el establecer 'prohibiciones totales o parciales' de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades, que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, viola el artículo 19 N° 21, inciso primero, de la Constitución Política, que reconoce a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. La regulación de la actividad referida es materia de reserva legal y el artículo 49 del referido proyecto no es precisamente quien regula el punto, sino que expresamente reenvía a regulaciones dictada por la autoridad administrativa, por medio de un reglamento administrativo; por ello mismo vulneran también los artículos 6 y 7, 1° inciso cuarto y 5° inciso segundo de la Constitución."¹⁶¹

De este fallo emana una doble doctrina: primero, que *prohibición* es un concepto distinto de *regulación* en tanto cuanto envuelve impedimento total para el desarrollo de la actividad económica y violenta la garantía, mientras que la regulación está tolerada como una acción genérica propia del legislador. Y segundo, que la regulación es materia de reserva legal y, por tanto, no es susceptible de reenvío a la autoridad administrativa.

¹⁶¹ Considerando 12, letra d) de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, rol N° 185, que pronunció sobre el Proyecto de Ley de Bases de Medio Ambiente.

Este segundo aspecto lo desarrollaremos más adelante al tratar la regulación. Por ahora cabe dejar consignada la diferencia constitucional entre los conceptos prohibición y regulación.

7.2.1 Regular, restringir, limitar, complementar

Regulación

La Constitución autoriza básicamente al legislador para "regular" las garantías constitucionales; para "limitarlas o restringirlas" en determinados casos y, en general, para "complementarlas" o desarrollarlas mediante leyes orgánicas constitucionales en este último caso. Las fuentes en esta clasificación emanan del mismo número 26 del artículo 19, que habla de "*regulen o complementen*", "*... o que las limiten en los casos que ella (la Constitución) lo autoriza...*"; del inciso primero del N° 21 y del inciso segundo del N° 8 del mismo artículo.

Es claro, entonces, que el legislador no goza de facultades para operaciones distintas de las anotadas, y que si se excede en este restrictivo mandato, la ley será, además de inconstitucional, nula absolutamente por aplicación de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Constitución.

Respecto de lo que interesa a la libertad económica, como se verá más adelante, el legislador está facultado para "regular" su ejercicio. Así se desprende textualmente de la letra del inciso primero del número 21 citado, que expresa la limitación genérica: "*... respetando las normas legales que la regulen*". Pero, más allá del texto, es imprescindible referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional en los casos llamados "Publicidad Caminera", números 1 y 2, que sentaron la jurisprudencia definitiva en el alcance que debe atribuirse a la expresión "normas legales que la regulen".¹⁶²

En ambos casos, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales sendos decretos supremos del Ministerio de Obras Públicas que se atribuyeron la facultad de regular el avisaje publicitario caminero.¹⁶³ El tribunal rescató dicha facultad para el legislador, pero lo relevante es que precisó el alcance del verbo "regular". Dijo en su considerando 12°, en expresiones que se suman a las vertidas en el considerando N° 14 de este dictamen, ya citadas más arriba:

"Que si bien "regular", conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: "ajustado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho". (El subrayado es nuestro.)

¹⁶² Véase la sentencia Publicidad Caminera II, de 6 de abril de 1993 (rol N° 167).

¹⁶³ Decretos Supremos N° 357, de 1991, y 327, de 1992, ambos del Ministerio de Obras Públicas.

No cabe agregar nada más: el legislador sólo tiene facultades para determinar el "cómo" se ejerce el derecho a desarrollar actividades económicas, por lo que debe cuidar la extensión e intensidad de su regulación para no dar origen a un precepto inconstitucional que afecte la esencia del derecho.

No obstante, surge la interrogante: ¿Puede el legislador, en algunos casos, llegar más allá de la mera regulación, y "restringir" o "limitar" garantías constitucionales?

Cuando la propia Carta lo autoriza, sí puede hacerlo. Es el caso, por ejemplo, del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en la norma del inciso segundo del N° 8 del artículo 19. Dice dicho inciso:

"La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Restricción

No existe en la Constitución una definición precisa de lo que significa restricción, ni tampoco limitación, pese a que se trata de palabras usadas en varias oportunidades. Pero sí encontramos una definición precisa que ilumina su alcance constitucional en el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción N° 18.415, de 14 de junio de 1985. Hay consenso en que estas definiciones son de aplicación general. Dice el inciso segundo de este precepto:

"Entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma".

Es decir, hay restricción cuando el derecho sufre disminución en su ejercicio, sea en la forma o en el fondo, cuando se le limita. Como se ve, la limitación de un derecho parece ser más débil que la restricción, constituyendo una especie dentro del género de la restricción.

Suspensión

El inciso primero del mismo artículo 12 de la Ley N° 18.415 define *suspender* de la siguiente forma:

"Entiéndase que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional".

Ahora, la suspensión no sólo puede entenderse configurada, respectó de la libertad económica, cuando todas las actividades económicas del país se decretan

suspendidas, o se prohíben para futuros potenciales participantes en ellas. Tal evento es inimaginable e imposible en la práctica; siempre existirán actividades económicas en mayor o menor entidad. Por tanto, hay suspensión siempre que una actividad económica se prohíbe del todo, sin excepciones, para un grupo importante de personas por un lapso relevante.

El último factor a considerar, para los efectos de identificar una suspensión frente a una mera regulación o restricción, es el tiempo que dura la situación excepcional.

7.2.2 Temporalidad y excepcionalidad constitucionales

Es evidente que la restricción de una garantía constitucional, aunque la afecte casi en su totalidad o bien íntegramente, si produce efectos muy breves, continúa siendo restricción. Así, el impedimento de trasladarse en vehículos motorizados en un día a la semana está todavía en el ámbito tolerado por el concepto restricción. Por el contrario, si el espacio de tiempo que debe mantenerse la situación temporal es amplio, ya no cabe considerar la medida como una restricción, sino una suspensión.

Existen en la Constitución y en las leyes diversos criterios de temporalidad en situaciones de excepción para derechos constitucionales. Los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución autorizan, bajo ciertas formalidades, la imposición de estados de excepción por plazos que no exceden los 90 días, algunos de ellos sujetos a prórrogas.

A nivel legal, el artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, por ejemplo, contiene un caso de excepcionalidad que ha sido objeto de fuertes críticas constitucionales, porque suspende diversos derechos por un plazo de tres meses. En efecto, autoriza una "postergación de permisos de edificación, loteo y subdivisión predial" por tres meses, prorrogables hasta por un plazo total máximo de un año. Las críticas, plenamente fundadas, han llevado a la autoridad metropolitana en la materia —el Secretario Regional Ministerial de Vivienda— a declararse públicamente muy restrictivo en la concesión de este régimen especial, llamado comúnmente "congelamiento". A nuestro juicio, este régimen afecta las garantías constitucionales directamente en calidad de suspensión, y es inconstitucional, como ya se ha planteado abundantemente.

7.3 Sujeto habilitado para prohibir la actividad económica: ¿Reserva legal, administrativa o judicial?

El complejo problema de quién se encuentra constitucionalmente facultado para prohibir una actividad económica en razón de la moral, del orden público o de la

seguridad nacional es, a nuestro juicio, uno de los dos problemas que están actualmente levantando mayor tensión con la garantía.

A diferencia de lo que ocurre con la discusión acerca del adecuado ámbito de la reserva legal para la regulación de la actividad económica, en el que la propia Carta se refiere explícitamente al legislador –sin que ello disminuya la tensión– en materia de prohibición de la actividad económica el texto no alude a autoridad alguna, dejando toda la tarea al intérprete.

La relevancia de determinar si es el legislador, el administrador u otra autoridad quien dispone de esta potestad prohibitoria es infinita, pues se trata nada menos que de facultar a alguien para vedar el nacimiento mismo de una garantía constitucional en casos específicos y determinados que se estiman contrarios a los valores indicados. Así, es corriente revisar fallos de recursos de protección y amparo económico en que se libra esta tensión, la que, de resultar incorrectamente resuelta por los intervinientes, puede en definitiva hacer ilusoria la garantía del artículo 19 N° 21.

En todo caso, antes de exponer nuestras reflexiones en el punto, conviene revisar las Actas Constitucionales y la escasa doctrina nacional que se ha ocupado de aportar luz en esta trascendental materia.

7.3.1 La prohibición en las Actas de la CENC

Las breves intervenciones de los comisionados de la CENC circundaron dos asuntos centrales, en los que hubo acuerdo e interés dejar constancia, si bien no en calidad de conclusiones categóricas. Estos son: a) el riesgo de que la prohibición emanara de la autoridad administrativa (comisionado Raúl Bertelsen), y b) que es la ley el instrumento llamado a prohibir, mediante lineamientos generales, las actividades atentatorias contra la moral, el orden público y la seguridad nacional, conceptos que serán consiguientemente calificados por el legislador.

Revisemos el contexto de estas intervenciones:

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

El señor Ortúzar (Presidente) expone que en el texto sugerido se encomienda a la ley determinar las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de la libertad económica en virtud de las causales en el enumeradas. Explica que la fórmula alternativa –consistente en disponer: ‘...siempre que no sean contraria a la moral, el orden y la salubridad pública’– presenta el inconveniente de confiar tal determinación a la autoridad administrativa [...]

El señor Bertelsen considera peligrosa esa interpretación y consulta si sería correcto que una autoridad administrativa prohibiera determinado tipo de trabajo por estimarlo atentatorio contra la moral”.

El señor Ortúzar señala que la ley tendrá que ser general, ya que no podrá especificar cuáles son los casos en que, en razón de la moral, no puede desarrollarse determinada actividad económica, porque son infinitos. [...]

El señor Carmona [...] sugiere agregar la frase ‘sin otras limitaciones que las que establezca esta Constitución o la ley por razones de interés nacional’, pues el término ‘interés nacional’ comprende la moral, las buenas costumbres, y el orden y salubridad públicos.[...]

La señora Romo apoya la sugerencia del señor Carmona de hablar de que no hay otras limitaciones que las que la Constitución o una ley especial imponga, ya que el legislador podrá consagrar siempre restricciones por motivos de interés nacional. [...]

*El señor Carmona propone uniformar los criterios en el sentido de que el interés nacional lo incluye todo, pues la ley es la que debe ocuparse de los pormenores”.*¹⁶⁴

Como se ve, la discusión se desplegó en torno al instrumento o autoridad autorizada para prohibir, y en relación con las causales habilitantes para hacerlo. En cuanto a lo primero, es justo observar que el texto del primer proyecto contenía una referencia expresa a la ley, cuya desaparición en el segundo proyecto motivó la advertencia del presidente señor Enrique Ortúzar. Este consideró que la intervención administrativa en esta materia era “inconveniente”. Secundó la advertencia el comisionado R. Bertelsen y en definitiva la comisión acordó que sería la ley quien prohibiría ciertas actividades económicas cuando se estimase conveniente, pero sin eliminar expresamente la posibilidad de que la potestad reglamentaria actúe paralelamente.

En definitiva, al aplicar el elemento hermenéutico de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, se concluye:

- Que es la propia Constitución la norma que contiene primeramente los límites a la actividad económica (los ya enunciados de la moral, el orden público y la seguridad nacional);
- Que la ley es el instrumento preferente para establecer otras prohibiciones más específicas fundadas en las mismas causales constitucionales, siempre en un plano de generalidad.
- Que la intervención administrativa en la prohibición de actividades económicas es inconveniente, aun cuando se anota a su favor el permitir un análisis casuístico que es ajeno a la ley.

¹⁶⁴ Extractos tomados de las Actas Oficiales de la CENC, sesión N° 388, ob. cit. en nota N° 104, de 27 de junio de 1978, pp. 2910-2915.

7.3.2 La prohibición en la doctrina

Uno de los pocos autores nacionales que han escrito específicamente sobre el tema, la profesora, ex miembro de la CENC y actual ministra del Tribunal Constitucional, señora Luz Bulnes, se inclina por la idea de que es la potestad reglamentaria la llamada a prohibir las actividades económicas en base a las causales constitucionales.¹⁶⁵ Para ello, acude simplemente al texto del artículo 60 de la Constitución, y deteniéndose principalmente en la técnica del dominio máximo legal que emana de su encabezado "Sólo son materias de ley:...", y observando que entre sus 20 numerales no hay encargo expreso alguno al legislador para establecer prohibiciones a la actividad económica por las causales indicadas, concluye que no puede ser la ley la que acometa tal tarea. En consecuencia, agrega, tal tarea le corresponde al administrador.

Bulnes Aldunate coordina su planteamiento comparando la ausencia de referencia al legislador en el N° 21 con otros llamamientos análogos que la Carta hace en forma expresa al legislador para imponer limitaciones a otras garantías: "cuando el constituyente quiso darle esta atribución al legislador lo dijo expresamente como es en el caso de la libertad de trabajo".

Finalmente la profesora Luz Bulnes agrega que la autoridad administrativa "debe estar premunida de las correspondientes facultades legales de acuerdo al artículo 62 inciso 4 N° 2 que señala que las funciones y atribuciones de los servicios públicos deben establecerse por ley".

Creemos que la respuesta no emana de una consideración orgánica. Es claro que, si se pretende facultar al Presidente de la República para actuar en esta materia, hay suficientes fuentes normativas. Podría incluso actuar el Jefe del Estado en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma sin ley que lo faculte específicamente ni a sí mismo ni al servicio público referido por Bulnes, en un uso discrecional y extensivo de la vastedad potestativa que le confiere el artículo 32 N° 8 de la Constitución.

La pregunta es: ¿cuál es la vía que mejor se armoniza con el texto y el espíritu de nuestra Carta Fundamental?

7.3.3 Nuestra propuesta

Para enfrentar este relevante problema, nos sumamos con algunas variantes a lo sugerido por Evans. Dice el ex miembro de la CENC: "Corresponderá, en definitiva, a los tribunales de justicia pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de ejecutar actos que sean objetados por afectar los bienes jurídicos señalados".¹⁶⁶ Empero, Evans

¹⁶⁵ LUZ BULNES ALDUNATE, *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica*, en Revista de Derecho Público, N° 37-38 (1985), pp.149-165.

¹⁶⁶ EVANS, II (1986), ob. cit. en nota 141, pp. 317-318.

descarta la posibilidad de que la ley complemente las limitaciones a la actividad económica en razón de la moral, orden público y seguridad nacional, ya que no le parece propio de la tarea legislativa explicitar en términos generales estos conceptos. Y la alternativa de precisar las actividades específicas que atenten contra ellos, dice, "implica entrar en una regulación casuística imposible de concebir".

En parte esta solución nos parece apropiada, con la diferencia que no creemos imprudente que el legislador efectúe ciertas precisiones —dentro de un plano de generalidad— respecto de los conceptos limitantes de la actividad. Adscribimos a la idea de que las prohibiciones de la actividad económica en razón de la moral, el orden público y la seguridad nacional deben ser impuestas, primeramente y por regla general, por el juez y por vía represiva. Excepcionalmente podría actuar el legislador estatuyendo sólo parámetros generales de prohibición, y calificando fundadamente las causales de inmoralidad e inseguridad. Ello podría hacerlo invocando el N° 20 del artículo 60, que le permite dictar normas generales y obligatorias que estatuyan las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Pero jamás podría una norma de rango administrativo, ni siquiera si la ley así lo faculta, prohibir por sí una actividad económica determinada; el administrador sólo está autorizado para aplicar los parámetros establecidos en la ley, la que por ser general, especialmente en esta materia, suelen ser insuficientes para identificar una actividad económica específica y decretar su prohibición.

Los fundamentos de nuestra tesis son los siguientes:

1. *Aplicación directa de la Constitución.* En primer lugar, y por disposición del artículo 6° de la Carta, ésta obliga directamente a toda persona, institución o grupo. Así, un empresario que pretende llevar adelante una actividad económica contraria a la moral, por ejemplo, se encuentra desde ya inhabilitado para reclamar el amparo de la garantía del N° 21 del artículo 19. Aun sin otra norma, ley ni decreto supremo que lo dispongan expresamente, tal empresario se ha puesto fuera del alcance de la protección constitucional. Ahora, un asunto distinto a enfrentar es cómo se pone en movimiento práctico la prohibición constitucional.

2. *Revisión judicial económica.* Si, por una parte, la Constitución obliga directamente a toda persona, incluido el juez y, por otra, hemos comprobado que la vastedad y casuística del derecho a emprender acciones económicas es inmensa, entonces la vía natural de operación de la prohibición constitucional será la vía represiva y judicial. El juez está obligado a intervenir en caso de conflicto. El inciso 2° del artículo 73 de la Constitución y su mandato de inexcusabilidad lo obligan a fallar aún en ausencia de ley, pero antes que eso, la propia Carta le entrega las causales de prohibición. Deberá entonces aplicar su concepto de moral, orden público y seguridad nacional, como en tantos otros asuntos del derecho público y privado, acogiendo o desechando los reclamos específicos que se le presenten.

Desde luego debe advertirse que esta solución es incómoda: la sentencia sólo producirá efecto *inter partes* (artículo 3° del Código Civil) disminuyendo la efica-

cia de la prohibición. Pero también es cierto que existen técnicas procesales para recurrir en contra de un rubro o actividad, o en contra grupos de agentes económicos, a fin de que la sentencia vincule a todos quienes desarrollan la actividad que se pretende prohibir.

Pero más importante que lo anterior es insistir en que la acción judicial represiva es sólo una parte de la solución. Debe ser complementada con la eventual participación del legislador mediante normas generales.

3. *Parámetros de prohibición por ley.* Me parece inútil excluir el eventual ingreso del legislador al terreno de las prohibiciones de la actividad económica. Es efectivo que esta materia no se encuentra expresamente listada en el artículo 60 de nuestro Magno Texto, como recuerda Luz Bulnes. Pero también es efectivo que el N° 20 del artículo 60 es una autorización para legislar tan elástica como para poner en severo peligro el concepto y la utilidad del llamado "dominio máximo legal". Muchos cuerpos legales suelen promulgarse sin una fuente constitucional expresa distinta del mismo N° 20. Si esto fue previsto por el constituyente está en duda, pero lo concreto es que tal numeral aleja los límites legislativos a terrenos inmensurables, existe como texto vigente y el dominio máximo legal no ha producido entonces el resultado restrictivo que se pretendió inicialmente por el constituyente.

Pero, además de la razón de texto, la hay también de justicia. El Congreso Nacional y el Presidente de la República son los legisladores. Ellos velan por el contenido del bien común y están llamados, si las circunstancias así lo exigen, a formular los parámetros generales de moralidad, orden y seguridad nacional dentro de los cuales la actividad económica debe ejercerse. Curiosamente la profesora Luz Bulnes recuerda que ese fue el espíritu en la CENC al redactarse la garantía.

Lo importante serán, a continuación, los límites del legislador en esta tarea: primero, respetar la esencia del derecho a desarrollar actividades económicas (N° 26 del artículo 19); segundo, conservar la generalidad en su mandato, jamás específico; y tercero, actuar sólo cuando sea imperioso hacerlo.

4. *Potestad reglamentaria y discrecionalidad.* Nuestra tesis proscribiera la potestad reglamentaria por las razones de establecimiento fidedigno de la norma que ya revisamos. Además, porque el texto del 19 N° 21 contiene directamente las causales específicas de prohibición, cuando pudo —como en un comienzo se propuso— haber optado por una expresión esencialmente nueva y general, como "interés nacional", lo que habría aumentado la necesidad de concreción legislativa. Finalmente, existe una razón de supremacía constitucional: si la Carta confiere un derecho directamente al ciudadano, le otorga medios judiciales de protección (art. 20), omitiendo el llamado expreso al legislador para complementar el articulado (inciso primero), ¿en razón de qué poderoso argumento puede validarse la intervención, en carácter prohibitivo de garantías, del administrador mediante normas de rango inferior a la ley, emanadas de un órgano unipersonal, cuya discrecionalidad

política es superior? En este contexto, el artículo 32 N° 8 nos parece insuficiente como fuente de actuación.

Considérese que validar la intervención administrativa sería, simultáneamente, validar que la prohibición de actividades económicas emanen de otros órganos infralegislativos, como las municipalidades.

Creemos, en definitiva, que quien está llamado primeramente a imponer una eventual prohibición de alguna actividad económica atentatoria contra la moral, el orden público y la seguridad nacional, es el juez, por la vía represiva. Para ello habrá de realizar un ejercicio hermenéutico complejo, aplicando directamente el texto constitucional a la actividad económica en cuestión y jerarquizando en su prudencia las garantías en juego, todo en el marco de los principios favorables a la iniciativa económica privada que subyacen al Orden Público Económico.

Como respaldo jurisprudencial a nuestra tesis, citaremos la sentencia de la Corte de Santiago, "Emeres con Municipalidad de Til-Til", en que, con ocasión de prohibir una actividad en nombre del medio ambiente, acude directamente al análisis de las causales invocadas de la moral, orden público y seguridad nacional, desechando el que se encontraren comprometidas y negando la prohibición por esta vía.

Consignó la Corte:

"Que la instalación de plantas de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios y sistema de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos, es una actividad económica, que, por sí misma, no es contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; pero sí puede provocar contaminación del medio ambiente, lo que vulneraría el derecho garantizado por el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental".¹⁶⁷

En este pronunciamiento la Corte de Santiago emitió directamente su juicio sobre la calidad constitucional de la actividad económica impugnada. Se atribuyó sobre sí la facultad de confrontar directamente la actividad con los conceptos de moral, orden público y seguridad nacional, sin acudir a ley, reglamento ni norma alguna que lo explicita, y lo hizo por la vía represiva. Si bien su juicio final es positivo respecto de la instalación de plantas de residuos sólidos ante las causales limitantes, en su ejercicio juzgatorio admite en el hecho la aplicación de nuestra propuesta de prohibición judicial y represiva.

¹⁶⁷ Considerando 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 24 de noviembre de 1995, caratulada "Emeres contra Municipalidad de Til-Til", reproducida en URETA, ob.cit. en nota N° 141, p. 196.

7.3.4 La prohibición en la jurisprudencia

a) Tribunal Constitucional

El análisis de la jurisprudencia sobre prohibición de la actividad económica debe comenzar, naturalmente, por los archivos del Tribunal Constitucional. Revisados éstos, puede adelantarse que sus fallos no tratan expresamente el problema del agente prohibidor de la actividad económica.

Tangencialmente, no obstante, sí lo hace primeramente el fallo del citado caso *Publicidad Caminera I*, en su considerando 13º (rol N° 146). En él, la Corte Constitucional analiza el decreto supremo impugnado y lo rechaza, porque prohibiendo una actividad económica, "... no se fundamenta en ninguno de los conceptos mencionados (moral, orden público, seguridad nacional)".

Este considerando sugiere la pregunta: ¿y si la actividad fuese prohibida basándose con fundamento en alguno de esos conceptos, sería entonces el decreto supremo prohibidor constitucionalmente válido?

En su primera aproximación al tema, en consecuencia, el TC deslizó la posibilidad de que el administrador sea lícitamente quien prohíba -fundadamente- actividades económicas por atentar contra la moral, el orden público o la seguridad nacional. Pero, sorprendentemente, en su dictamen de menos de un año después, *Publicidad Caminera II*, en que se reafirma la doctrina de fondo que llevó a la impugnación del nuevo decreto supremo, el juez constitucional omitió vistosamente la repetición de aquel párrafo del considerando 13 de su precedente fallo. ¿Reflexión? ¿Arrepentimiento? ¿Omisión por mero descuido?

Publicidad Caminera I, por su parte, atribuye la facultad de imponer prohibiciones al ejercicio de una actividad económica en razón de la moral, el orden público y la seguridad nacional al legislador y no al administrador. A continuación realiza un distingo entre regulación y prohibición, que será crucial para el resto de este capítulo.

En el considerando 14 N° 4 de la sentencia, respecto de la facultad de regular, señala: "si entendemos por regulación la prohibición de hacer publicidad en las fajas adyacentes de los caminos, debe concluirse que esta atribución comprende sólo a la ley y no a la norma reglamentaria".

De esta afirmación, que permanece inalterada en la jurisprudencia posterior del TC, se desprenden dos consecuencias:

(a) Para el TC, ciertas prohibiciones de algunos aspectos o modalidades determinadas de actividades económicas son admisibles bajo la Carta de 1980;¹⁶⁸ y

¹⁶⁸ Decimos "aspectos o modalidades determinadas de actividades económicas", porque la actividad completa nunca será prohibida del todo. Así, en el caso de "Publicidad Caminera", la prohibición que pretendieron imponer los decretos se refería a la acción de colocar publicidad en las fajas adyacentes de los caminos, pero no a la actividad económica completa de la "publicidad".

(b) Para el TC, la facultad de imponer tales prohibiciones corresponde sólo a la ley y no a la norma reglamentaria.

b) TC, prohibiciones y medio ambiente

Finalmente, es menester comentar cierta jurisprudencia del TC en materia de prohibiciones a la actividad económica efectuadas en resguardo del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N° 8 de la CPR).

El inciso segundo del numeral 8 citado faculta expresamente a la ley para "establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Sobre la base de la letra de la Constitución, no hay duda que en materia de medio ambiente las restricciones a las actividades económicas son autorizadas por la Carta, deben ser siempre específicas y pertenecen al legislador.

Pero lo curioso es que, sin que exista facultad constitucional delegada en agente alguno para prohibir el ejercicio de determinados derechos y libertades para proteger el medio ambiente, como la actividad económica libre, el TC ha entendido que esta atribución también existe y se ejerce por ley.

Así se desprende de la sentencia rol N° 146, en el caso llamado "*Publicidad Caminera*" que, en su considerando 13, reflexionó de la siguiente forma:

"De acuerdo al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional [...son] los únicos sustentos que permitirían prohibir el desarrollo de una actividad económica. Las normas reglamentarias no están facultadas conforme al artículo 19 N° 8, que consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, para restringir, limitar o prohibir el ejercicio de los derechos constitucionales, pues esta atribución es exclusiva de la ley".¹⁶⁹

Para los efectos de la doctrina del agente prohibidor de la actividad económica, la sentencia citada confirma lo que se ha venido sosteniendo en cuanto a que al administrador le está vedado prohibir actividades económicas. En este caso para el evento de que la actividad económica colisione con el derecho a vivir en un medio ambiente libre, el TC quiere evitar que el administrador, sea vía delegación o directamente, imponga prohibiciones que sólo pertenecerían a la ley.

Debe subrayarse que, mientras en el N° 21 del artículo 19 las causales que autorizan al legislador para imponer prohibiciones a la actividad económica son

¹⁶⁹ Considerando 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1992 (rol N° 146).

tres, el N° 8 no acude a causal alguna inmediata. El legislador podría, siguiendo el texto de la Carta y actuando en función de la doctrina extensiva del TC, prohibir actividades económicas cada vez que le parezca, siempre que lo haga "para proteger el medio ambiente".

Las consecuencias de esta distinción son graves: la amplitud del N° 8 resta lógica y armonía a las causales del N° 21, aun cuando el legislador podrá siempre vincular la defensa del medio ambiente con la seguridad nacional, en un sentido lato.

c) Justicia ordinaria

Además del pronunciamiento en "Emeres", ya citado, nuestras cortes ordinarias han ingresado continuamente al análisis de la probidad de la actividad económica a la luz de la moral, orden público y seguridad nacional.

En materia marcaría, por ejemplo, la Corte de Santiago validó en estas categorías constitucionales:

"Que el nombre propio de la solicitante es de mayor permanencia que el nombre artístico que se supone afectado, y que dar ese nombre propio al estilo de vestuario de su propiedad no es contrario a la moral, a las buenas costumbres ni al orden público".¹⁷⁰

Guillermo Bruna afirma que en este caso los argumentos del administrador (Conservador de Marcas) en cuanto que el nombre "Mary-Trini" es contrario a la moral, buenas costumbres u orden público "...no fueron estimados racionales, sino arbitrarios por la Corte...".¹⁷¹

Este fallo juzga el mérito de la resolución de la autoridad administrativa, en cuanto calificó una actividad económica como contraria a la moral, el orden público y las buenas costumbres. Nótese que el Tribunal no cuestiona la facultad de calificar la actividad económica por parte de la autoridad ni la de actuar en consecuencia, sino que él juzga el mérito de la resolución (si efectivamente es contraria a la moral el orden público y la seguridad nacional). Por tanto, se trata de una sentencia que valida el actuar administrativo en dicho ámbito.

7.3.5 Conclusión

El problema del agente constitucionalmente autorizado para prohibir actividades económicas concluye como lo anunciamos más arriba: no hay mandato di-

recto al legislador para prohibir una actividad económica determinada en el N° 21, ni un mandato para prohibir derechos o libertades en el N° 8, pero el legislador podrá de todas formas hacerlo fundado en el art. 60 N° 20 y en la jurisprudencia del TC, siempre respetando la intangibilidad de la esencia de la garantía (N° 26).

El administrador, por su parte, carece de competencia para prohibir actividades económicas, tanto porque no existe mandato expreso en la Constitución en este sentido, como porque no ha sido contemplado en el N° 26 del artículo 19 como agente regulador ni limitador de garantías constitucionales. Finalmente, así lo ha entendido consistentemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

8. LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

8.1 La problemática de la regulación económica

8.1.1 Reserva legal y garantía individual

Al comienzo de este trabajo se enunció el principio de Reserva Legal Económica como uno de los elementos centrales en el contenido actual del OPE. Este principio tiene diversas manifestaciones prácticas a lo largo de las garantías económicas de la Constitución.

Pero antes de revisar los pasajes del texto que configuran este principio, cabe la pregunta: ¿en favor de quién cede la reserva legal económica?; y a continuación, si hemos de considerar la reserva legal reguladora en sí de una garantía, ¿en qué consiste y cómo opera?

A la primera interrogante debe responderse sin vacilaciones: la reserva legal cede en favor del individuo, de la persona titular de derechos públicos subjetivos. Por esto, la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado, en favor del individuo. Este mecanismo opera en una variada gama de materias constitucionales, pero es especialmente intenso en el ejercicio de las garantías del OPE.

En relación a cómo opera la garantía, la respuesta fluye luego de meditar ciertas evidencias constitucionales. En primer término debe recordarse que, en todas aquellas áreas que el constituyente ha reservado a la ley, está excluida la intervención de la potestad reglamentaria. Así, el artículo 60 N° 2 de la Carta, que expresa que son materias de ley "aquellas que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", opera como ámbito de actuación para el legislador y límite de entrada para el administrador.

Ahora, ¿por qué debemos considerar la reserva legal una garantía para el individuo?

¹⁷⁰ Considerando de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de mayo de 1991.

¹⁷¹ GUILLERMO BRUNA, en Informe Constitucional N° 96 (22 de agosto de 1991).

8.1.1.1 Nacimiento de la norma regulatoria

Cabe citar la filosofía que subyace al artículo 1° del Código de Bello: la ley "... es una declaración de la voluntad soberana...". La soberanía se manifiesta preeminentemente a través de la ley. Primero la Ley Fundamental, luego la ley ordinaria. La ley asegura a los individuos la participación —siempre perfectible— de sus representantes en el proceso de su formación. De acuerdo al artículo 32 N° 1, concurrirá el Presidente de la República a su formación, sanción y promulgación, pero también lo harán las cámaras del Congreso Nacional, según lo prescribe el artículo 42. El proyecto de ley se someterá a los trámites constitucionales y, antes de su promulgación, deberá resistir la eventual examinación del Tribunal Constitucional en su respeto a la letra, trámites y espíritu de la ley máxima, conforme se autoriza por el artículo 82 de nuestra Declaración Fundamental.

Rubio Llorente recuerda que la reserva legal es un derivado del principio de separación de los poderes, pero objeta su denominación ante la extensión del principio de legalidad: *"La identificación de este poder (legislativo) con la representación popular, la exclusión de todo principio de legitimidad que no sea el democrático y, en consecuencia, la valoración del poder legislativo como poder supremo, a cuyo imperio están sometidos los demás poderes del Estado, hace ya imposible hablar de un dominio propio reservado a la Ley, porque éste abarca toda la actividad del Estado; no hay reserva de ley, porque ninguna actuación del poder es legítima al margen de ella"*.¹⁷²

La ley, entonces, tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables. Burdeau dice que el legislador ejerce la soberanía nacional, que ha sido delegada por sus representantes, y esa soberanía se entiende pertenecer a la nación toda, que es única a la hora de legislar.¹⁷³ Para Rubio Llorente, la protección de la libertad y la defensa ante toda restricción que no emane de la ley sólo puede obtenerse sometiendo a los legisladores *"a un procedimiento público y contradictorio en que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, que es hoy una categoría cuestionada, sí en debate con los intereses de todos"*.¹⁷⁴ Este es el procedimiento propio de la formación de la ley, al que alude Rubio.

La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta. Sus normas emanan de una sola persona, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente —aunque pueda ser voluntariamente prístino y mancomunado— y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa. La Contraloría

¹⁷² LLORENTE, ob. cit. en nota N° 124, p. 22.

¹⁷³ GEORGES BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (Madrid, Editorial Nacional, 1981), pp. 163-181.

¹⁷⁴ LLORENTE, ob. cit. en nota N° 124, p. 24.

General de la República no es al Presidente de la República como el Tribunal Constitucional al Congreso Nacional y al mismo Presidente. El control preventivo que ejerce aquella, siendo crucial para el estado de derecho, está matizado por el decreto de insistencia (art. 88 inciso primero) y por su tradición fiscalista proveniente de su naturaleza histórica de Tribunal de Cuentas.

La potestad reglamentaria es también un vehículo para el ejercicio de la soberanía (artículo 5 inciso primero), pero en el ámbito exclusivo de ejecución y administración que le pertenece según la Carta.

Así, la reserva legal no es un asunto menor. Cuando, por ejemplo, la Constitución dispone que los tributos deben establecerse "... en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley...", hay un llamado a garantizar al individuo la generación transparente, discutida y equilibrada de un tributo que, además, a juicio del TC, no podrá ser infractor de la Constitución.

La violación abierta o soterrada de este principio es un atentado al estatuto de garantías individuales, y por ello hemos de efectuar un análisis riguroso y detallado de la extensión de las facultades legislativas y administrativas al estudiar las garantías del OPE.

8.1.1.2 Posición del regulador frente a los intereses que afecta la norma

Un segundo fundamento teleológico de la reserva legal emana de la consideración del lugar en que se encuentra el regulador frente al riesgo de verse afectado por los intereses que la norma toca.

Buchanan y su teoría del *Public Choice* o Elección Pública ha sido quien más vistosamente viene advirtiendo sobre los riesgos del burócrata regulador "capturado" por los grupos de interés económico. En esta perspectiva el legislador, por la naturaleza genérica de la norma que crea, presenta menos riesgos para el sistema.¹⁷⁵

Stephen Breyer, profesor de Harvard y ministro de la Corte Suprema de Estados Unidos desde 1994, presenta este problema con Richard Stewart en su texto *Derecho Administrativo y Políticas Regulatorias*: *"Porque las leyes son generales y formuladas por oficiales que encuentran difícil reflejar en ellas sus propios intereses, hay un gran parecer que las políticas adoptadas reflejarán más claramente el beneficio social, que el interés propio y particular del legislador"*.¹⁷⁶ Por esto, es al legislador a quien le

¹⁷⁵ JAMES M. BUCHANAN, Premio Nobel de Economía 1986, vierte su tesis de la Elección Pública en varios escritos de su prolífica obra de economía política. Entre otros: *Theory of Public Choice: Political Applications of Economics* (Ann Arbor, University of Michigan Press, 1972); y *Economía y Política. Escritos Seleccionados* (Universidad de Valencia, 1988).

¹⁷⁶ STEPHEN BREYER & RICHARD STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy* (Boston, Little, Brown & Company Editions, Fifth Printing, 1979), p. 37.

competería regular en el marco económico, y no al poder administrativo, ya que podría confundirse el interés particular de la autoridad administrativa de turno con el real bien social que pretende lograr la norma.

Shapiro afirma que las leyes modernas regulan un mundo en constante cambio por la presión tecnológica. Luego plantea: "es mejor legislar en una forma general, como en una ley marco, y dar a los administradores la facultad de llenar los vacíos y detalles a través de las regulaciones administrativas". Refuerza así el carácter general de la ley, en aras de una intervención administrativa, ejecutoria e independiente.¹⁷⁷

8.2 Concepto, ámbito y alcance de la regulación

La palabra "regular" tiene una significación constitucional asentada a partir de los ya famosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los casos Publicidad Caminera, los que a su vez recurren al Diccionario de la Real Academia:

*"Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: 'Ajustado y conforme a 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."*¹⁷⁸

No obstante la precisa definición de nuestro máximo intérprete constitucional, las controversias sobre la reserva legal regulatoria han continuado agregando tensión para nuestro Estado de Derecho.

Dos son los nuevos focos de discrepancia:

- a) El alcance de la expresión "normas legales", y
- b) El alcance concreto de la acción de "regular".

8.2.1 Alcance de la expresión "Normas Legales"

Por normas legales debemos entender aquellas dictadas en ejercicio de la potestad legislativa de los artículos 32 N° 1 y 42 de la Constitución, sometidas al procedimiento de formación de la ley de los artículos 62 a 72 de la Carta.

Hay cierta jurisprudencia minoritaria, sin embargo, que ha controvertido esta lógica extensión del concepto "normas legales". Resolviendo un recurso de ampa-

¹⁷⁷ MARTÍN SHAPIRO, *Revisión Judicial a Priori y a Posteriori: Los modelos Norteamericano y Europeo*, en XX Revista Chilena de Derecho N° 2 (1993), p. 475.

¹⁷⁸ Considerando 9° de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de abril de 1992 (rol N° 146); del mismo tenor véase el considerando 12 de la sentencia del mismo Tribunal, de 6 de abril de 1993 (rol N° 167).

ro económico en materia de telecomunicaciones, la Corte de Santiago en sentencia confirmada por la Corte Suprema anotó:

"Que esta Corte concuerda con el concepto de orden público económico invocado por el recurrente, de manera de otorgar a la expresión 'normas legales' una extensión amplia y comprensiva de las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado".

Agregó el fallo que dentro de las normas de este rango habría que distinguir entre los decretos o reglamentos de alcance o "interés general", de los de "interés particular". La transgresión o no cumplimiento de los primeros constituirían una conculcación del 19 N° 21 y, por tanto, del OPE.¹⁷⁹

Nos parece que la Corte confunde aquí vistosamente dos conceptos. Por una parte, no hay duda que el OPE puede integrarse con normas de carácter reglamentario, debidamente jerarquizadas y subordinadas a la ley y a la Constitución. Pero, por otra, esto jamás podrá equivaler a romper el principio de reserva legal para la regulación de la actividad económica. Consiguientemente, discrepamos de la elástica invitación judicial a la potestad reglamentaria para ingresar a la reserva legal, puesto que es inconstitucional y no se valida, porque normas reglamentarias forman parte del OPE.

Para Cea Egaña tampoco hay lugar a equívocos en este debate: "La locución normas legales hay que entenderla en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de norma idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental. El verbo regular se refiere a dictar normas que permitan el libre, pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil".¹⁸⁰

La discusión más frondosa tiene que ver, en todo caso, con el sentido y alcance constitucional de la voz "regular".

8.2.2 Alcance concreto de la acción de regular

Probablemente ésta sea la zona constitucional más compleja de resolver en todo el tema del Orden Público Económico. Y esta complejidad proviene de la naturaleza misma de la voz regular. Es evidente que en lenguaje constitucional la regulación es menos severa que la restricción o la limitación, como ya lo observamos anteriormente.

Pero también es evidente que toda regulación envuelve algún grado menor de limitación o restricción del derecho.

De esta forma, permítasenos proponer dos planos de limitaciones constitucionales: aquellas que se dirigen al mero ordenamiento del ejercicio de un derecho, al

¹⁷⁹ Considerando 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 16 de junio de 1992, en RAE caratulado "Entel contra CTC".

¹⁸⁰ JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *II Apuntes de Derecho Constitucional* (Santiago, fotocopias, 1995), p. 271.

modo en que este se ejerce sin disminuir ni afectar su libre ejercicio, y aquellas limitaciones que disminuyen cualitativa o cuantitativamente el goce del mismo o, como dice Cea, hacen "que su goce o disfrute resulte muy oneroso o difícil".

Las primeras limitaciones serían parte legítima de la acción constitucional de regular; las segundas estarían prohibidas en nombre de la regulación, y sólo serían admisibles en los casos y formas que la Constitución autoriza a restringir (v. gr. N° 8 inciso segundo del artículo 19).

Una definición inflexible que excluya toda limitación al ejercer una regulación no será ni jurídica ni prácticamente sustentable, pero otra, que en nombre de la regulación dificulte el goce del derecho en términos que cualitativamente éste disminuya, será plenamente inconstitucional.

Finalmente, esta tesis aparece en la letra respaldada por el fallo de *Publicidad Caminera II*, que expresó "en caso alguno, bajo pretexto de 'regular' un accionar privado, se pueden llegar hasta obstaculizar e impedir la ejecución de los actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política".

La regulación económica pierde entonces su esencia y se transforma en un verbo rector diverso, cuando, desbordando un ámbito meramente ordenador o coordinador, obstaculiza e impide actos propios de una actividad económica lícita.

8.3 Autoridad facultada para regular la actividad económica

Así como ocurre con las prohibiciones de la actividad económica en nombre de la moral, orden público y seguridad nacional, emerge aquí también el debatido tema de la autoridad habilitada para efectuar las regulaciones de esta clase de actividades.

Si aceptamos que la fuente textual de la Carta "respetando las normas legales que la regulen" del art. 19 N° 21 enuncia el principio de reserva legal ya comentado, y si aceptamos también el sentido estricto de la significación de "norma legal", no podría levantarse debate alguno en estos aspectos. Con estos supuestos, la respuesta sencilla es: "el legislador" es la única autoridad competente para imponer regulaciones a la actividad económica.

Empero, la respuesta no ha sido sencilla para doctrina y jurisprudencia. Los siguientes aspectos deben abordarse para una percepción rigurosa del alcance del agente actuante en el principio de reserva legal.

8.3.1 Regulación, reserva legal y ámbito de la potestad reglamentaria

8.3.1.1 Estado de la cuestión

Introduzcamos el tema con la advertencia de que éste se está convirtiendo en el tópicus de mayor tensión constitucional de comienzos del nuevo siglo. Más allá del

derecho mismo a desarrollar cualquier actividad económica y su reserva legal, la macrocuestión de definir cuál es el adecuado ámbito de actuación de la potestad reglamentaria en relación con los derechos fundamentales, y simultáneamente determinar cuál es una indebida intromisión de la misma en terrenos legislativos, es el gran desafío del momento para la doctrina y jurisprudencia constitucionales en Chile.

La defensa de la reserva legal para el tratamiento de garantías constitucionales —sea reserva absoluta o relativa, en lenguaje de Cea— tiene suficiente asiento constitucional por las referencias expresas que la Carta hace a la ley en su texto.¹⁸¹ Pero el problema se levanta y queda planteado concordando los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución. El primero da nacimiento a la potestades reglamentaria autónoma y de ejecución, al facultar al Presidente de la República para ejercerla "en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal" (autónoma), "sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes" (de ejecución).

¿Cómo se compatibiliza la reserva legal con la existencia de estas dos categorías de potestad reglamentaria? ¿Quedan éstas del todo excluidas de las zonas constitucionales donde hay atisbos de reserva legal?

La respuesta será del todo relevante para continuar con el estudio de la regulación económica, puesto que muchos de los argumentos y categorías que ofrece la doctrina en el tema general, aparecen también aplicables al texto del N° 21 del artículo 19.

8.3.1.2 Doctrina

Como en otros grandes temas, la doctrina nacional se divide a la hora de fijar los límites o parámetros para la actuación de legislador y administrador en el ámbito de las garantías constitucionales. No será objetivo de este trabajo cubrir en detalle los múltiples planteamientos que se han efectuado en la materia, sino sólo agrupar aquellos relevantes de una forma didáctica para su comprensión.

Rajevic ha clasificado las tendencias doctrinarias sobre la extensión de la reserva legal en dos clases, a las que ha llamado "tesis extensiva" una, y "tesis restrictiva" otra, aludiendo a la mayor o menor dimensión que se pretenda para la ley.¹⁸² Cea Egaña prefiere sistematizar el principio bajo dos categorías: "más o menos absoluta" y "más o menos relativa", según el lenguaje de habilitación que la Constitución haga a la ley.¹⁸³ Del primer tipo serían aquellas en que la Constitución

¹⁸¹ Consúltense JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, *Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria*, en XIX Revista Chilena de Derecho N° 13 (1992), p. 416.

¹⁸² Véase ENRIQUE RAJEVIC MOSLER, *Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada*, en XXIII Revista Chilena de Derecho N° 1 (1996), p. 33.

¹⁸³ CEA EGAÑA, *Sobre el principio...*, ob. cit. en nota N° 181, p. 417.

reserva a la ley "de manera bastante prolija y casi exclusiva", el ejercicio directo de la potestad reguladora. Las habilitaciones o reserva legal relativa, por su parte, tienen lugar para Cea cuando la Carta reserva a la ley la competencia para regular una materia en términos de criterios o parámetros generales, "entregando la pormenorización de ella a la potestad reglamentaria".

Habría que agregar a ellas otro plano de aproximaciones a la reserva legal, que agruparemos bajo la denominación de "tesis neutra", a la que adscriben quienes no se pronuncian por un acento especial en favor de la ley o del reglamento en la regulación de garantías constitucionales, sino que postulan una intervención elástica y siempre relevante, eso sí, de la potestad reglamentaria.

8.3.1.3 Reserva legal absoluta

La tesis extensiva o absoluta de reserva legal está liderada en la doctrina por don Eduardo Soto Kloss, y cuya opinión en favor de una exclusión completa del administrador a la hora de regular o complementar las garantías constitucionales consta, con suficiente claridad, en la sentencia rol N° 185 del TC, "Bases del Medio Ambiente", de su propia redacción, y que se comentará más adelante.¹⁸⁴ Soto Kloss y el voto de mayoría de aquel dictamen reprocharon al proyecto el reenvío a la potestad reglamentaria de regulaciones que afectarían a las empresas, industrias, faenas o actividades, lo que configuraba una práctica inconstitucional, "porque la regulación de la actividad referida es materia de reserva legal". Quedó trunca, de esta forma, la idea de imponer prohibiciones totales o parciales a las distintas fuentes contaminantes por normas de rango reglamentario.

A lo anterior, Soto Kloss agrega una vasta producción doctrinaria en la que hace constar fundadas denuncias del atropello que se hace de la reserva legal. Ejemplos de ello son la clasificación que ofrece de infracciones cometidas con consentimiento del legislador, que por su naturaleza son más peligrosas que aquellas en que el legislativo plantea el conflicto.¹⁸⁵ Las delegaciones legislativas que inciden en materias indelegables al tenor del artículo 61 inciso 2° de la Ley Fundamental son la primera de las prácticas inconstitucionales violatorias de la reserva legal que denuncia.¹⁸⁶ Luego, se ubican las remisiones normativas que establece el legislador sobre materias de reserva legal para que sean reguladas por el administrador. Entre estas, que adquieren mayor gravedad cuando la autoridad "remitida" no es siquiera el Presidente de la República, sino un jefe de servicio, menciona el ejemplo concreto de la Ley N° 19.192, Ley de Pesca, Ley N° 19.283, sobre el Servicio

¹⁸⁴ 28 de febrero de 1994.

¹⁸⁵ EDUARDO SOTO KLOSS, *En la forma que prescribe la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales*, en XX Revista Chilena de Derecho N° 2 y 3, Tomo II (1993), p. 688.

¹⁸⁶ El inciso 2° del artículo 61 de la Constitución prohíbe al Congreso Nacional delegar en el Presidente de la República facultades legislativas (D.F.L.), entre otros, en materia de garantías constitucionales.

Agrícola y Ganadero y la Ley N° 18.958, sobre reforma tributaria.¹⁸⁷ La tercera práctica denunciada por Soto Kloss es el establecimiento de procedimientos administrativos por normas pertenecientes a la potestad reglamentaria, lo que infringiría el artículo 7° de la Carta, al ignorar la legalidad o fuente legal que debe exhibir todo procedimiento administrativo ("en la forma que prescribe la ley"). Estas tres figuras viciadas tocan, para Soto Kloss y nos adherimos a ello, el derecho a desarrollar actividades económicas por la vía de imponer regulaciones mediante normas reglamentarias allí donde el constituyente sólo autorizó a la ley.

La reserva legal, desde luego, ofrece distintas intensidades dependiendo de las garantías de que se trate y del texto constitucional expreso en juego. En materia medioambiental Lavín Valdés subraya la extensión absoluta de la reserva legal, que se explica porque existe un precepto expreso que llama al legislador para la imposición de restricciones a derechos y libertades constitucionales (art. 19 N° 8 inciso 2°) en aras de la protección del medio ambiente. Asigna este autor un rol netamente ejecutor y fiscalizador al Presidente de la República respecto de las garantías que la ley resuelva restringir: "Las limitaciones deben no sólo ser enunciadas por el precepto legal, sino reguladas en forma precisa y completa, en términos que la autoridad administrativa sólo debe aplicar dicho precepto y fiscalizar el cumplimiento de las restricciones o limitaciones".¹⁸⁸

Rajevic ha dicho que la tesis extensiva o absoluta exige que las normas legales "desarrollen las materias reservadas a la ley hasta el máximo de determinación posible". Así, para esta tesis, según el autor toda regulación correspondería a la ley, y al reglamento sólo la ejecución de tales regulaciones.¹⁸⁹

Frente a los convincentes argumentos de la reserva legal absoluta, corresponde entonces efectuar el siguiente razonamiento: si el artículo 61 N° 1 de la Constitución prohíbe la delegación de atribuciones legislativas al administrador (DFL) en materia de garantías constitucionales; si el artículo 19 N° 26 de la misma sólo menciona al legislador a la hora de regular, limitar o complementar "las garantías que ésta establece"; y si, con la excepción del artículo 19 N° 13 y su referencia a las "disposiciones generales de policía", todas las demás garantías constitucionales sólo reconocen la injerencia del legislador, en algunos casos con énfasis absoluto, "sólo la ley" (19 N° 24) y en otros simplemente remitiéndose a él ("respetando las normas legales que la regulen"), ¿por qué cabría entonces admitir que la potestad reglamentaria tiene espacio constitucional para regular derechos individuales?

¹⁸⁷ Todos estos cuerpos legales entraron en vigencia después del funcionamiento permanente del Congreso Nacional (11-3-90). Podemos agregar otras leyes promulgadas con anterioridad, igualmente inconstitucionales, como la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que contiene remisiones normativas al SEREMI respectivo en materias de reserva legal (véase art. 117).

¹⁸⁸ JULIO LAVÍN VALDÉS, *Legislación restrictiva de derechos y libertades para proteger el medio ambiente*, en XXV Revista Chilena de Derecho N° 1, 1998, p. 183.

¹⁸⁹ Véase RAJEVIC, ob. cit. en nota N° 182, p. 33.

La fuente de la potestad reglamentaria es el N° 8 del artículo 32 de la Ley Fundamental, que admite se ejerza en aquellas materias que no son propias del dominio legal, por un lado, y para la ejecución de las leyes, por otro. Existe un relativo consenso doctrinario en cuanto a que la *potestad reglamentaria autónoma* no cabe en absoluto respecto de las garantías constitucionales, sea regulando, complementando o limitando, todo siguiendo el texto literal del art. 32 N° 8. Las preguntas son, entonces nuevamente: ¿Cuáles son los parámetros de la *potestad reglamentaria de ejecución* en relación con estas acciones? ¿Cabe del todo esta potestad? ¿Bajo qué parámetros?

8.3.1.4 Reserva legal relativa

La interrogante anterior se responde acudiendo a la concepción misma de que parte de la doctrina sugiere entender por potestad reglamentaria, su naturaleza, y por el rol que se pretende del gobernante en la conducción del Estado. Así, Silva Cimma afirma que "la Administración es mucho más que una mera ejecutora de la ley". Distingue este autor entre "*Poder Administrador*" y "*Poder Ejecutor*" o "*Ejecutivo*". Dice Silva que "*la labor del Presidente de la República o de cualquier autoridad u órgano administrativo es mucho más amplia que la mera ejecución de la ley*".¹⁹⁰

Por tanto, hay quienes, como él, piensan que la potestad reglamentaria debe tener una presencia esencial en la regulación de las actividades, los derechos y las garantías de las personas. Dicho de otra forma, para estos autores no es posible concebir que las actividades sociales se desarrollen o los derechos se ejerzan directamente por el individuo bajo los parámetros de la ley, pero en un ámbito de libertad y desconexión normativa respecto del funcionario administrativo. No se estima propio de un diseño constitucional operativo, en suma, sustraer al administrador de toda regulación y "confinarlo" a la mera fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales.

Camacho Zepeda parece insertarse en esta clase de concepción doctrinaria, que nosotros sistematizamos bajo la inspiración indicada. Articulando una crítica a la sentencia del TC "*Bases del Medio Ambiente*", defiende este autor el inválido artículo 49 del proyecto, que venía proponiendo la imposición de restricciones y prohibiciones de derechos por decreto supremo. Para ella, este precepto constituía "*un típico caso de colaboración entre ley-reglamento, en el que el legislador-parlamentario invoca el poder administrativo para que éste termine de regular la materia de acuerdo a las bases (fines y medios) consignadas por el texto legal*".¹⁹¹

¹⁹⁰ ENRIQUE SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), p. 20.

¹⁹¹ GLADYS CAMACHO ZEPEDA, *La discrecionalidad administrativa en tela de juicio*, en *Gaceta Jurídica* N° 214 (abril, 1988), p. 7.

En estas legítimas tesis se observa una concepción de trasfondo nostálgica de la administrativación de la vida ciudadana. De hecho, se postula formalmente una interpretación extensiva de la expresión "normas legales", inclusiva de la potestad reglamentaria. "*En realidad, las actividades económicas se desenvuelven en un ámbito administrativizado por excelencia, sobre todo por la importancia que tienen el éxito y la marcha de la economía. En este sentido, la expresión 'con sujeción a las normas legales que la regulen' debe comprender todo el universo de normas jurídicas incluyendo, o mejor sin excluir, las normas administrativas que tienen incidencia sobre estas actividades por cuanto son parte del ordenamiento jurídico*".¹⁹²

Es prudente hacer notar que el conflicto doctrinario entre las potestades reglamentaria y legislativa se traba, en definitiva, al recurrirse por los autores partidarios de aquella al principio del dominio máximo legal, su historia fidedigna y su texto en el artículo 60 de la Carta.

Es efectivo que, siguiendo una proposición del comisionado Raúl Bertelsen, quien propuso "un cambio en la distribución de las materias propias de ley y de reglamento", la CENC acordó en su sesión N° 355 la adopción de la técnica del llamado "dominio máximo legal" para la nueva Ley Fundamental.¹⁹³ Como es sabido, esta técnica reemplazó el dominio mínimo legal de la Constitución de 1925 y cede en favor de la potestad reglamentaria, puesto que le confiere al legislador competencia para dictar leyes sólo en aquellas materias expresamente enumeradas en el artículo 60 de la Constitución, quedando, por exclusión, todo el infinito residuo normativo restante en el ámbito competencial de la potestad reglamentaria.

Hay suficientes antecedentes históricos para convencerse de la firme voluntad de la Comisión de acotar la que se estimó una excesiva intromisión legislativa en zonas reglamentarias. Jaime Guzmán resaltó en la misma sesión N° 355 la congruencia que existe entre el criterio del dominio máximo legal y "*la concepción del gobierno moderno en cuanto a ser el conductor de la vida nacional, especialmente en los planos económico, administrativo, internacional y social*".¹⁹⁴

El Presidente de la CENC cerró en la misma sesión el acuerdo que aprobó la existencia de los reglamentos autónomos y de ejecución con una intervención que despeja toda duda en la intención del constituyente: "*El señor Ortúzar (Presidente) recuerda que durante muchos años el legislador penetró abusivamente en el campo de la potestad reglamentaria, lo que viene a reforzar el planteamiento*".¹⁹⁵

Como recuerda Cea, este acuerdo de la CENC fue controvertido por el Consejo de Estado, pero la Junta de Gobierno respaldó el criterio de los comisionados y el dominio máximo legal llegó de esta forma a ser una realidad vigente en la Carta.¹⁹⁶

¹⁹² CAMACHO, ob. cit. en nota N° 191, p. 16.

¹⁹³ RAÚL BERTELSEN, en *Actas*, ob. cit. en nota N° 104, sesión 355, p. 2278.

¹⁹⁴ JAIME GUZMÁN ERRÁZURIZ, en *Actas*, ob. cit. en nota N° 104, sesión 355, p. 2279.

¹⁹⁵ ENRIQUE ORTÚZAR, en *Actas*, ob. cit. en nota N° 104, sesión 355, p. 2279.

¹⁹⁶ Véase CEA, *Sobre el principio...*, ob. cit. en nota N° 181, p. 421.

8.3.1.5 Tesis neutra: ¿Hay espacio para una reserva legal poderosa?

Creemos que es evidente que la técnica del dominio máximo legal es armónica con el régimen de gobierno presidencialista introducido por la Ley Política de 1980. Es impensable dudar que el constituyente de 1980 pretendió fortificar la Presidencia de la República. El artículo 60 no es sino una pieza más de un diseño que potencia al Presidente por sobre el Congreso, y que se viene a unir a la iniciativa legislativa exclusiva (art. 62, inciso 3° y siguientes), la calificación de las urgencias (art. 71), el llamado a legislatura extraordinaria (art. 32 N° 2), y otros fuertes elementos de preeminencia institucional presidencial dispersos en el articulado supremo.

No obstante, nada de esto puede hacer pensar que la Carta de 1980 pretendió debilitar la reserva legal en materia de complementación y regulación, e incluso limitación o restricción de garantías individuales. Existiendo consenso en que le está vedada a la potestad reglamentaria autónoma regular, normar o incluso complementar garantías constitucionales (art. 19 N° 26 y 61 inciso 2°), algunos autores plantean equivocadamente el conflicto, al sugerir que la tesis de una reserva legal envuelve simultáneamente la total exclusión de la potestad reglamentaria de ejecución, la que no podría ingresar jamás a la zona de derechos constitucionales.

Esta parte de la doctrina, que corresponde habitualmente a la que se aviene con la reserva legal relativa, hace una mala interpretación de lo que se entiende por una reserva legal absoluta, reforzada o poderosa. Creemos que esta clase de reserva perfectamente admite la potestad reglamentaria de ejecución en zonas de garantías individuales, pero siempre limitada a la ejecución de la ley, y jamás en un plano regulatorio, ni menos limitativo o restrictivo de derechos, porque ello sólo corresponde a la ley y sólo allí donde la Carta la habilita.

Pero, ¿qué es la ejecución de la ley?

El mismo Bertelsen, propulsor del dominio máximo legal, precisó en la misma sesión N° 355 de la CENC el alcance normativo de los reglamentos de ejecución. Explicó que ellos son los "que desarrollan, detallan y llevan adelante las disposiciones legislativas, tarea esta última del Poder Ejecutivo, de donde emana su denominación".¹⁹⁷

Si se observa con rigor, el lenguaje del mismo comisionado que propuso el dominio máximo legal evitó la palabra *regulación* para la tarea de los reglamentos de ejecución, en un contexto que hace aparecer vistosa la omisión. "Desarrollan, detallan y llevan adelante" fueron los verbos rectores, pero no "regulan", ni menos "limitan".

González Fernández se ha referido a este problema y propone diversos parámetros que resultan constitucionalmente admisibles para el reglamento en la ejecución de la ley. En su trabajo concluye que un reglamento de ejecución obra

dentro de la legalidad y es por ende constitucional cuando su contenido tiene por finalidad: a) establecer la *forma* en que ha de cumplirse la ley, o b) *asegurarse* que la ley se cumpla, o c) verificar que la ley se cumpla de forma *expedita*, o bien d) que se *facilite la ejecución* de lo dispuesto por la ley.¹⁹⁸

Nos parece éste un aporte interesante y válido, pero de alguna forma, tal como otras aproximaciones doctrinarias, parece sumergirse en deslindes semánticos que resultan difíciles de determinar. ¿Qué medios pueden usarse por el reglamento para asegurar o facilitar el cumplimiento de la ley? ¿Pueden imponerse regulaciones? ¿Cómo facilitar el cumplimiento de una ley sin disponer "regla" ninguna obligatoria para el titular del derecho?

Este trabajo pretende ser herramienta útil al ejercicio de la profesión de abogado, lo que obliga a un esfuerzo de realismo al tratar la reserva legal. Permítasenos entonces plantear una tesis impecable ante la Carta, pero realista ante el mundo real: la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como "ajustar a regla o someter a reglamentación"; pero la esencia de la ejecución—que la separa de la regulación—consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley. He ahí la esencia de la potestad reglamentaria de ejecución tolerada por la Constitución y he ahí la frontera entre lo constitucional y lo inicuo, ilegítimo e inconstitucional.

8.4 Regulación económica en el Derecho Comparado

8.4.1 Francia

La jurisprudencia constitucional francesa ha resuelto el problema de la regulación reglamentaria de los derechos económicos sobre la base de la sentencia "*Pris de baus à ferme*" de 27 de noviembre de 1959, pronunciada por el Consejo Constitucional francés. Este dictamen impuso muy tempranamente los límites entre el dominio de la ley y el de la potestad reglamentaria respecto de la regulación económica.

Al efecto, construye la teoría de "los principios generales" y de "la legislación anterior".

Comenta Favoreau sobre este caso: "A principios de 1959, el gobierno decidió modificar el modo de establecer los precios de arrendamientos de fincas, tal como estaba fijado por el artículo 812 del Código Rural en la redacción que le había

¹⁹⁷ BERTELSEN, en Actas, ob. cit. en nota N° 104, sesión 355, p. 2279.

¹⁹⁸ MIGUEL ANGEL GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, *Procedencia y ámbito de la potestad reglamentaria en relación con las garantías constitucionales* (Santiago, mimeo, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1994).

dado la ley del 23 de marzo de 1953. El gobierno, estimando que podía por sí mismo operar esta modificación, emitió un decreto, sobre la base del artículo 37 de la Constitución. Sensibilizados ante la emoción de los finqueros, dos senadores, los SS. Bajoux y Boulanger, presentan una propuesta de ley tendiente a la estabilización de los arrendamientos y a la abrogación del decreto del 7 de enero de 1959".¹⁹⁹

Se impugnó la constitucionalidad de este proyecto de ley ante el Consejo Constitucional francés. Su sentencia representa un símbolo de los tiempos que corrían luego de la dictación de la Carta de De Gaulle (Constitución de 1958). Este Supremo Código renovó las tendencias dirigistas con aires liberales, escenario constitucional que tomó tiempo en aquilatarse por los poderes públicos.

Así, el Consejo Constitucional resolvió que los principios constitucionales envueltos en la causa, "a saber, la libre disposición del bien por parte de todo propietario, de la autonomía de la voluntad de los contratantes y de la inmutabilidad de las convenciones, deben ser apreciadas en un cuadro de limitaciones de carácter general que han sido introducidas por la legislación anterior para permitir ciertas intervenciones, juzgadas como necesarias, del poder público en las relaciones contractuales entre particulares", para los supremos intérpretes de la Constitución francesa, las regulaciones administrativas de los valores de los arriendos rurales no fueron vistas en aquel caso "como comportando una alteración a los principios fundamentales aplicables a la materia".²⁰⁰

Luego, el decreto regulatorio de 1959 era constitucional, porque la potestad reglamentaria tenía competencia para impartir regulaciones económicas dirigistas que no alteraran la legislación anterior, fundada en dichos principios colectivistas. Como contrapartida, si lo que se pretende es imponer regulaciones que alteren esos principios y legislación anterior, sólo el legislador es competente para llevarlas a cabo.

Los criterios del Consejo francés fueron aquí un tanto rígidos, pero comprensibles para una época de mutación constitucional. Con posterioridad, en fallo de 16 de enero de 1982, declaró que la libertad de emprendimiento puede ser regulada de tal forma, que "sólo las restricciones arbitrarias abusivas" serán contrarias a la Declaración de Derechos.

Finalmente, la libertad de industria y comercio, que comprende el derecho a la libre empresa y a la libre competencia, se entienden garantías constitucionalizadas a contar del dictamen de 16 de enero de 1982. Así, toda regulación, ejecutiva o legislativa, está delimitada por estas libertades básicas. Más duda existe respecto de si la libertad de contratación, o autonomía de la voluntad contractual, goza en

¹⁹⁹ LUIS FAVOREAU y PHILIP LOÏC, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel* (Paris, Editorial Sirey, 6° ed. 1991), p. 73.

²⁰⁰ Considerandos 4° y 6° de la sentencia del caso *Pris de baus à ferme*, en FAVOREAU, ob. cit. en nota N° 199, p. 73.

Francia de nivel constitucional. Favoreau y Loïc estiman que a lo menos tienen rango legal, en carácter de principios generales, desde que el artículo 34 reserva a la ley la determinación de los principios fundamentales del régimen de obligaciones civiles y comerciales.²⁰¹

8.4.2 España

La doctrina española ha sido profusa en teorizar acerca del alcance del principio de reserva legal en la regulación de derechos fundamentales. Su jurisprudencia constitucional ha venido también definiendo su alcance desde el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales de 1931, antecesor del Tribunal Constitucional creado en la Carta española de 1978.²⁰²

La Constitución Española contiene un precepto muy similar a nuestro artículo 19 N° 26, pero más funcional y explícito respecto de la reserva legal. Dice el artículo 53 N° 1 de esa Ley Fundamental:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Así como la garantía de garantías de nuestro N° 26 opera como límite al legislador respecto del contenido esencial de los derechos, el artículo 53 N° 1 de la Carta española ratifica dicha intangibilidad esencial, pero agrega explícitamente la exclusividad que tiene el legislador para regular el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

Con este marco, apreciablemente análogo al chileno, repasaremos las diversas interpretaciones que se ha dado en España al principio.

8.4.2.1 Reserva legal general

Dos tendencias parecen dominar el panorama doctrinario español. Rubio Llorente plantea la férrea exigencia de una habilitación legal para toda clase de regulación reglamentaria de derechos fundamentales. Ningún reglamento podría dictarse para regular garantías sin contar previamente con lo que llama "apoderamiento legal". Ignacio de Otto, en cambio, encabeza una tendencia contraria, que avala la inter-

²⁰¹ Véase FAVOREAU ET LOÏC, ob. cit. en nota N° 199, p. 474.

²⁰² El tribunal de Garantías Constitucionales de 1931 declaró inconstitucionales diversas regulaciones que afectaron a la libertad de empresa por actos o normas administrativas, en 1935 y 1936. Véase M. BASSOLS COMA, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981).

vención administrativa en todas las materias no cubiertas por la reserva concreta constitucional.²⁰³ Se apoya en jurisprudencia del TC español que ha admitido reiteradamente remisiones cuando la reserva no es absoluta.²⁰⁴

Las habilitaciones legales genéricas al reglamento desencadenan la primera pregunta que se hace la doctrina española, completamente válida para nosotros: ¿Es la ley la que siempre debe establecer el contenido esencial de las regulaciones? Cuando así debe ser, Rubio habla de normas *ad-extra*; pero cuando es admisible una ley genérica y un reglamento reguladores de la esencia, normas *ad-intra*. El autor continúa su respuesta sugiriendo una acertada pero difícil distinción inicial entre las normas "que inciden directamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos" y aquellas que no lo hacen.²⁰⁵⁻²⁰⁶

En el primer caso, es decir, normas que imponen una sujeción directa y general de los ciudadanos, "es la ley y no el reglamento la única fuente posible". El asunto se traslada a la pregunta: ¿Cuáles son estas leyes? Responde el autor: Son todas las que establecen los "actos de gravamen", es decir, los que "restringen de uno u otro modo la libertad o imponen cargas económicas". Libertad y propiedad serían los derechos cuya regulación necesariamente pasa por actos de gravamen y, por ello, se ubican entre aquellas en que las materias esenciales de la regulación deben establecerse por ley.

García de Enterría niega la constitucionalidad de la regulación reglamentaria independiente. Para él, si bien la reserva legal no excluye las cláusulas generales de habilitación a la potestad reglamentaria, sí excluyen la regulación "independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador".²⁰⁷

Como se ve, la clave de la reserva legal está dada por el juego entre regulaciones accidentales —que el reglamento podrá siempre imponer— y esenciales, que corresponden a la ley cuando la norma afecte de un modo general la libertad o la propiedad de los individuos.

Javier Viciano, por su parte, exige tres requisitos a la regulación administrativa de derechos constitucionales.

A. No puede tocarse o alterarse el contenido esencial abstracto de los derechos (p. 138) [su contenido mínimo, indisponible por los poderes públicos, ya que de lo contrario su falta supondría la inexistencia de los derechos] (p. 123).

Según Viciano, todo derecho también tiene un contenido no esencial, que consiste en los derechos 'concretos', instrumentales, necesarios para ejercer el de-

recho abstracto. Estos pueden variar según las circunstancias. En estos casos, las limitaciones serían inconstitucionales cuando se transgreden por ellas los principios de *proporcionalidad* y *razonabilidad* por los cuales se debe regir la actuación de los poderes públicos, especialmente cuando limitan un derecho constitucional. Para él, la proporcionalidad sería la comprobación de la causa en relación con la necesidad de una normativa restrictiva.

- B. La limitación o regulación de un derecho siempre debe estar sometida a control: de necesidad, de proporcionalidad y temporalidad.
- C. Siempre se debe limitar por ley.

8.4.2.2 Doctrina del Tribunal Constitucional Español

La limitación o regulación de los derechos constitucionales, en el parecer del Tribunal, podría encomendarse al reglamento. Esto, a pesar del texto expreso del artículo 53 de la Carta Fundamental. Ya el Tribunal, en 1981, sancionó como aptas para regular el derecho de propiedad, las normas contenidas en el decreto-ley.

No obstante, la regulación reglamentaria debe ser precedida por una habilitación legal suficiente. La norma inferior que limite los derechos constitucionales no puede erigirse como autónoma ni independiente de la ley. Por otra parte, la ley no puede abdicar en favor de las normas reglamentarias a su deber de regular algún derecho constitucional, dejando tal potestad en sus exclusivas manos. En efecto, por una parte, necesita de la ley para nacer y, por otra, se encuentra subordinada a ella. La norma reglamentaria debe contener simples detalles de la regulación contenida en la ley, todos necesarios para su ejecución. "Lo que quiere decir que no pueden aceptarse las cláusulas legales que efectúan una remisión en blanco a las normas reglamentarias en cuanto ello pueda suponer una deslegalización de la materia reservada a la ley, ni los reglamentos independientes o *extra legem*".²⁰⁸

El mismo Tribunal ha fallado:

"Principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación in-

²⁰³ Véase IGNACIO DE OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes (Barcelona, Editorial Ariel, 1987).

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 1984 (Nº 83).

²⁰⁵ RUBIO LLORENTE, ob. cit. en nota Nº 124, p. 26.

²⁰⁶ Esta distinción es generalmente acogida por la doctrina española.

²⁰⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo (Madrid, Ed. Civitas, 1991, 1992).

²⁰⁸ Véase PRIETO SANCHEZ, Estudios sobre Derechos Fundamentales (Madrid, Debate, 1990), pp. 141 ss., citado por VICIANO, ob. cit. en nota Nº 3, p. 142.

dependiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador [...] las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria... (sólo serán constitucionales cuando) restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales [...] en virtud de las que se produce una verdadera [...] abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.”²⁰⁹

Por tanto, la reserva legal es absoluta, dejando al reglamento el simple detalle de los aspectos y limitaciones ya contenidos en la ley.

8.4.3 Alemania

La doctrina constitucional alemana, siempre profunda y destacada, ofrece valiosos avances sobre el tema de la regulación de derechos fundamentales. Ha creado para ello diversas categorías que confluyen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (Alemania).

Como recuerda Bacigalupo, comentando una sentencia del Tribunal Administrativo Alemán, la Ley Fundamental de Bonn distingue entre derechos fundamentales sometidos a reserva o habilitación legal, de aquellos no sometidos a tal reserva.²¹⁰

Respecto de los primeros derechos, la doctrina alemana distingue entre los límites que deben observarse en el “momento legislativo” (cuyo obligado es el legislador), de aquellos propios del momento aplicativo (dirigidos al administrador).

En el momento legislativo, la Constitución Alemana no sólo impone la intangibilidad del contenido esencial del derecho (artículo 19.1.2) —otro aspecto crucial más recogido por nuestro constituyente de su símil germano de 1949— sino también, según ha interpretado el Tribunal Alemán, corresponde observar el principio de proporcionalidad.²¹¹

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 27 de julio de 1984, citada por VICIANO, ob. cit. en nota N° 3, pp. 141-142.

²¹⁰ CONSÚLTASE MARIANO BACIGALUPO, *La Aplicación de la Doctrina de los Límites Inmanentes a los Derechos Fundamentales sometidos a reserva de limitación legal*, en XIII Revista Española de Derecho Constitucional, N° 38 (mayo-agosto, 1993), p. 297.

²¹¹ El artículo 19, N° 2 de la Ley Fundamental Alemana dispone: “En ningún caso el contenido esencial de un derecho fundamental puede ser afectado”. Equivalente a nuestro artículo 19 N° 26, el principio ha sido llamado también por la doctrina alemana de la intangibilidad del “contenido nuclear” (Kerngehalt) o “núcleo duro” (harter Kern).

Bacigalupo observa que la garantía del contenido esencial ha perdido importancia a la hora de regular derechos básicos en Alemania, frente al emergente principio jurisprudencial de la proporcionalidad.

8.4.3.1 El principio de proporcionalidad en Alemania

El principio fue desarrollado por el Tribunal Constitucional teutón a partir del artículo 20.3, Estado de Derecho: “La legislación estará sujeta al orden constitucional; el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial estarán limitados por la ley y la justicia”. Kommers recuerda que la mayoría de los casos en que este principio ha sido invocado por el tribunal emanan de la ley alemana de protección de la juventud, de 1960.²¹² Este cuerpo legislativo autoriza una cierta clase de censura para materiales considerados pornográficos por la Oficina Federal de Censura. Impugnada ante el tribunal, éste desechó los argumentos a contar del *Caso Heinrich*, sobre la base de que la ley satisfizo el principio de proporcionalidad exigido por la Carta.

¿Cuáles son los parámetros de la regulación *proporcionada* de los derechos fundamentales en Alemania en el momento legislativo?

Se resumen en tres exigencias a la ley:

- *Idoneidad* o adecuación;
- *Necesariedad*, para lo cual “no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin (perseguido con la limitación o regulación) podría lograrse...”²¹³ y
- *Proporcionalidad* en sentido estricto entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico que se pretende salvaguardar con tal limitación.

8.4.3.2 El momento aplicativo en Alemania

Las exigencias doctrinarias para el momento aplicativo son una creación reciente, porque siempre se estimó en Alemania que los derechos fundamentales tenían su mayor riesgo en la intervención del legislador.

Se resumen estas exigencias —que de suyo debe observar el administrador al regular derechos— en el principio del efecto recíproco, llamado también del efecto irradiante. Bacigalupo lo resume como la exigencia de actuar de forma restrictiva, aplicando una “ponderación entre el derecho fundamental sacrificado y el bien o valor salvaguardado por la ley respecto de cada acto aplicativo”.²¹⁴

²¹² Véase KOMMERS, ob. cit. en nota N° 87, p. 425.

²¹³ BACIGALUPO, ob. cit. en nota N° 210, p. 300.

²¹⁴ BACIGALUPO, ob. cit. en nota N° 210, p. 304.

8.4.3.3 Los límites inmanentes

Por último, respecto de los derechos fundamentales que no están sometidos a reserva legal, y en los cuales, por consiguiente, no existe una habilitación expresa al legislador para limitar o regular, surge en Alemania la teoría de los *límites inmanentes*.

Este principio surge luego de considerar el Tribunal que "el hecho de que tales derechos no están sometidos a reserva de limitación legal no significa que no tenga límite algunos".²¹⁵

Estos hallan sus límites en los derechos fundamentales de las otras personas, así como en los bienes y valores de rango constitucional, cuando éstos entran en conflicto entre sí. En este punto, la Ley Fundamental debe ser interpretada en forma unitaria o armonizadora.

En medio de toda esta riqueza doctrinaria, el Tribunal ha debido enfrentarse a reclamaciones de empresarios particulares que impugnan regulaciones económicas efectuadas por el administrador. El derecho a la libertad de profesión u oficio (art. 12.1) no contiene habilitación alguna a los poderes públicos para su limitación o regulación; no obstante, es corriente que tales regulaciones se emitan afectando el mercado de bienes y servicios. ¿Qué ha resuelto el Tribunal?

Ha introducido la tesis de que la *delimitación del ámbito de protección* de un derecho económico es un fenómeno distinto de la afectación del libre ejercicio del mismo. Así, la falta de cobertura legal para una autoridad administrativa no siempre deviene en inconstitucional su regulación, si lo que está haciendo es simplemente levantar la *cobertura de protección* del derecho, más que afectarlo al mismo.²¹⁶

Doctrina peligrosa, pero que debe interpretarse en armonía con las demás exigencias de los momentos *legislativo* y *aplicativo*.

8.4.4. Estados Unidos

La estabilidad de la Constitución norteamericana a través del tiempo facilita el análisis y comentario de las políticas regulatorias, especialmente en materia económica. La división de poderes, inspirada en la doctrina de Montesquieu y Locke, entre otros, permite atribuir a cada órgano un modo de ser distinto, y a partir de éste, funciones y atribuciones diferentes. El problema radica en que en la práctica no se produce una incomunicación total entre los órganos, sino se entrelazan ámbitos donde la línea divisoria no se encuentra claramente marcada. La doctrina constitucional norteamericana, sintetizada por Breyer y Stewart, ha abordado el

²¹⁵ BACIGALUPO, ob. cit. en nota N° 210, p. 305.

²¹⁶ Véase el caso en que el recurrido fue el Ministerio Federal de la Salud, en BACIGALUPO, ob. cit. en nota N° 210, p. 311.

tema de cuáles son las materias específicas pertenecientes a cada poder del Estado, demarcando sus límites naturales y específicos.

Analizaremos las soluciones de los autores a través de dos puntos de vista:

- a) La reserva legal como manifestación de la separación de poderes.
- b) La reserva legal como resultado de la *no-delegación*.

8.4.4.1. Separación de poderes y garantía individual

En Estados Unidos, la doctrina de separación de los poderes asume como principio esencial el recelo hacia el Poder Ejecutivo. El nacimiento mismo del país federal en 1887, fruto de colonias independientes entre ellas, produjo un fuerte sentimiento constitucional de restricción a la autoridad central unipersonal.²¹⁷

Así, la doctrina norteamericana exige que las intromisiones que haga la autoridad en materia de la libertad individual sean practicadas en términos generales, y por personas responsables políticamente, distintas a aquellas encargadas de la ejecución de las normas emitidas. Esto, porque la separación es necesaria para asegurar la uniformidad e imparcialidad en la aplicación de las sanciones. De lo contrario, se produciría una superposición de intereses, donde las normas se elaborarían por el fin único de producir un efecto deseado en el interés personal del agente que la produce. Entonces, se buscaría un *efecto* y no una *causa* válida para producir una norma, provocándose un grave desorden lógico.

Por lo demás, el principio de separación entre quienes *hacen* las leyes y quienes las *ejecutan* permite reducir el poder efectivo del gobierno respecto de los ciudadanos, y reducir la posibilidad que el poder estatal pueda ser tomado en su totalidad por una sola facción. De este modo, se logra un equilibrio, donde ninguna porción del poder estatal puede hacer notar su hegemonía absoluta, sino para lograr un determinado fin, debe conciliar intereses con los otros poderes, interactuando juntos y responsablemente en pos del bien de las personas, y asegurando sus garantías individuales. Lo novedoso es que se funde la doctrina con la práctica, pues algo, que es teoría, se traduce en asegurar a los individuos su condición natural de seres libres, permitiéndoles actuar en sociedad con pleno goce de sus derechos elementales.

No obstante lo anterior, surge una dificultad de naturaleza práctica, que imposibilita al Poder Legislativo de tomar por sí mismo todas las decisiones que limiten las libertades individuales. Esto ocurre debido a que el número de casos es tan grande, que muchas veces la formulación general de la ley deja abierta una autorización tácita o expresa al Ejecutivo para que éste decida, limite o sancione un

²¹⁷ Para una comprensión rápida de esta realidad política de Estados Unidos, puede verse, del autor, el artículo *El Fast Track: Orígenes, Fundamentos y Efectos Jurídicos*, en Revista del Abogado N° 5 (Santiago, Colegio de Abogados de Chile, 1995), pp. 10-14.

determinado comportamiento. Si una ley es tan vaga y general, existe un importante riesgo que el poder administrativo efectivamente controle la imposición de sanciones y ocupe esta atribución con fines electorales, alejados de su verdadero propósito. Las cortes norteamericanas, respecto de este conflicto, han decidido y exigido reiteradamente que una delegación de atribuciones del Poder Legislativo en favor del Poder Ejecutivo se haga con la forma de una ley de tipo delegatoria, autorizando expresamente lo que se puede realizar.

De acuerdo a Breyer y Stewart, la separación de poderes en el Estado constitucional anglo-americano no sólo distingue entre aquellos que hacen normas generales de aquellos que las ejecutan. Se reserva, por cierto, un rol esencial a un organismo judicial independiente, autónomo. *"Las cortes han tradicionalmente resuelto controversias entre ciudadanos particulares, creando una esfera judicial distinta a la esfera pública. Esto permite disgregar aún más el poder del Ejecutivo, y pretende hacer realidad el tema de la autonomía de los cuerpos intermedios en lo referido al ámbito privado y particular. Asimismo, las cortes han desempeñado una función 'revisora', asegurando el cumplimiento por parte del Ejecutivo, de todas aquellas normas públicas que lo regulan, velando por la obediencia del personal administrativo, para evitar un exceso de poder eventualmente ejercido sobre los ciudadanos"*.²¹⁸

En definitiva, lo medular de la doctrina norteamericana de separación de poderes es asegurar a los ciudadanos que sus garantías serán sólo reguladas en virtud de una norma general, pero a la vez precisa, tomada responsablemente por un poder del Estado independiente de aquel que haga ejecutar las normas y de aquel que luego juzgue las controversias.

8.4.4.2. La doctrina de la no-delegación

Explicábamos en la sección anterior que en ocasiones la *generalidad* de las normas regulatorias emitidas por el Poder Legislativo las hacen ser vagas e imprecisas, y que esto obliga a delegar excesivamente atribuciones al Poder Ejecutivo, que de suyo no le corresponden. Esto deja a los ciudadanos indefensos ante el abrumador poder del Ejecutivo, que legalmente (no necesariamente desde el punto de vista constitucional) está facultado para sancionar conductas que a éste le parezcan impropias e inadecuadas. Entonces, lo que en principio es general y objetivo se transforma en un elemento discrecional y subjetivo, que pone en grave peligro las garantías individuales de los ciudadanos.

Después del caso *Crowell v. Benson*, en 1935, aparentemente hubo escasos controles al poder del Congreso para otorgar poder a las agencias en lo referido a su función 'judicial' y 'legislativa'. Más aun, las cortes han tenido un amplio poten-

cial para ejercer este control, por medio de cuatro vías fundamentales apoyadas en la doctrina clásica:

- a) No-delegación: Las cortes pueden oponerse a grandes delegaciones de poder por parte del Congreso hacia el Ejecutivo.
- b) Revisión de hecho: Las cortes pueden revisar los hechos para determinar si realmente se ajustan al registro o protocolo.
- c) Revisión legal: Las cortes pueden revisar las decisiones para determinar si estrictamente se encuentran dentro de los márgenes legales.
- d) Cumplimiento del debido proceso: Las cortes pueden invocar la Constitución, los estatutos y la ley común para prescribir el procedimiento del Ejecutivo.

8.5 Regulación económica: jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno

La jurisprudencia del TC ha debido referirse con insistencia al tema de la regulación legal económica, tópico ubicado dentro del tema mayor de la reserva legal en general. Los fallos específicos referidos a la regulación económica son, hasta la fecha, sólo tres.²¹⁹ Ellos corresponden a los consabidos *Publicidad Caminera I* (1992) y *II* (1993) y *Bases del Medio Ambiente* (1994); los dos primeros en estrecha vinculación con el derecho de propiedad y el último con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Adicionalmente, los autores agregan a los precedentes en materia económica la sentencia del caso llamado *Tarifas de Peajes* (1994), aunque nos parece que se interna más bien en el área de la legalidad tributaria.

Como sea, el Tribunal ha debido enfrentar el asunto de definir el ámbito de la potestad reglamentaria frente a la reserva legal, en general, en una serie de otros complejos pronunciamientos. Habrá que anotar aquí *"Ley de Aduanas"* (1996), *"Ley de Presupuestos"* (1996) y *"Tratados Marco"* (1999), sólo para reseñar los fallos que más directamente se han hecho cargo de esta tensión. En *ley de aduanas*, la reserva legal se impuso frente a la potestad reglamentaria de la mano de los *principios constitucionales* de legalidad, justicia y no afectación tributarias. En *ley de presupuestos*, el TC viró y admitió la elástica extensión de la potestad reglamentaria en materia de gasto, relegando la ley de presupuestos sólo a la calidad de "ley marco" y privando al legislador de su atribución, que hasta entonces pretendía exclusiva, de aprobación excluyente del gasto público. En *tratados marco*, la reserva legal se enmarca en un nuevo frente de continua tensión institucional, que es el abierto por el artículo 50 N° 1 inciso segundo de la Constitución en relación con aquellas medidas que el Presidente adopte, "o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un

²¹⁸ STEPHEN BREYER & RICHARD STEWART, ob. cit. en nota N° 176, p. 38.

²¹⁹ Año 1999.

tratado en vigor", porque éstos no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

Es así como la reserva legal —como principio operativo constitucional general— ha sido desafiada o invocada ante nuestra corte constitucional con insistencia; podríamos incluso decir que se está convirtiendo en el asunto de mayor tensión constitucional de los últimos años. Y hasta ahora no podría en rigor obtenerse una conclusión clara de la línea que mejor se está asentando en doctrina y jurisprudencia.

En materia estrictamente económica, afortunadamente, la situación está levemente más consolidada. Para Zapata Larraín, el Tribunal ha navegado desde la Reserva Legal Absoluta (*Publicidad Caminera I y II*), profundizada por el fallo de la ley de Bases del Medio Ambiente "que excluye cualquier atisbo de participación administrativa en la regulación de las libertades" al laxismo y liviandad en "Tarifas de peajes". Este último pronunciamiento, dice Zapata, desfiguró la doctrina hasta entonces desarrollada, al prevenir:

*"[...] contrariamente a lo sostenido por el reclamante, el Decreto Supremo objetado se sustenta precisamente en el principio cuya ausencia se reprocha, toda vez que la Administración ha procedido a su dictación en la facultad que confiere a S.E. el Presidente de la República el artículo 3° de la Ley-N° 14.999 de 1962, en cuanto a 'establecer peajes en los caminos, puentes y túneles que estime convenientes, fijando su monto' y 'para determinar los vehículos que no pagan esta contribución'."*²²⁰

El Tribunal validó el Decreto Supremo impugnado en Tarifas de Peajes, invocando una ley anterior a la Constitución de 1980, manifiestamente inconstitucional ante los N°s. 20 y 21 de su artículo 19. De por medio está el tema de si el TC ha sido orgánicamente facultado para aplicar directamente la Constitución en su análisis de constitucionalidad del decreto impugnado, o bien si es la Corte Suprema la que por vía de inaplicabilidad debe previamente declarar inconstitucional la fuente legal de 1962. Baste por ahora advertir que el resultado en este caso es inicuo y la regulación económica se entrega directamente al administrador.

Nos unimos así a la prevención de Zapata:

*"En la práctica, lo que hace Tarifas de Peajes es sustituir la controvertida 'reserva legal absoluta' de las doctrinas previas, por una no menos discutible, y probablemente más peligrosa Potestad reglamentaria soberana".*²²¹

²²⁰ Considerando 2° de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1995 (rol N° 183), en Fallos del Tribunal Constitucional, ob. cit. en nota N° 75, p. 142.

²²¹ ZAPATA LARRAÍN, ob. cit. en nota N° 115, p. 202.

Si bien este autor no comulga con la violación del principio de reserva legal para la regulación económica, también discrepa de la que llama "doctrina de la reserva legal absoluta". Le objeta a ésta el exigir a la ley "un nivel de detalle incompatible con la naturaleza de la función legislativa", restándole además flexibilidad al Ejecutivo.

Nos parece que está en lo cierto el autor, en tanto cuanto la *flexibilidad* que se solicita para el Ejecutivo y su potestad no derive en la imposición de criterios, parámetros, exigencias y condiciones más exigentes para el titular del derecho que aquellos previstos por el legislador. Frente a la casuística de los conflictos elevados a la Corte en relación con la garantía de la libertad económica, podemos advertir que éste no es un temor infundado.

No obstante, creemos que en Tarifas de Peajes el TC resolvió en favor de la norma administrativa cuestionada por una razón distinta del punto central correspondiente a la reserva legal regulatoria. En efecto, los sentenciadores, en apenas cinco considerandos, no entraron a teorizar sobre el apropiado grado de intervención administrativa en la reserva legal económica, sino que invocaron el argumento formal emanado de la disposición séptima transitoria. Esta norma permite la subsistencia de las leyes que establezcan tributos de afectación al tiempo de entrada en vigencia de la Constitución de 1980 —prohibidos por su artículo 19 N° 20— mientras no sean expresamente derogadas. Así, crea una figura que podríamos llamar "zona de ultractividad normativa", que impide la derogación tácita de una norma legal previa a la Carta de 1980 e inconciliable con ésta. En Tarifas de Peajes, el TC reconoció que los peajes son "tributos" y recordó que, desde que los peajes están *afectos* a la construcción y conservación de la red caminera del país por el artículo 3° de la Ley 14.999, de 1962, se aprovechan del beneficio de ultractividad indicado. Esto "*implica el actual y pleno efecto jurídico del tributo de afectación de que se trata, intertanto las leyes que le sirven de base no hayan sido abrogadas de un modo expreso*".²²² Asimismo, como la facultad administrativa de establecer peajes por decreto supremo emana del referido artículo 3°, que se estimó vigente, para el TC este argumento bastó para rechazar el requerimiento.²²³

Como se ve, Tarifas de Peajes no es en rigor un antecedente preciso en la batalla jurisdiccional por la extensión de la reserva legal en materia de regulación económica. Pese a su resultado alineado con la potestad reglamentaria intrusiva del terreno legal, creemos que la razón determinante en el fallo del TC fue la disposición 7ª transitoria que permite la ultractividad de los tributos de afectación.

²²² Considerando 4° de la sentencia de fecha 17 de mayo de 1995 (rol 183).

²²³ El considerando 5° del fallo *Tarifas de Peajes*, de tres líneas, concluye en la forma indicada "*que de lo razonado con anterioridad surge en evidencia que el tributo cuestionado en el decreto N° 434 ha sido concebido dentro de la esfera de la legalidad y que, por ende, es constitucional*".

8.6 Regulación de la actividad económica en ámbito municipal

La siguiente arista constitucional a revisar en materia de regulación de la actividad económica es aquella que se verifica al interior de un municipio, y que se ejerce por las autoridades municipales. Como dice Yrarrázaval, "algunos han creído que las ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por los municipios harían excepción al principio constitucional" de la reserva legal de la regulación económica.²²⁴

¿Puede regularse la actividad económica por la autoridad municipal?

Una respuesta apegada al principio de reserva legal que hemos venido revisando sugiere negar del todo una intervención municipal en la regulación económica. La revisión de la jurisprudencia, tanto como la realidad de las cosas, revelan, por el contrario, una creciente participación de los Alcaldes, Concejos Municipales, Directores de Obras Municipales y otros funcionarios que se abocan resueltamente a la regulación de las actividades económicas al interior de los municipios, intervención que resulta en general tolerada por la débil revisión judicial de que viene siendo objeto.

8.6.1 Fuentes de la intervención municipal

Creemos que el origen de este peligroso fenómeno constitucional tiene dos clases de fuentes normativas: una remota y otra inmediata.

La fuente remota es el concepto de "autonomía municipal" que emana del artículo 107 de la Constitución, en particular de su inciso cuarto, que dispone: "Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna".

El artículo 11 de la Carta refuerza esta autonomía para efectos financieros: "Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas".

Luego, existen un respaldo y una aspiración genérica del constituyente por consolidar a la municipalidad como un ente de administración interior que opere en forma autónoma en los amplios fines que le son propios. De hecho, la referencia expresa al vago concepto de "progreso económico" del artículo 107 podría ya invocarse por un intérprete poco riguroso como suficiente validación de la regulación económica por normas municipales.

Como sea, el municipio ha sido dotado ya en el plano constitucional de una legitimidad en su actuar autónomo, pese a que nada señala la Carta respecto de

sus atribuciones específicas al remitir estas a la LOC respectiva. "Una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades", reza la primera frase del inciso 5° del referido artículo 107.

Las referencias constitucionales a la autonomía –aun genéricas– se añaden a la fuente inmediata, constituida por las numerosas disposiciones legales que facultan a las autoridades municipales para ejercer atribuciones normativas en materia económica.

Por su infinidad no se citarán en detalle; baste señalar la filosofía de los artículos 3° y 4° de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Mientras aquel le atribuye a los municipios ciertas funciones privativas, acentuándose el verbo rector de *aplicar* las disposiciones sobre transporte y tránsito público y sobre construcción y urbanización en la forma que determinen las leyes, éste le señala ciertas funciones *facultativas* para ejercerse en conjunto con otros órganos del Estado. Entre éstas, basta que se trate de funciones "relacionadas con" asuntos como el turismo, el deporte y la recreación, la capacitación y promoción del empleo, la urbanización, la misma vialidad urbana y rural, y otras.

Todas estas actividades pueden dar lugar al lucro o utilidad, convirtiéndose en económicas en un sentido constitucional. Luego, si estas actividades forman parte de la órbita de actuación de las municipalidades, ¿de qué forma pueden intervenir en su regulación estas corporaciones autónomas?

Para una respuesta directa, baste citar el artículo 5° letra d) de la misma LOC N° 18.695:

"Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: [...] d) Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular".

Impacta la vaguedad de la Ley 18.695. Mediante este precepto se está confiando a las municipalidades una *atribución esencial* absolutamente abierta, desvinculada de toda referencia a actos, sectores de actividad o tópicos determinados que circunscriban su ámbito, pero revestida de imperatividad, de coercibilidad y eventualmente también de "generalidad" ("...resoluciones obligatorias con carácter general o particular").

Es decir, pese al esfuerzo del resto del artículo 5° de la ley citada, que opera con ámbitos temáticos específicos, se podría erróneamente concluir –como de hecho ocurre– que las municipalidades estarían facultadas para dictar verdaderas normas jurídicas –generales e imperativas– en cualquier ámbito de actividades, con el solo requisito que se haga "para el cumplimiento de sus funciones".

A su vez, el artículo 3° exhibe *funciones* que ingresan legítimamente a zonas donde la actividad económica o empresarial privada suele ser el objeto de la norma, particularmente la construcción y urbanización.

Así, el conflicto está planteado. Las municipalidades estarían facultadas para regular la actividad económica, usando como fuente los preceptos legales citados

²²⁴ ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, *Orden Público Económico: ficción o realidad*, ob. cit. en nota N° 29 pp. 10-14.

y dictando normas que no son "legales" en un sentido estricto, pero sí jurídicas. ¿Es ésta una excepción a la reserva legal económica que se tolera por la Constitución?

8.6.2 Regulación, bienes municipales y nacionales de uso público

Ante la Ley Fundamental existe un ámbito que parte de la doctrina considera lícito para la regulación de la actividad económica y el comercio por parte de los municipios. Se trata de aquellas que se desarrollan en los bienes municipales y nacionales de uso público. Dice el artículo 56, letra f) de la Ley 18.695:

"El alcalde tendrá las siguientes atribuciones: [...] f) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público de la comuna que correspondan en conformidad a esta ley".

La doctrina ha aceptado que por esta vía indirecta el comercio en esta clase de bienes sea regulado por decretos alcaldicios, ordenanzas municipales u otras normas de rango inferior a la ley.

En cuanto a la regla general, se pregunta Bruna Contreras: "...¿Puede regularse la actividad comercial a través de una Ordenanza Municipal? Enfatícamente digo que no, aunque la Municipalidad de Recoleta, en este caso, pretenda lo contrario. Como argumento bastan los N^{os}. 21 y 26 del artículo 19 de la Constitución, relacionados con los artículos 6 y 7 sobre subordinación a la Constitución y competencia de los órganos del Estado. Mientras esas normas estén vigentes, las Municipalidades —pese a su autonomía— no pueden arrogarse facultades que la ley no les ha dado".²²⁵

Y agrega el mismo autor, en relación con el alcance del artículo 56 letra f) de la ley municipal: "Sí pueden las Municipalidades administrar los bienes nacionales de uso público, como las calles y avenidas, y en el ejercicio de esta facultad pueden otorgar concesiones y permisos sobre ellos. Dentro de las condiciones de estas concesiones y permisos podrán autorizarse, condicionarse y limitarse su uso y aprovechamiento, de modo que, a través de esta vía indirecta, podría permitirse un comercio de ciertos artículos. [...] Incluso en el otorgamiento de estas concesiones y permisos la autoridad debe actuar con un trato igualitario y sin discriminaciones."²²⁶

El comentario se refirió a un fallo de la Corte Suprema, que validó la regulación del comercio callejero al impugnarse en un recurso de protección la facultad edilicia de limitar la venta de determinados artículos en quioscos:

"No ha existido en el actuar de la Municipalidad arbitrariedad alguna, pues la adopción de la Ordenanza se ciñó a las normas constitucionales y legales que la facultaron para reglamentar el uso de los bienes nacionales de uso público."²²⁷

²²⁵ GUILLERMO BRUNA CONTRERAS, en Informe Constitucional N° 811 (13 de junio de 1994).

²²⁶ BRUNA, Informe Constitucional, ob. cit. en nota N° 225.

²²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 1994 (rol 22.824).

En el mismo sentido se insertan otros fallos de la Corte santiaguina, confirmados por nuestro máximo tribunal ordinario. En "Galleani Rodríguez con Municipalidad de Recoleta" (1994), la Corte fue más allá de la mera administración de bienes nacionales de uso público, y validó en general las ordenanzas municipales reguladoras de la actividad económica como respetuosas de la exigencia constitucional "normas legales que la regulen", "pues esta última expresión debe tomarse en un sentido amplio, esto es, incluyendo las Ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por el Municipio en conformidad a la ley, pues de no ser así nunca podría una ordenanza municipal regular la actividad económica desarrollada dentro de su jurisdicción."²²⁸

Otras sentencias simplemente operan bajo la lógica de la obediencia que se debe a las ordenanzas municipales, sin cuestionarse si se trata o no de normas constitucionalmente aptas para regular la actividad económica. Es el caso de "Telemundi TV Cable S.A. con Inspección Municipalidad de Santiago" (1997), en que la Corte Suprema ratificó la validez de una ordenanza local que exigió determinado número de metros para autorizar un local comercial de almacenamiento: "La ordenanza local del plan regulador comunal de Santiago exige una superficie predial mínima de 2.000 m², para el uso de almacenamiento, requisito que estaba vigente cuando la recurrente presentó su solicitud de patente y que no ha alegado ni menos demostrado cumplir. En consecuencia, el rechazo no constituye un acto arbitrario o ilegal, ni ha vulnerado las garantías constitucionales."²²⁹

A diferencia de estas flexibles y sumisas líneas jurisprudenciales, la doctrina parece no discrepar en cuanto a que jamás la reserva legal podría respetarse si se regula la actividad económica mediante ordenanzas municipales. Pero, al mismo tiempo, no se discute la facultad de los municipios para administrar los bienes municipales y nacionales de uso público a su cargo, mediante instrumentos meramente locales. Esto, dice Bruna "lleva a confundir al público, creyendo que se regula el comercio y no el uso del bien público."²³⁰ No es éste el criterio de la Corte en el citado "Galleani Rodríguez", que, sin atender a los bienes sobre los que recae, simplemente valida la regulación comercial por la vía de considerar a las ordenanzas municipales "normas legales" en el sentido del art. 19 N° 21 de la Constitución.

8.6.3 Actividad económica sujeta a permiso precario municipal

Un tema adyacente que sí ha producido discusión doctrinaria es el relativo a la calidad del permiso o concesión que el municipio puede conferir a un particular sobre un bien que administra. Mientras el citado Bruna Contreras estima que por

²²⁸ Considerando 2° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de marzo de 1994, conociendo del RAE caratulado "Galleani Rodríguez con Municipalidad de Recoleta" (rol 191-94). Confirmada por la sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 1994 (rol 22.824).

²²⁹ Citado en Informe Constitucional N° 1.585 (1° de septiembre de 1997).

²³⁰ BRUNA, en Informe Constitucional N° 995.

la vía de la administración de los bienes municipales y nacionales de uso público la corporación edilicia podría conferir permisos precarios, en tanto no actúe "como reguladora general de la actividad", Vergara Blanco sólo admite que los municipios otorguen concesiones, pero jamás permisos precarios.²³¹

En el primer sentido anotamos una sentencia en materia de publicidad que invoca "fines comunales superiores", y, de paso, extingue los derechos de los particulares autorizados previamente a desarrollarla. "La Municipalidad puede poner término a determinadas formas de publicidad o su ejercicio en algunas áreas de la ciudad sin que con ello se vean afectados los derechos de los particulares autorizados previamente, por cuanto la decisión de la corporación ha obedecido a fines comunales superiores y, por tanto, no es arbitraria, y además se han tenido presentes los derechos de los contribuyentes al otorgárseles un plazo superior al de seis meses a que tenían derecho para regularizar la situación de su propaganda."²³²

Otros dos fallos son extraordinariamente precisos en este punto. El primero, de 1991, afirmó que "...La diferencia conceptual entre un permiso y una concesión sobre bienes nacionales de uso público que administra el Municipio, es que aquellos (los permisos), son esencialmente precarios y en consecuencia pueden ser dejados sin efecto o modificados por el Alcalde sin dar ello derecho a ninguna indemnización. La determinación de poner término a los permisos de utilización de un bien nacional de uso público [...] fue adoptada por una Autoridad Administrativa legalmente constituida dentro del ámbito y haciendo uso de las atribuciones que la Constitución Política, la Ley y las Ordenanzas Municipales le facultan..."²³³

En Santiago, en tanto, un grupo de feriantes recurrió de protección alegando que se les había caducado inconstitucionalmente su derecho a desarrollar actividades económicas por medio de una norma municipal. La Corte rechazó la pretensión anulatoria, señalando que "...ningún derecho de rango constitucional puede emanar ni, por lo tanto, verse afectado por un simple permiso para ocupar temporalmente bienes nacionales de uso público, cuando dichos permisos han sido definidos por una Ley Orgánica Constitucional como esencialmente precarios y que, a mayor abundamiento, deja en claro que pueden ser modificados o dejados sin efecto sin derecho a indemnización."²³⁴

Como anunciamos, Vergara Blanco discrepa en este punto. En su criterio no caben los derechos "precarios", al menos sobre los bienes nacionales de uso público, los que sólo pueden ser entregados en concesión. Pese a que el artículo 32 de la Ley 18.695 contempla expresamente los permisos precarios, Vergara impugna su constitucionalidad.²³⁵ "Es injustificado pretender diferenciar un acto que por naturaleza

²³¹ BRUNA hace este alcance respecto de los permisos precarios de publicidad, en Informe Constitucional N° 1.899, de 21 de diciembre de 1998.

²³² Citado en Informe Constitucional N° 1.899 (21 de diciembre de 1998).

²³³ Citado en Informe Constitucional N° 141 (16 de agosto de 1991).

²³⁴ Citado en Informe Constitucional N° 206 (26 de noviembre de 1991).

²³⁵ El inciso segundo del artículo 32 de la ley N° 18.695 valida la precariedad: "Los permisos serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización".

jurídica es siempre 'concesión'. No puede haber 'permiso' frente a bienes nacionales de uso público, y el acto administrativo que otorga un derecho sobre tales bienes (diga lo que diga el legislador, esto es, la mera 'lex', para el Derecho, esto es, el 'ius'), siempre será una concesión. Este distingo que hace el artículo 30 citado, dejando el arbitrio de la Administración, esta diferenciación falaz, es errónea, a mi juicio [...] Una tal precariedad no es válida en Derecho. A mi juicio es un error afirmar lo contrario, y quienes así lo dicen parecen olvidar que la precariedad no se aviene con los principios del Estado de Derecho y, por lo tanto, con nuestra Constitución vigente."²³⁶

Diremos que se trata de una crítica legítima, pero que exige una larga batalla luego del tenor literal del artículo 32 de la Ley 18.695.

En suma, parece ser una realidad fáctica aceptada en estrados judiciales el que las municipalidades estén facultadas para regular el comercio en bienes municipales y nacionales de uso público, e incluso para someterlo a permisos precarios, sin afectar el principio de reserva legal del artículo 19 N° 21 de la Carta.

Pero, ¿qué hay de otras actividades económicas distintas del comercio en esta clase de bienes?

Probablemente el mayor conflicto emana de las atribuciones municipales en materia de urbanismo y construcción, áreas de suyo económicas.

8.6.4 Regulación económica municipal en urbanismo y construcción

La Ley General de Urbanismo y Construcciones y su instrumento reglamentario, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones abren un marco vastísimo a la discrecionalidad municipal en relación con estas actividades. Buena parte de estas atribuciones se confieren a un funcionario denominado "Director de Obras Municipales"; otras al mismo Alcalde, y las menos al Alcalde en conjunto con el Secretario Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo. Las menos se conceden al Alcalde en conjunto con el Concejo Municipal.

Es un hecho que muchas de estas atribuciones fueron diseñadas bajo un marco constitucional distinto al actual, o al menos con una floja conciencia constitucional en principios como la reserva legal económica, los derechos adquiridos, la esencia de los derechos, o la reserva legal en el establecimiento del modo de usar el derecho de propiedad (art. 19 N° 24) o en las obligaciones que emanan de su función social.

Sólo a modo de ejemplo puede citarse la institución del "congelamiento" o postergación de permisos de construcción, edificación, loteo o subdivisión, permitida por el artículo 117 de la LGUC hasta por el plazo de un año.

²³⁶ ALEJANDRO VERGARA BLANCO, en Informe Constitucional N° 141 (16 de agosto de 1991).

De abierta inconstitucionalidad, instituciones como éstas son escasamente fiscalizadas en su constitucionalidad por las Cortes de Justicia.²³⁷ Parecieran recaer en áreas supuestamente técnicas cuyo escrutinio resulta engorroso a los jueces, en particular cuando se presentan avaladas por funcionarios de la Administración como los Secretarios Regionales Ministeriales.

Creemos que se impone contrapesar la fuerza de una creciente autonomía municipal y su sana función descentralizadora y geopolíticamente deseable, con una reforma de sus instituciones urbanísticas efectuada ante un riguroso criterio constitucional. De lo contrario, la vigencia de las garantías individuales del OPE será crecientemente ilusoria y principios como la supremacía constitucional, la reserva legal económica y, en definitiva, el Estado de Derecho, una aspiración incumplida.

Son estas las lecciones que emanan de una sentencia poco común y de extraordinaria lucidez, que desnuda el rango meramente reglamentario de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Frente a un conflicto urbanístico que enfrentó la Ordenanza con la Carta Fundamental, la Corte de Concepción reflexionó (1995) que antes que respetar la Ordenanza en cuestión, el funcionario municipal debe enmarcar su discrecionalidad en el respeto a la Constitución: ¡loado sea Dios!

“La Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones tiene únicamente rango reglamentario y si existe alguna antinomia entre ella y la Ley, corresponde a los tribunales hacer primar y aplicar ésta. Si la norma reglamentaria va más allá de la ley no sólo es ilegal, sino además contraria a la Constitución por exceso normativo. La Ley, en forma cuidadosa, señala las exigencias para lotear, subdividir y construir poblaciones, sin dejar entregado nada a la discrecionalidad funcionaria, pues ello sería factor de grave inseguridad jurídica, impropia de un Estado de Derecho. La seguridad jurídica exige que las autoridades ajusten su quehacer a normas objetivas, absolutamente claras, que puedan ser conocidas oportunamente y en forma completa por cualquier persona. No hay norma legal que permita a la Dirección de Obras o a cualquier otra autoridad, impedir discrecionalmente un loteo o urbanización si se cumplen las exigencias legales. No puede interpretarse la Ordenanza General como lo ha hecho la Directora de Obras, estimando el proyecto no factible o inconveniente, pues ello llevaría a una conclusión inadmisibles: que ese cuerpo legal sería ilegal inconstitucional, al echar por tierra todo un sistema elaborado cuidadosamente por la ley. La legalidad constitucional significa que ha de observarse el respeto a las normas jerárquicas superiores, de forma que el uso de esa facultad no conduzca a una solución que implique perturbar un derecho o garantía

²³⁷ Para una crítica de este torcido proceder municipal, véase del autor *Discrecionalidad Urbanística y Garantías Constitucionales*, en XXV Revista Chilena de Derecho N° 1 (1998), pp. 243-248.

constitucional. La discrecionalidad, de existir, tiene por límite las garantías constitucionales. Toda actuación discrecional debe ajustarse a principios lógicos elementales. La negativa de la autoridad no puede fundarse en su propia incapacidad para resolver situaciones que a ella competen, con lo que se quiere significar que un servicio público deficiente no puede ser razón para justificar una oposición.”²³⁸

9. REGULACIÓN ECONÓMICA Y DERECHOS ADQUIRIDOS

Una vez admitido como bien jurídico constitucional el principio de reserva legal de la regulación económica, surge el problema de los límites que el legislador debe respetar en esta tarea.

Más propiamente vinculado con el derecho de propiedad, es útil ahora subrayar que existe un límite constitucional inamovible para la ley al regular la actividad económica: el respeto a los derechos adquiridos. Esta limitación emana del inciso segundo del N° 24 del artículo 19, de la doctrina y la creciente jurisprudencia al respecto.

El problema para doctrina y jurisprudencia, desde luego, es avanzar a un concepto más unívoco y comprensible de “derechos adquiridos” que el ofrecido hasta ayer. La clásica dicotomía *derechos adquiridos-meras expectativas* parece insuficiente ayuda al tenor de una vida económica cada vez más compleja, materializada mediante actos y contratos impensadamente creativos e innovadores.

Esta tarea en materia de derechos adquiridos, no obstante, corresponde preferentemente al derecho civil, a la que ha colaborado notablemente la sentencia del TC de cuyo texto se extractará lo atinente a la existencia de este límite. Por su parte, al Derecho Constitucional le corresponde probar la existencia del límite, su conveniencia, constitucionalidad, sentido y alcance:

Dijo al respecto nuestro tribunal homónimo:

“La regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución y, consiguientemente, respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas. Una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos por las personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición.”²³⁹

²³⁸ Citado en Informe Constitucional N° 1.140 (23 de octubre de 1995).

²³⁹ Considerando 29 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1995, caso “*Deuda Subordinada*” (rol N° 207), en Fallos, ob. cit. en nota N° 75, pp. 285-315.

10. REGULACIÓN ECONÓMICA Y ÓRGANOS ANTIMONOPOLIOS

Un último aspecto de interés constitucional en materia de regulación de la actividad económica se vincula con la normativa antimonopólica.

La legislación antimonopólica tiene por objeto la defensa de la libre competencia, y para ello la ley confiere fuertes facultades a determinados órganos administrativos, jurisdiccionales y mixtos. Es el caso de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva.

Ante la Constitución y las garantías del OPE: ¿Pueden estos órganos imponer regulaciones a la actividad económica?

El ex Fiscal Nacional Económico Waldo Ortúzar escribió: "...ni la Constitución ni ley alguna han autorizado a la H. Comisión (resolutiva) para imponer reglas de carácter general y obligatorias a todos los agentes económicos o a grupos o individuos en el ejercicio de sus respectivos giros".²⁴⁰

Con este comentario disparaba contra la sentencia de la Comisión Resolutiva de fecha 10 de agosto de 1995, dictada luego de la consulta efectuada por la Línea Aérea Nacional sobre compra de acciones de Ladeco, con oposición de National Airlines y de Iberia.

Ortúzar le reprochó a aquel dictamen, con razón, que pese a declarar que la proyectada compra de acciones por parte de LAN no ponía en peligro la libre competencia, la Comisión se entregó a la tarea de regular la actividad económica que desarrollará la sociedad así fusionada. Esta avocación regulatoria se ubica completamente fuera de su competencia constitucional y legal, siendo, no obstante, desarrollada por la Comisión "con un celo interventor digno de la antigua Dirinco".²⁴¹

Es claro que la frontera entre la defensa de la libre competencia y el establecimiento de regulaciones a la actividad económica es sutil, pero crucial. Empero, en el plano orgánico la situación es clara. La Comisión Resolutiva gozó de una atribución legal que, innegablemente fue derogada orgánicamente por la Carta de 1980. La letra b) del artículo 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, facultó a la Comisión para dictar instrucciones de carácter general a las cuales deberían ajustarse los particulares en la celebración de actos o contratos que pudieren atentar contra la libre competencia.

Ante la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, por efecto de los artículos 19 N° 21 y 60 N° 2, tal precepto fue tácitamente derogado, al resultar del todo inconciliable con la reserva legal regulatoria en materia económica. Nótese que la propia definición de la voz "regular" citada por el TC recuerda que consiste en

"ajustado y conforme a regla". Luego, si la Comisión está facultada para dictar instrucciones a las que deberán "ajustarse" los particulares en determinadas materias contractuales económicas, las que deberán regir con un sentido de permanencia en el tiempo, entonces se está indiscutiblemente avocando a la regulación económica.

La legislación antimonopolios, en síntesis, tiene fundamento económico y legal y se justifica para evitar el símil de la paradoja democrática de Popper aplicada a la actividad económica. No obstante, como todas las normas, personas, instituciones o grupos, deben respeto a la Constitución y habrá el legislador de abstenerse de facultar a órganos no legislativos para imponer regulaciones económicas. Los órganos antimonopolios podrán prevenir o sancionar; pero jamás regular.

11. RESERVA LEGAL Y TRATADOS INTERNACIONALES

Existe una zona de emergente problemática en materia de reserva legal y garantías económicas, que es la referida a los tratados internacionales. Son varias las preguntas cuya respuesta jurisprudencial resulta amenazante para una efectiva vigencia de la reserva legal:

- ¿Cómo se aprueba un tratado? ¿Cuán obligatoria es la intervención del Congreso en tratados que se refieren a garantías constitucionales? ¿Cómo debe interpretarse la frase "la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley", del N° 1 del artículo 50 de la CPR?

Otras interrogantes se suceden a continuación:

- ¿Cómo se ha interpretado la autorización constitucional al Presidente para adoptar medidas o celebrar acuerdos en cumplimiento de tratados marco? (autorización que tiene como fuente el inciso segundo del mismo precepto);
- ¿Cabe distinguir entre disposiciones programáticas y autoejecutables de un tratado para efectos de su control constitucional?

La respuesta a estas inquietudes resulta esencial para que el principio de reserva legal tenga alguna viabilidad en materia de legislación de tratados. Una interpretación extensa de la potestad reglamentaria en esta zona, que vulnere el límite que el mismo artículo 50 de la Ley Fundamental contiene -"a menos que se trate de materias propias de ley"-, terminaría; y veremos que a ello nos encaminamos, horadando la reserva legal en esta parte del ordenamiento.

Como una forma de dilucidar estos temas, revisaremos en detalle el más reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales. Sus considerandos y nuestros comentarios permitirán al lector apreciar la complejidad a que se está llegando en la materia.

²⁴⁰ WALDO ORTÚZAR LATAPIAT, en Informe Constitucional N° 1.103 (25 de agosto de 1995).

²⁴¹ ORTÚZAR, ob. cit. en nota N° 240, p. 3.

11.1 Estudio del fallo del TC en caso "Tratado sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", rol N° 309, de 4 de agosto de 2000²⁴²

La trascendencia de esta sentencia del Tribunal Constitucional exigiría un comentario profundo y completo. Es tal la variedad de materias de fondo y de forma que se analizan, que numerosas páginas serían necesarias para satisfacer las inquietudes dogmáticas que se nos presentan de su lectura.

No obstante, la sistematización de materias, propia de este texto, no obligará a priorizar materias, sintetizar y asumir un lenguaje casi coloquial, evitando citas y transcripciones extensas.

11.2 Lecciones de forma y fondo

La sentencia recaída en este caso exhibe una dualidad forma-fondo que mueve a reflexión. Mientras lo resuelto en la forma satisface ampliamente –pese a que el requerimiento fue rechazado en todas sus partes–, lo resuelto en el fondo alimenta preocupación, según ya veremos.

En esto último, el Tribunal usó dos novedosas herramientas para entender que, aún ante la fuerte contraposición entre la letra del tratado y la Constitución, aquel no cae en vicio alguno de constitucionalidad. Las herramientas son: la tesis de la "incompatibilidad constitucional" y la distinción entre disposiciones *autoejecutables* y *programáticas* de un tratado internacional.

11.3 Aprobación de un tratado internacional. Planteamientos

Es incuestionable que el aporte más trascendente de la sentencia se ubica en los considerandos relativos a la inconstitucionalidad de fondo de que se acusó al Convenio N° 169 de la OIT. En ellos, el Tribunal abordó por vez primera –al menos con esta claridad– el problema del quórum con que se deben aprobar los tratados internacionales en el Congreso. Asimismo, consolidó el tribunal la doctrina del *saneamiento de los quórum*, en cuya virtud no objetó ésta, una nueva equivocación del Congreso en el tema.

Los requirentes, basados en la aplicación práctica que hace el Senado, con el mérito del informe en la materia de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de dicha corporación de octubre de 1993, reclamaron que el

²⁴² Fallo se pronuncia sobre el llamado *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, adoptado con fecha 27 de junio de 1989 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Posteriormente, el Convenio fue presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional para su aprobación. Luego de superar exitosamente este trámite parlamentario, 31 diputados dedujeron en su contra requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el que falló de la forma que revisamos en este caso práctico de estudio.

acuerdo aprobatorio del Tratado debió reunir el quórum más alto exigido por las materias que incluya. En este caso, 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio, por contenerse en el Tratado materias de LOC.

El Presidente de la República, en una defensa que además de equivocada nos parece jurídicamente audaz, afirmó hasta último momento que todo tratado internacional debe aprobarse con quórum de ley simple. Para ello, interpretó que la segunda frase del N° 1 del artículo 50 de la Carta, al referirse el constituyente a "los trámites de aprobación de una ley", quiso indicar "ley común", con su quórum de simple mayoría de parlamentarios presentes.

Es aquí donde emerge la reflexión: ¿justifica la defensa de un tratado ante el TC el uso de herramientas de interpretación tan difíciles de acomodar armónicamente en nuestro sistema? Piénsese que, de operar el Congreso según lo postuló el Presidente de la República, bastaría firmar y aprobar toda clase de tratados con quórum simple, sobre las más diversas materias, para dismantelar, en unos pocos años, toda la jerarquía normativa chilena. Técnicamente, por esa vía podría llegar a reformarse nuestro Código Político con simples y frágiles quórum parlamentarios.

Aquí estuvo en juego mucho más que el rango de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, asunto que pese a su obviedad constituye foco de legítima discrepancia al tenor de la redacción confusa del artículo 5, inciso 2° de la Carta. Aquí la aprobación de toda clase de tratados y convenios internacionales resultaba afectada por la temeraria tesis presidencial. El Jefe de Estado, en uso de la atribución del artículo 32 N° 17 de la Carta, y requiriendo para su aprobación parlamentaria una simple mayoría, negociaría, firmaría y ratificaría tratados sobre toda clase de materias con un peso incontrarrestable: un Supremo Legislador.

11.4 El Tribunal Constitucional: Quórum es consustancial a la tramitación de una ley

El Tribunal Constitucional dictaminó en este punto:

Que una interpretación armónica y sistemática de los artículos 50, N° 1, y 63, inciso segundo, del Código Fundamental llevan, indubitadamente, a la conclusión que si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes, pues de aceptarse que basta el quórum exigido para las leyes comunes en la tramitación del acuerdo aprobatorio de dicho tratado se estaría infringiendo el artículo 63, inciso segundo de ella.

Es perfectamente conciliable el propósito pretendido por el artículo 50, N° 1, con la obligación que deriva del artículo 63. De esta manera, interpretando ambas

normas constitucionales de forma razonable, fuerza es concluir que las disposiciones de tratado —en el caso que este cumple normas de distinta naturaleza— se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto, de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara Legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso de que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo.

El Tribunal resolvió con sabiduría el rechazo a la tesis del Presidente de la República. Para ello atribuyó a la frase respectiva del N° 1 del artículo 50 de la Carta un alcance tan preciso como evidente: los trámites de aprobación de una ley son consustanciales al quórum con que esa ley debe aprobarse.

Es decir, no es posible admitir que el constituyente haya querido referirse al quórum de ley común en dicha frase, porque al exigir para los tratados "los trámites de aprobación de una ley" quiso incuestionablemente exigir también los quórum respectivos según el artículo 63. El quórum, entonces, es un requisito indisoluble del concepto "aprobación".

De esta forma, el TC exige que la votación para la aprobación de un tratado se divida según los distintos grupos de materias que éste contenga, aplicándose los quórum respectivos a cada una de ellas. La solución del Tribunal es intermedia entre requirentes y Presidente, pero no me parece transaccional, sino plenamente armónica con la Ley Suprema.

En relación con la problemática especial de los tratados, que sólo pueden aprobarse o desecharse por el Congreso, pero no modificarse por éste, según la Carta, restaba resolver qué ocurre frente a la aprobación de algunos artículos o materias, y el rechazo de otros u otras.

La decisión de nuestro órgano de control constitucional también es sensata aquí. Como el artículo 50 sólo permite al Congreso "aprobar o desechar" los tratados internacionales que se le presenten, la aprobación parcial de un tratado no fraccionable sencillamente equivale a rechazo, significa constitucionalmente "desechar el tratado".

Como ya hemos comentado, todo este razonamiento de forma resulta trascendente, sólido, lógico y cautelador de la armonía de las jerarquías en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora, resta preguntarse, ¿por qué el Tribunal rechazó la inconstitucionalidad de forma, si tanto la Cámara como el Senado calificaron todas las materias del tratado como de ley común, y el sentenciador estimó que había materias de LOC?

11.5 Doctrina del saneamiento de los quórum

La respuesta a la interrogante anterior pasa por la ya antigua doctrina del saneamiento de los quórum, es decir, el saneamiento del vicio de forma por haberse reunido, en el hecho, los votos de tantos parlamentarios como aquellos necesarios para cumplir el requisito constitucional de acuerdo al artículo 63 del Código Rector.

Este saneamiento no es en realidad tal en el sentido estricto, porque en derecho público no hay transcurso del tiempo ni ratificación expresa que convaliden un acto inicialmente nulo. Frente a una nulidad de derecho público no cabría tal saneamiento, porque se trata de una nulidad *ab initio, contra constitutionem*, como la ha calificado el profesor Eduardo Soto Kloss.²⁴³

Aquí simplemente ocurre que las Cámaras equivocan la calificación de la materia de una ley o tratado, estimando que requiere votación de ley simple, por ejemplo, pero, acto seguido, aprueban el proyecto o tratado tantos parlamentarios cuantos la materia, correctamente calificada, exige.

El Tribunal estimó que el Tratado de Pueblos Indígenas y Tribales modifica al menos dos leyes orgánicas constitucionales, la N° 19.175 sobre Gobierno Interior y la 18.915, sobre Congreso Nacional. Esta última, por ejemplo, al imponer a las comisiones parlamentarias la obligación de consultar a los pueblos indígenas en proyectos de su incumbencia, mientras el artículo 22 permite a las comisiones obrar facultativamente en las citaciones, nunca imperativamente.

Pues bien, el Tribunal sólo constató que el Tratado fue aprobado por suficientes parlamentarios como para reunir el quórum de 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio requeridos para modificar una Ley Orgánica Constitucional. Así el Congreso, pese a no haber procedido a votar formalmente una ley orgánica constitucional, reunió el quórum suficiente para ello.

11.6 Inconstitucionalidad de fondo: la incompatibilidad y las normas programáticas

Una lectura simple del texto del Tratado acusa inmediatamente una serie de inconstitucionalidades de fondo, es decir, normas incompatibles con los preceptos sustantivos de nuestra Carta. Algunas de ellas dependen de la percepción axiológica que se tenga de las políticas de discriminación positiva o *affirmative action*; lo serán o no según el concepto de "iguales" que se tenga de los grupos indígenas ante la garantía de la no discriminación arbitraria, por ejemplo. Pero otras inconstitucionalidades son formales, independientes de la concepción del sentenciador.

²⁴³ EDUARDO SOTO KLOSS, *La Nulidad de Derecho Público en el Derecho Chileno* en Gaceta Jurídica N° 125 (noviembre, 1990), pp. 16-23.

Dentro de éstas últimas, por ejemplo, se ubica claramente el artículo 14° del Tratado, que directamente reconoce el derecho de propiedad a los pueblos indígenas, no sólo sobre las tierras que ocupan o poseen, sino sobre tierras a las que *hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*. ¿Qué clase de derecho es este? Es en realidad muy difuso y temerario; los requerientes sostuvieron que se trata de una expropiación de particulares a particulares.

Otra norma igualmente difícil de acomodar a nuestra ley fundamental es la del artículo 15, que dispone que en caso de que los minerales y subsuelo pertenezcan al Estado, los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas interesados antes de autorizar prospecciones o explotaciones; y que, en caso de afectarlos, deberá pagarse a ellos una indemnización.

¿Cómo fue posible para esta clase de normas del tratado salvar el examen de constitucionalidad?

Tanto para los artículos 14 y 15, como para otras análogas, el Tribunal aplicó la distinción entre *disposiciones autoejecutables* o *self executing* y *disposiciones programáticas* o *non self executing*.

Estas últimas serían aquellas *que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno*. Se reconocerían, según el tribunal, por la conjugación en futuro de sus verbos rectores ("...los gobiernos deberán..."; o "...deberán tomarse medidas...").

Según los sentenciadores, las normas programáticas no pueden ser inconstitucionales desde pronto, porque no son normas vigentes ni lo serán por obra del tratado. Sólo cabe pronunciarse respecto de ellas, cuando se implementen mediante la legislación futura. Así, los artículos 14 y 15 salvaron la inconstitucionalidad.

Dijo el Tribunal:

Los tratados, para su aplicación en el orden interno del país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina "self executing" y "non self executing".

Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuentes del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.

Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esta vía les dé vigencia efectiva.

Y agregó:

Esta precisión resulta determinante para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos del tratado, toda vez que aquellos cuyas normas o algunas de ellas requieran, para tener fuerza interna, de una actividad legislativa o administrativa posterior, no pueden, por esta razón, entrar en contradicción desde pronto con el ordenamiento constitucional, ya que no son normas vigentes ni tampoco lo serán cuando el Presidente de la República ratifique el tratado si es que es aprobado por el Congreso y el Ejecutivo decide así hacerlo. Si los preceptos que se deben dictar para implementarlo llegaren a contener disposiciones contrarias a la Constitución, ello será decidido en su oportunidad por los órganos de control de constitucionalidad que la propia Carta Fundamental establece.

No resulta del todo convincente el argumento del Tribunal. Lamentamos subrayar la discrepancia. La distinción aludida no existe en parte alguna de nuestro ordenamiento y no se explica por sí misma, salvo que se considere al Tratado Internacional como un instrumento especial, cuasi jurídico, *sui generis*, más una herramienta de política internacional que una norma jurídica, pero no una ley vigente propiamente tal, como nosotros postulamos se trata.

En efecto, la legislación común contempla toda clase de fórmulas verbales y mandatos futuros, pero jamás podría afirmarse que, por esta razón, no puede ser incompatible con la Carta Fundamental. También los "programas" pueden resultar perfectamente inconstitucionales, si el amplio mandato o espíritu que los sustenta infringe desde ya nuestras bases normativas.

Pero además otro argumento debutó en este caso de "Pueblos Indígenas". Se trata de la llamada "*incompatibilidad constitucional*", por la cual otra serie de normas, ya abiertamente inconstitucionales, entraron en vigencia.

Esta técnica consiste en incluir en la disposición del tratado una frase que la salve de conflictos con la Constitución de los países, del tipo de "siempre que sea posible", o "siempre que sea compatible con el sistema jurídico de cada Estado...".

Según el TC, algunas normas relativas a la solución de conflictos indígenas por órganos distintos de los tribunales (artículo 9°) y otros de la propiedad minera, se salvan por estar inmersos en artículos condicionados al evento de compatibilidad.

11.7 Conclusión y hermenéutica en tratados internacionales

Así como alabamos la prístina lógica del fallo en el tema de la inconstitucionalidad de forma, no nos resultan fácil de adherir los fundamentos por los que se rechazó

la inconstitucionalidad de fondo. No se trata de pedir al Tribunal que se alinee con la visión axiológica de igualdad que profesan los requirientes. Me refiero únicamente a los problemas sustantivos que no pasan por la igualdad, como el relativo a la propiedad ya citado.

En este sentido, nos parece que en un país legalista y rigorista como Chile, permitir que entren en vigencia normas incompatibles con la Constitución sobre la base de que sólo son programáticas, o sobre la base de que en su texto permiten su aplicación o ignorancia según sean o no compatibles con el sistema, es esperar demasiada responsabilidad de los órganos estatales que diariamente aplican la ley. Consideramos que, al menos, hay una falta por la vía de la economía procesal al permitir que los gobiernos diseñen instrumentos de aplicación de "programas" que nacieron inconstitucionales.

Por último, debe reconocerse que el Tribunal estuvo a la altura de su propia introducción de hermenéutica para este caso: haría "todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución..." (Considerando 3°).

¿Por qué operar así? Según el TC, para evitar... "la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno..." (considerando 3°).

Cabe preguntarse: ¿Cuál es en realidad esa gravedad para Chile? En definitiva, no otra que el tratado objetado podrá ratificarse en su texto original, sino sólo con las respectivas reservas, de ser estas admisibles. ¿Es excesivo castigo por defender la Constitución?

B. LA GARANTIA NEGATIVA: DERECHO AL ESTADO EMPRESARIO SUBSIDIARIO

1. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS Y GARANTÍAS DEL INCISO 2°

El inciso segundo del N° 21 del artículo 19 confiere a "todas las personas" una doble garantía: a) el derecho a que el Estado y sus organismos no desarrollen actividades empresariales o participen en ellas, por regla general, sin una autorización específica, y b) el derecho a que el Estado participe o desarrolle dichas actividades, en la medida de sus facultades, cuando así lo exija el principio de subsidiariedad.

A su vez, la primera garantía contiene las siguientes subgarantías:

- a) El derecho a que la autorización que se otorgue al Estado y sus organismos para excepcionalmente actuar o participar en actividades económicas conste de una ley;
- b) El que esta ley sea aprobada por *quórum calificado*;
- c) Que la ley así aprobada sea *específica*.

d) Derecho a que el Estado y sus organismos, obtenida la autorización legal pertinente, se someta a la legislación común aplicable a los particulares, por regla general.

e) Derecho a que toda excepción a la garantía anterior, conste de ley de *quórum calificado*.

Al introducir esta garantía dejamos registrado que la enfocáramos desde la perspectiva del individuo. Esto es, bajo el prisma de quien tiene una preferencia constitucional para actuar en la vida económica y empresarial, y respecto de quién, mucho más poderoso, debe por regla general replegarse hacia sus actividades que le son connaturales.

Este enfoque constitucional adquiere fenomenal relevancia al tratar el inciso segundo del N° 21. En efecto, la comprensión adecuada del estatuto constitucional del Estado empresario es una prioridad conceptual para cualquier gobernante, legislador, juez, servidor público o empresario privado. De la interpretación que estos agentes hagan del inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 del Código Político dependerá la liberación de una sana energía económica creadora privada, fuente de espacios de progreso y libertad, coexistiendo con una atenta y excepcional intervención subsidiaria. O bien, en el otro extremo, de una asfixiante presencia estatal desincentivadora del empuje económico privado, con libertades individuales decrecientes en un marco de tendencias a la ineficiencia, corrupción, y pobreza.

Entre estos dos escenarios existen múltiples estados intermedios que serán los de mayor o menor conveniencia para una sociedad política determinada, pero en la actualidad se ha llegado a un consenso en cuanto a que las direcciones de la intervención estatal y sus bondades o maldades son las dos reseñadas.

2. DERECHO PREFERENTE DEL INDIVIDUO

¿Por qué hemos de suponer que la persona tiene preferencia sobre el Estado para desarrollar una actividad económica? ¿Por qué el Estado empresario sería un fenómeno reservado para el caso de que el sector privado fracase o no se interese por una determinada actividad económica necesaria para el bien común?

El derecho preferente del individuo se sustenta en varias categorías de razones: filosóficas, de historia fidedigna y de texto constitucional y legal.²⁴⁴ Fruto de este cúmulo de razones, la preferencia individual ha sido recogida consistentemente por la jurisprudencia.

²⁴⁴ La Ley N° 18.695, LOC de Municipalidades, por ejemplo, ratifica a nivel legal la subordinación empresarial de estos entes autónomos, pero igualmente pertenecientes a la Administración del Estado (art. 1°, inciso 2° de la Ley N° 18.575). Dice el artículo 9 de la LOC Municipalidades: "Las municipalidades podrán desarrollar actividades económicas o participar en ellas sólo si una ley de *quórum calificado* las autoriza".

2.1 Alcance del inciso primero del N° 21 e historia fidedigna

Para demostrar la excepcionalidad del Estado empresario, es necesario resolver previamente si el Estado tiene o no derecho a ejercer la garantía que consagra el inciso primero del número 21, como cualquier persona lo tiene. ¿Es el Estado un sujeto activo de la garantía general?

En la Sesión N° 388 de la CENC, los comisionados Enrique Ortúzar y Raúl Bertelsen argumentaron en contra de tal posibilidad. Al aprobarse el inciso primero, Ortúzar acotó: "No se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica en la hipótesis de no establecer la excepción relativa al Estado". Bertelsen, sin embargo, observa más certeramente: "Las garantías constitucionales no se aseguran al Estado sino a las personas, por lo cual no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas".²⁴⁵

Más adelante Bertelsen, de destacada participación en esta sesión N° 388, puntualizaría: "Los particulares son los que tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y 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.

La excepcionalidad del Estado empresario quedaba, entonces, nítida en las actas de la CENC e historia fidedigna de la norma.

El fundamento de esta primacía empresarial de los agentes privados, como recuerda Soto Kloss, descansa en que la libertad económica se concibió en la CENC como "una proyección de la libertad personal, tan amagada en épocas anteriores y desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática".²⁴⁶

2.2 Alcance del vocablo "sólo"

La preferencia empresarial del individuo sobre el EE emana, sin mayores consideraciones, atendiendo al vocablo "sólo" del inciso segundo del N° 21. En efecto, esta palabra, que subraya que el evento que contempla sólo tiene lugar una vez cumplidos determinados requisitos, devela la intención lógica del constituyente de imponer una regla general, no sujeta a requisitos habilitantes –inciso primero– y una excepción, el inciso segundo, sometida a exigencias calificadas.

2.3 Jurisprudencia

La jurisprudencia ha venido ratificando plenamente el punto específico de la preferencia empresarial del particular frente al Estado empresario. Y, cuando ha

²⁴⁵ Actas, ob. cit. en nota N° 104, sesión N° 388, p. 2913.

²⁴⁶ EDUARDO SOTO KLOSS, *La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile*, en *Ius Publicum* N° 2 (Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 1999), p. 119.

rechazado recursos en materia de libertad económica, se cuida de no cuestionar la indicada preferencia.

2.3.1 Tribunal Constitucional y derecho preferente

En varias sentencias nuestro TC, sin excepciones, ha reafirmado la subordinación estatal frente al derecho preferente del individuo para el desarrollo de actividades económicas y empresariales. De ellas, cabe seleccionar aquella que se pronunció sobre el requerimiento de inconstitucionalidad deducido contra la Ley 19.085, de 2 de octubre de 1991, que sancionó la privatización de la Zona Franca de Iquique.

Dijo el TC en su considerando 5°: "dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N° 21 antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares".²⁴⁷

El pronunciamiento sería la base para rechazar el requerimiento, inteligentemente planteado sobre la problemática de los quórum requeridos para derogar una ley de EE. Se verá más adelante este problema constitucional.

2.3.2 Tribunales ordinarios y derecho preferente

Ha dicho en esta materia la Corte de Santiago:

a) En *Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca y Alcalde de Santiago*.

"...el propósito perseguido por la consagración del derecho a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, es que quiere conferir a los particulares una intervención preferente en el desarrollo de las actividades económicas, reservando, en cambio, para el Estado sólo un rol subsidiario en ese ámbito que es precisamente el de los negocios extractivos, productivos, manufactureros, constructivos o de cualquier otra índole semejante."²⁴⁸

b) En *Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile*.

"El art. 19 N° 21 de la Constitución denota que son los particulares quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y que el Estado sólo puede abordarlas si una ley especial, de *quórum calificado*, así lo autoriza, esto por aplicación del principio de subsidiariedad."²⁴⁹

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de septiembre de 1991 (rol N° 143), en Fallos, ob. cit. en nota N° 69, p. 424.

²⁴⁸ Considerando 5° de la sentencia de 4 de julio de 1995 (rol 2.798-95), reproducido en URETA SILVA, ob. cit. en nota N° 141, p. 148.

²⁴⁹ Considerando 3° de la sentencia de 27 de noviembre de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 16 de diciembre de 1998, reproducida en Informe Constitucional N° 1905 (30 de diciembre de 1998).

c) En *Asimet con Codelco-Chile*.

"No está de más señalar que el principio de subsidiariedad, recogido en la Carta Fundamental vigente, no se opone a la participación del Estado en la actividad económica, pero ello queda condicionado a una ley especial, de *quórum calificado* que lo autorice, debiendo someterse en dicha actividad a la ley común. Por lo cual el Estado y sus organismos sólo pueden desarrollar actividades empresariales por excepción concurriendo los requisitos que indica el inciso 2° del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución".²⁵⁰

3. LA EXPRESIÓN "ESTADO Y SUS ORGANISMOS". LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y SU CARÁCTER

Se ha entendido por la expresión "organismos del Estado" del inciso segundo del N° 21 del art. 19, todos aquellos entes pertenecientes a la Administración centralizada y descentralizada del Estado, inclusive los organismos constitucionales autónomos (Banco Central, Contraloría General de la República, Poder Judicial).

En definitiva, se comprenden en este sentido lato de Estado, las entidades detalladas en el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 18.575, LOC de Bases Generales de la Administración del Estado.

Así, son organismos del Estado: los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

Cabe precisar que las empresas públicas sólo pueden ser creadas por ley (art. 19 N° 21 inciso 2°, art. 6° Ley 18.575), de manera que la distinción sólo cabe para las empresas anteriores a la CPR de 1980.

3.1 La autoprivatización ilusoria de las empresas públicas

Una forma de evadir los requisitos exigidos al Estado empresario es dictar leyes orgánicas que junto con crear la respectiva empresa pública, la someten a las normas del sector privado, para todos los efectos legales.²⁵¹

²⁵⁰ Considerando 9° del voto en contra del Ministro Sr. Arnaldo Toro a la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 25 de mayo de 1993, rol N° 29.728.

²⁵¹ Ejemplo notable de esta técnica es el D.L. N° 2.579, de 1978, Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile, que dispone que se aplicarán al Banco todas las normas del sector privado, y que las normas y leyes del sector público no le serán aplicables "a menos que indiquen expresamente que se aplican al Banco del Estado de Chile" (art. 3°). Igual cosa ocurre con el Banco Central de Chile, Ley N° 18.480.

Es una especie de ilusionismo legislativo, una peligrosa ficción que no consigue el imposible que se propone: hacer privado lo público, sin privatizar ni traspasar su dominio a particulares. Esta técnica es útil para hacer competitivo al ente público, pero no para evadir los requisitos constitucionales a la hora de expandir el EE.

El fondo del problema de estas empresas es la existencia y administración de bienes que son públicos, y que mientras no dejen de serlo, constreñirán a su dueño -Estado- en su expansión empresarial.

Así lo ha estimado la Contraloría General de la República, que en dictamen de 1994, señaló:

"...es preciso considerar que el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, [...] precisa claramente los órganos y entidades que la constituyen, estableciendo de manera expresa e inequívoca que las empresas públicas creadas por ley forman parte de la Administración del Estado. Por consiguiente, dichas empresas [...] son los organismos públicos que conforman la Administración del Estado y, por ende, sus elementos integrantes -fines, recursos, personal y régimen jurídico- son, por cierto, de igual carácter, siendo dable anotar que resultaría un contrasentido pretender que en un organismo de naturaleza pública, sus bienes, capital o utilidades serían privados o los agentes encargados de la conducción y administración de la entidad serían trabajadores particulares".²⁵²

La temeraria tesis de que las empresas públicas son privadas por someterse a normas de derecho privado ha llevado a contrasentidos inexplicables. En 1994, luego de las cuantiosas pérdidas sufridas por Codelco en sus operaciones de futuros, el principal inculcado se defendió en el juicio penal con el argumento de que, al ser esta empresa un ente privado, no revestía el carácter de funcionario público y los correspondientes delitos del Código Penal no le eran aplicables.

La Contraloría, sin embargo, abrazó la interpretación correcta:

"...la creación de Codelco-Chile, tal como apareció de los considerandos del decreto Ley N° 1.350, derivó de la nacionalización de las empresas de la Gran Minería del Cobre, que, "por exigirlo el interés nacional", ordenara la 17 disposición transitoria de la Constitución Política de 1925. De este modo, el Constituyente, por razones de interés público y atendida la importancia que reviste para el país dicha actividad económica, determinó que el desarrollo de ésta fuera una función obligatoria del Estado y, para tal efecto, el legislador creó la empresa Codelco-Chile. Esta función estatal se encuentra sujeta a un régimen jurídico de derecho público, contenido en el

²⁵² Dictamen N° 016.164, de 6 de mayo de 1994, en Gaceta Jurídica N° 167 (mayo, 1994), p. 130.

*citado decreto Ley N° 1.350, y para cumplirla se ha dotado a dicha Corporación de recursos y bienes que conforman un patrimonio público. En estas condiciones, las personas encargadas de desarrollar la gestión conducente a la consecución de los fines que la ley asigna a esa Corporación son agentes del Estado y tienen la calidad de funcionarios públicos, lo que queda en evidencia por la circunstancia de que las operaciones que realizan comprometen ese patrimonio estatal".*²⁵³

4. ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Hemos revisado en páginas previas que la actividad empresarial a que se refiere el inciso segundo del art. 19 N° 21 es una especie respecto del género de la actividad económica. Así se concluye de variadas constancias en la Sesión N° 388 de la CENC, de fecha 27 de junio de 1978, particularmente las de Jaime Guzmán y Raúl Bertelsen.

Por consiguiente, *actividad económica* es toda aquella susceptible de producir lucro o de alterar los elementos que lo producen; *actividad empresarial* es aquella actividad económica que el ente despliega organizado en un conjunto de personas y bienes llamado "empresa".

4.1 Historia fidedigna

La trascendencia de la distinción entre actividades puramente económicas y empresariales consiste en que para desarrollar aquellas, el Estado no requiere de autorización especial.

Así lo subrayó, a modo de conclusión en la CENC, el comisionado Bertelsen, al expresar: "(...) La solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica y, en el segundo, al hacerse la excepción, se establezca que el Estado podrá desarrollar actividades económicas "empresariales", atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización legal."²⁵⁴

4.2 Jurisprudencia, actividades empresariales y fines sociales

La jurisprudencia ha reiterado la segregación de lo *económico* respecto de lo *empresarial*, e incluso ha añadido conceptualizaciones respecto de la *actividad social* del Estado.

Al desechar un RAE interpuesto contra la Municipalidad de Santiago y Subsecretaría de Pesca, a quienes se les imputaba haber ingresado al negocio de explo-

²⁵³ Dictamen, ob. cit. en nota N° 252, p. 130.

²⁵⁴ Actas, ob. cit. en nota N° 104, sesión N° 388, p. 2920.

tar un terminal pesquero, la Corte de Santiago aludió a los fines sociales. Por esta vía, introdujo la discutible categoría de actividades empresariales "con fines sociales", que no activarían los requisitos del estatuto del EE.

Razonó la Corte:

*"...la construcción de la infraestructura para el funcionamiento de un terminal pesquero que sirva a necesidades urgentes y prioritarias de la Región Metropolitana, empleando en ella, fundamentalmente, una donación procedente de acuerdos de cooperación internacional celebrados hace largo tiempo confiando la realización de la tarea a una fundación sin fines de lucro, todo ello sin perseguir ganancias económicas algunas y disponiéndose luego a licitar la operación o administración del referido terminal a particulares, no constituye desarrollo de, ni participación en, una actividad empresarial en los términos a que se refiere el artículo 19 N° 21 inciso segundo de la Constitución Política. Por el contrario, se trata sólo del cumplimiento de finalidades sociales que son características de los entes públicos".*²⁵⁵

Más adelante revisaremos el peligro de suponer que el EE no se expande naturalmente, mediante instrumentos legislativos artificiosos que se declaran a sí mismos "no empresariales". Un caso más recurrente es el uso de personas jurídicas "sin fines de lucro". Habrá algunas que en el hecho no persiguen tal lucro, pero habrá otras que, pese a esta funda jurídica, en la práctica sí obtienen ganancia y esto basta para entenderse empresariales.

Pero quizá lo más objetable de este fallo es el uso de una dicotomía entre fines empresariales de los sociales, los que presume antagónicos. Se trata de una separación artificial, incapaz de percibir los roles "sociales" que cumple la empresa en la sociedad, y denota un débil escrutinio de los requisitos exigidos por el principio de subsidiariedad.

5. LOS VOCABLOS DESARROLLAR Y PARTICIPAR EN ACTIVIDADES EMPRESARIALES

5.1 Texto constitucional

La primera frase del inciso 2° del art. 19 N° 21 dispone:

"El Estado y sus organismos podrán *desarrollar* actividades empresariales o *participar* en ellas sólo si una ley de *quórum calificado* los autoriza".

El texto precisa, entonces, indagar por el alcance de las voces desarrollar y participar.

²⁵⁵ Considerando 6° de la sentencia de 4 de julio de 1995 (rol 2.798-95), transcrita en URETA, ob. cit. en nota N° 141, p. 149.

5.2 Distinción

La diferencia entre ambos conceptos emerge con claridad. Mientras el *desarrollo* de actividades empresariales refiere a una acción protagónica del agente respecto de la actividad, la *participación* en ellas tiene una connotación de accesoriedad.

Dice el Diccionario de la Real Academia que desarrollar es "extender lo que está arrollado", "dar incremento a una cosa del orden físico", "suceder, ocurrir, acontecer". Participar, en tanto, es "tomar una parte en una cosa".²⁵⁶ Aquello se hace en forma única, directa; para esto último, en cambio, se "toma parte" con otros.

El Estado *participará* en actividades empresariales cuando tenga la calidad de accionista minoritario en empresas, cuando se asocie con terceros en uniones de entidades independientes, o cuando en el hecho contribuya al despliegue del giro de una o más empresas de manera secundaria.

La Corte de Santiago ha dicho que para estos efectos desarrollar "implica la acción de iniciar una actividad económica", y además que esta adquiera "incremento y vigor gradualmente".²⁵⁷

6. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO EMPRESARIO

En este apartado identificaremos los tres requisitos constitucionales básicos para la actuación del Estado en la actividad empresarial, a saber:

Se trata de requisitos formales. El principio sustantivo a respetar es la subsidiariedad empresarial del Estado, que será apreciado, correcta o equivocadamente, por el legislador calificado.

Estos requisitos son:

- a) Ley de *quórum calificado*;
- b) Especialidad de la ley autorizatoria;
- c) Especialidad del giro empresarial estatal.

6.1 Ley de *quórum calificado*

El artículo 63, inciso tercero de la CPR dispone que las Leyes de *quórum calificado* se "establecerán, modificarán o derogarán, por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio".

Luego, las leyes autorizatorias del EE deben aprobarse en ambas cámaras por esta mayoría calificada.

²⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 21° ed. 1992).

²⁵⁷ LXXVIII Revista de Derecho y Jurisprudencia (1981) 2° P., S. 5°, p. 165.

Son parlamentarios en ejercicio aquellos investidos como tales luego del juramento a que se refiere el artículo 5° de la Ley 18.918, LOC del Congreso Nacional, y que no hayan perdido tal condición de conformidad a las normas de la CPR y a los reglamentos internos de las cámaras.²⁵⁸

6.1.1 Privatización y *quórum calificado*

La exigencia de *quórum calificado* en la ley que comentamos desató a comienzos de la década de 1990 una problemática constitucional interesante.

Si la ley que autoriza al Estado a constituir una empresa o a ampliar su giro debe ser aprobada con *quórum calificado*, y si el artículo 63 de la CPR exige que las leyes de *quórum calificado* "...se derogarán..." con esa calificada mayoría, surge la pregunta: ¿qué mayoría de aprobación es aplicable a la ley que pretende traspasar al sector privado una empresa pública? ¿El mismo *quórum calificado*?

El tema no es sencillo en lo formal, porque la disposición quinta transitoria de la CPR atribuye a las leyes orgánicas de las empresas públicas aprobadas antes de la vigencia de la Carta de 1980, la calidad de leyes de *quórum calificado*.²⁵⁹ Así, dichos cuerpos normativos, ante una privatización, debían ser modificados, o previamente derogados. En lo axiológico, empero, el problema es simple, porque los requisitos calificados al EE están establecidos para entrar en la excepción, pero no para salir de ella.

Así lo zanjó, pensamos acertadamente, el Tribunal Constitucional, conociendo del requerimiento ya citado contra la ley N° 19.085, que decretó la privatización de la ZOFRI. Luego de recordar que solamente en forma excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, señaló: "de allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de *quórum calificado*, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal. Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de una empresa estatal exija ley de *quórum calificado*, como el citado artículo 19 N° 21 lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos."²⁶⁰

6.2 Especialidad de la Ley de *quórum calificado*

El requisito de la especialidad de la ley autorizatoria consiste, por una parte, en exigir al legislador que, al autorizar al Estado a desarrollar o participar en empre-

²⁵⁸ Especialmente aplicables son los artículos 56 y 57 de la CPE, sobre causales de cesación en el cargo de diputados y senadores.

²⁵⁹ La gran mayoría de las empresas públicas actuales tienen estatutos orgánicos en leyes y Decretos Leyes aprobados con anterioridad a 1980.

²⁶⁰ Considerando 5° de la sentencia de 9 de septiembre de 1991 (rol N° 134), en Fallos, ob. cit. en nota N° 69, p. 424.

sas, lo haga mediante un instrumento legislativo específico, al efecto, *ad casum*, ponderando en cada caso las circunstancias que ameritan la autorización empresarial.

Por otra, el principio de especialidad de la ley exige la delimitación precisa del giro empresarial autorizado. Este punto se analizará en el siguiente apartado.

La autorización legislativa individual en cada caso para el EE es la única forma de armonizar el N° 21 con el genuino rol subsidiario empresarial del Estado.

En efecto, nada puede hacer pensar que una autorización legislativa genérica, que dispone hacia el futuro autorizando colectivamente empresas estatales, permite al legislador una verdadera ponderación de las circunstancias de hecho que exigen activar una situación empresarial de excepción.

Curiosamente, es el propio gobierno de las Fuerzas Armadas el que tuvo en su agenda legislativa durante los años 1987, 1988 y 1989 la dictación de una ley genérica de éstas características, llamada "la ley del Estado empresario". No prosperó la iniciativa. Este intento, como relata Varas, sufrió tal suma de modificaciones durante su tramitación en las Comisiones Legislativas de la época, que sólo llegó a ser transformarse en ley un breve texto, correspondiente al artículo único de la Ley 18.971, ley del Recurso de Amparo Económico.²⁶¹

6.3 Especialidad del giro empresarial estatal

El cuadro de requisitos constitucionales para el EE continúa con la necesidad de que la ley de *quórum calificado* autorizante defina específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal.

La exigencia del giro específico para la empresa pública es, a estas alturas, una imposición de la lógica y una opinión generalmente coincidente en Doctrina y, casi siempre, en jurisprudencia.

El fundamento constitucional de este requisito es claro. Si la actividad empresarial del Estado se mueve en un plano de excepcionalidad, sus alcances deben ser acotados con precisión, y su actuación moverse restrictivamente a lo autorizado, so pena de infracción del principio de subsidiariedad, artículo 1° de nuestra CPR. Esta exigencia, doctrinaria, jurisprudencial, aunque no formal en el texto del N° 21, no es otra cosa que la reiteración, para el legislador, del mandato del artículo 7° inciso 2° de la CPR y su principio de actuación en materia de Derecho Público. Si la ley debe conferir autoridad y derechos "expresamente", también debe autorizar actuaciones empresariales "específicamente".

Así, leyes genéricas, que necesariamente dan lugar a empresas estatales multipropósito serán la forma más directa de hacer ilusorio el derecho preferente del individuo.

²⁶¹ PAULINO VARAS ALFONSO, *Amparo Económico* en Revista de Derecho Público N° 49 (1991), pp. 45 a 70.

Aróstica resume este requisito de la siguiente forma: "...cada ley de *quórum calificado* que, por excepción, autoriza la asunción de funciones empresariales por el Estado, debe ser 'especial', en el sentido que ha de indicar qué actividad *concreta y específica* puede llevar a cabo la respectiva empresa pública o sociedad estatal".²⁶²

6.3.1 Jurisprudencia y especialidad del giro

Hacia el final de la década de los noventa, el requisito de la especialidad del giro empresarial del Estado fue asentándose en los tribunales, luego de un comienzo un tanto contradictorio a comienzos de la década. Llamado también el *principio de especialidad de las empresas públicas*, fue llevado continuamente a estrados por la vía del RAE, que debutó en marzo de 1990.

La especialidad del giro cobra importancia cuando una empresa pública se propone desarrollar o participar en actividades empresariales nuevas, distintas de aquellas que ha desarrollado inicialmente. Se trata entonces de un principio que obliga primeramente al legislador, pero también y más gravitadamente al juez. Será el órgano jurisdiccional quien normalmente deberá interpretar el alcance de los textos legales anteriores a 1980, y aplicar en ello un prisma acorde con la subsidiariedad.

Citaremos algunos fallos dispares, que demuestran visiblemente cómo nuestras cortes tomaron tiempo en decantar el fondo del requisito, y más aún en detener con autoridad el desborde del EE.

6.3.1.1 Giro social amplio y caso Codelco-Chile

Codelco-Chile fue creada por el Decreto Ley 1.350, de 1976, cuyo artículo 3° le atribuyó un giro relativamente específico: "(...) realizar en el país o en el extranjero toda clase de actividades civiles, comerciales o de cualquiera otra naturaleza que se relacionen directa o indirectamente con la explotación, producción, manufactura, elaboración y comercialización del cobre y otros metales o minerales, productos, subproductos y sustancias mencionadas en las letras precedentes, o que sean necesarias o convenientes para la empresa".

En uso de esta autorización, Codelco ha participado en la creación de una vasta red de sociedades comerciales, expandiendo su ámbito empresarial.²⁶³

²⁶² IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, comentario en Informe Constitucional N° 1.905 (30 diciembre de 1998).

²⁶³ A 1999, Codelco informaba en sus estados financieros participación consolidada en las siguientes empresas: Codelco Group Inc. (EE.UU.), Codelco France, Chile Copper Limited, (Reino Unido), Codelco Kupferhandel GmbH (Alemania), Asociación Garantizadora de Pensiones, Complejo Portuario de Mejillones S.A., Sociedad Contractual Minera Picacho, Ejecutora Proyecto Hospital del Cobre-Calama S.A., CMS Chile S.A., Elaboradora de Cobre Chilena Limitada e Instituto de Innovación en Minería y Metalurgia S.A.. Véase *Notas a los estados financieros consolidados interinos al 30 de junio de 1999* en "El Mercurio" (5 de agosto de 1999).

En 1992, la Asociación de Industrias Metalúrgicas y Metalmeccánicas Asimet A.G. recurrieron a la Corte denunciando que Codelco había constituido la sociedad CMS Chile S.A., en conjunto con la sociedad canadiense Continuous Mining System Limited. El giro de CMS Chile S.A. fue definido como el "fabricar en Chile, comercializar y distribuir en Chile y en el extranjero maquinarias, equipos y repuestos", y "prestar servicios de mantenimiento y reparación de maquinarias y equipos y de venta de repuestos".

Resultaba atendible la petición, al no existir vinculación alguna en el giro de CMS Chile con la actividad minera, como en 1999 seguía reconociéndose en los estados financieros de Codelco.

La Corte de Santiago, no obstante, en una laxa interpretación de nuestra Carta, hizo primar un *criterio infraccional fáctico*, más que normativo. Esto es, sólo correspondería entender que hay infracción al art. 19 N° 21 cuando la empresa estatal, en el hecho, desborde su giro legal, y no cuando constituya sociedades destinadas a desbordarlo.

Así se desprende del considerando tercero de la sentencia: "Por mientras la actividad empresarial de Codelco se mantenga dentro del ámbito de sus objetivos, no puede originarse colisión con la norma contenida en el inciso 2° del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, por cuanto tratándose de normas de igual jerarquía, prevalece el estatuto especial"; y agrega "...corresponde a los tribunales a través de la acción denominada 'amparo económico' sancionar los posibles desbordes del ente empresarial".²⁶⁴

La Corte Suprema, confirmando la sentencia, subrayó los efectos de la disposición decimotercera transitoria de la CPR, que decreta una especie de ultraactividad de las normas constitucionales previas a 1980 aplicables a la gran minería del cobre. Pero agrega a continuación, sorprendentemente, que la recurrida "ha reiterado en estrados... que no pretende abordar otras actividades ajenas a las que le corresponden conforme al DL 1.350".²⁶⁵

Como sea, el resultado del fallo resulta decepcionante para las aspiraciones del principio de subsidiariedad y especialidad del giro.

La inaudita tesis de la infraccionalidad meramente fáctica introducida por esta sentencia llevó a reflexionar a Soto Kloss: "Uno de los aspectos más perniciosos del positivismo jurídico ha sido, sin duda alguna, su intento de reducir el Derecho a un mero conjunto de normas y creer que el Derecho se encuentra todo él en la ley pretendiendo que ésta es su única fuente; de allí el desprecio por la costumbre, por la doctrina y por la jurisprudencia..."²⁶⁶

²⁶⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de abril de 1993, caratulada "Asimet con Codelco" (rol 575-93), en Informe Constitucional N° 572 (17 de junio de 1993).

²⁶⁵ Considerando 2° de la sentencia de 25 de mayo de 1993.

²⁶⁶ EDUARDO SOTO KLOSS, en Informe Constitucional N° 572 (17 de junio de 1993), p. 4.

En abono de nuestro requisito de la especialidad del giro, y de la que llamamos tesis de la *infracción meramente normativa*, se anota el notable el voto de minoría de la Corte Suprema: "Que demostrado, como queda, que el objeto de la sociedad objetada excede el objeto de Codelco, forzoso resulta hacer lugar a este recurso, puesto que se configura el presupuesto contemplado en el artículo único de la Ley 18.971, sin atender al hecho de que la sociedad formada haya o no operado, puesto que su sola constitución importa sobrepasar lo dispuesto en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución, al entrar Codelco a asociarse con terceros para fines no contemplados en su ley orgánica".²⁶⁷

6.3.1.2 Sanciones judiciales al desborde del giro especial

Las Cortes han entrado, de cuando en cuando, al fondo del problema de la subsidiariedad empresarial, anulando la infracción al giro social especial de las empresas públicas.

Citaremos dos fallos en este sentido. Uno pertenece a los tiempos tempranos del RAE (1991), y se transformó en emblemático. El segundo, ya en 1998, es admirable por la sofisticación que desplegó la Corte de Santiago para detener el desborde del giro por vías tecnológicas.

6.3.1.3 Area marginal: caso Asociación Gremial de Impresores con Ejército de Chile

En 1991, la Asociación Gremial de Impresores de Chile compareció en la Corte denunciando que el Instituto Geográfico Militar estaba desarrollando actividades empresariales de impresión gráfica, al margen de su giro legal.

El texto orgánico del IGM data de 1930, y lo constituye el Decreto Supremo 2090. Esta fuente normativa le autoriza para actuar en representación del Estado, en todo lo que se refiere a la geografía, levantamiento y confección de cartas del territorio. La Ley 15.284 le amplió su competencia para acometer trabajos "de su especialidad" respecto de toda clase de entes fiscales, semifiscales, autónomos o particulares.

En este marco, los recurrentes acreditaron que el IGM estaba participando en la impresión gráfica mediante diversos contratos con particulares. Ante la acción de Amparo Económico, el recurrido se desistió de algunos de estos contratos, lo que no impidió a la Corte entrar al fondo:

²⁶⁷ Considerando 8° del voto minoría, Ministro Sr. Arnaldo Toro, en caso caratulado Asimet con Codelco.

*"...los compromisos comerciales que el Instituto Geográfico Militar haya contratado o contrajere con los particulares, que recaigan en un área ajena a la cartografía y que en su informe denomina 'área marginal', no pueden considerarse—por no ser de su propia especialidad— comprendidos en la competencia que la ley le ha asignado para realizar actividades comerciales o empresariales, e infringen la norma constitucional que se invoca en el recurso."*²⁶⁸

Así, la Corte declaró que el IGM debía abstenerse de realizar trabajos de impresión gráfica a terceros, que no pertenezcan al área propia de su especialidad.

*En este rescate formal y valórico del ámbito limitado del giro estatal, el profesor Ortúzar Latapiat resume bien los riesgos de una actitud distinta, al comentar este dictamen jurisdiccional: "Como pueden hacerlo (competir los órganos estatales) con costos que de todos modos absorbe el Fisco... estos entes compiten deslealmente con la industria y el comercio privados"*²⁶⁹

6.3.1.4 Desborde tecnológico: el caso Correo Híbrido

En 1998, nuevamente la Asociación de Impresores de Chile acudió a la Corte de Alzada santiaguina. Esta vez, para denunciar el desborde del giro empresarial de la Empresa de Correos de Chile.

Este caso es notable, como anunciábamos, tanto por su actualidad (diciembre de 1998), como por la compleja problemática de apreciación a que se vio sometida la Corte. Esta tuvo la alternativa de continuar abriendo elásticamente el giro legal de la empresa, sacramentando su desborde, o ponerle atajo, pese a la tentación modernizadora de un servicio tradicionalmente atrasado.

Correos de Chile había comenzado a ofrecer al público un servicio llamado "correo híbrido", que consistía en realizar impresión de datos bancarios y mecanización o ensobramiento automático de correspondencia, difícilmente encuadrables en el concepto de "correo".

La Corte adoptó el camino difícil: desvestir la atracción tecnológica y detener una expansión contraria al principio de subsidiariedad. Para ello, consideró lo siguiente:

"El servicio de 'correo híbrido', creado por actos de la propia Empresa de Correos de Chile, no se encuentra comprendido entre los cometidos comerciales para los

²⁶⁸ Considerando 17° de la sentencia de 5 de diciembre de 1991, en causa caratulada Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile-Instituto Geográfico Militar (rol 2396-91). En sentencia de 8 de enero de 1992, la Corte Suprema confirmó el fallo anterior. Reproducido en Informe Constitucional N° 224 (20 de diciembre de 1991).

²⁶⁹ WALDO ORTÚZAR LATAPIAT, comentario en Informe Constitucional N° 224 (20 de diciembre de 1991), p. 4.

cuales está autorizada. Es improcedente lo alegado por la recurrida, en orden a que el 'correo híbrido' corresponde al 'correo electrónico' establecido en las actas del XXI Congreso de la Unión Postal Universal.."

Y agregó:

"... Porque, comparados ambos servicios, no resultan similares ni parecidos; y porque analizado el contenido de las normas de dicho convenio, no resulta que se trate de un mandato obligatorio para los países que lo suscriben. Además, las actas de la U.P.U. no han tenido la virtud de alterar las normas constitucionales internas de los países miembros, de modo que la Empresa de Correos de Chile se rige por el art. 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución de 1980, el cual garantiza que el Estado no asuma actividades permitidas a los particulares".

Para terminar:

*"... Tampoco el 'correo híbrido' está contemplado dentro de la esfera de funciones de la Empresa de Correos de Chile; al contrario, del examen de sus normas orgánicas aparece que su objetivo legal se circunscribe a la conducción o traslado de efectos postales, en virtud de su vinculación con el Estado por intermedio del Ministerio de Transporte. Por no ser su específica finalidad, la implementación del llamado 'correo híbrido' no puede considerarse comprendido en el ámbito de competencia de la recurrida, ya que la Ley 18.016 facultó al Presidente de la República para poner término a la existencia de ex Servicio de Correos y Telégrafos y para crear, en su reemplazo, una empresa pública 'para la atención del servicio de correos', solamente (art. 2). En virtud de esta delegación de potestades legislativas se dictó el DFL de 1981, que expresa que a Correos le corresponde sólo 'prestar servicios de envíos de correspondencia nacional e internacional. Sin perjuicio de lo anterior, podrá efectuar otras prestaciones de servicio postal, tales como: encomiendas, giros postales y similares, que acuerde el Directorio. (art. 2). Si bien se le permite realizar 'actividades similares', ello se refiere indudablemente a otras prestaciones de servicio postal, como son las encomiendas y giros postales."*²⁷⁰

El caso "Correo Híbrido" reconquistó la noción de la especialidad de las empresas públicas; la excepcionalidad del Estado empresario, la primacía del derecho del individuo.

²⁷⁰ Sentencia de 27 de noviembre de 1998 en causa caratulada Asociación Gremial de Impresores de Chile con Empresa de Correos de Chile (rol 3817-98). En sentencia de 16 de diciembre de 1998, la Corte Suprema confirmó la resolución anterior (rol 4068-98); en Informe Constitucional N° 1905 (30 de diciembre de 1998).

Como dice Aróstica, "... las empresas estatales son sujetos jurídicos destinados a satisfacer determinadas necesidades públicas, por medio de la ejecución de específicos actos de comercio..."²⁷¹

En este punto se impone una reflexión: ¿quiere decir esta apología de la especialidad del giro empresarial público que estamos patrocinando una visión congelada, petrificada del principio de subsidiariedad, en que el Estado no podrá volver a irrumpir en el mundo empresarial?

En absoluto. Se trata, únicamente, de velar porque sea el legislador quien aprecie los méritos de una determinada situación, área, sector o necesidad pública deficiente para que, en cumplimiento con los sanos criterios subsidiarios ya revisados, autorice delimitadamente la actuación del EE. Sólo así se cumplirá nuestra Ley Fundamental.

En otras palabras, estamos frente a un problema formal, pero que impacta al fondo de las garantías individuales del OPE.

6.3.2 La Contraloría General de la República frente al desborde del Estado empresario

Hemos seleccionado dos pronunciamientos administrativos de la Contraloría General de la República en materia de Estado empresario. Contribuyen estos a una genuina interpretación del marco constitucional de las empresas estatales.

6.3.2.1 Verificación de la gestión empresarial

En Dictamen 32.171, de 26 de noviembre de 1993, la CGR afianzó sus atribuciones para fiscalizar la gestión de las sociedades del Estado, en orden a que ella se dirija al fin previsto por el legislador. Este sano mandato de transparencia es aplicable a todas las sociedades estatales, entendiéndose por ellas "cuyo capital está formado mayoritariamente o en igual proporción por aportes estatales o de empresas o instituciones del Estado, sean centralizadas o descentralizadas".²⁷²

En cuanto a la creación de nuevas filiales de empresas estatales, la CGR resolvió que se requiere de ley para ello, aun cuando el giro empresarial no varíe.

En Dictamen N° 24.379, de 1992, la CGR afianzó el sano criterio de que toda nueva entidad a crearse por un organismo del Estado, aun cuando no esté destinada a extender el giro original autorizado por ley, requiere una nueva ley aprobada con *quórum calificado*, todo en conformidad al artículo 6° de la Ley 18.575 y 19 N° 21 de la CPR.²⁷³

²⁷¹ IVÁN ARÓSTICA M., comentario en Informe Constitucional N° 1.905 (30 de diciembre de 1998).

²⁷² Confirmó dictámenes anteriores N° 20.423, de 1975 y 3.355 (1986).

²⁷³ 1° de octubre de 1992.

La interpretación del Contralor es armónica con la excepcionalidad del giro empresarial estatal; la comprensión de este principio es fundamental para juzgar la acción de las empresas estatales.

6.3.3 Doctrina de la "Colaboración Empresarial" y el caso Metro S.A. (Enero de 2000)

El caso llamado *Metro S.A.*, fallado por la Corte Suprema el 31 de enero de 2000 conociendo de la apelación de un RAE, se constituyó en uno de los más trascendentes de la década en materia de Estado empresario.²⁷⁴ De él emana la doctrina de la colaboración empresarial, que consiste en aquella actividad que una empresa estatal desarrolla en asociación o alianza con una empresa privada y que, a pesar de no encuadrarse en contratos comerciales nominados, resulta en un desborde del marco especial del giro autorizado para tal empresa pública.

6.3.3.1 El contrato de colaboración empresarial

El caso comenzó cuando la empresa estatal Metro S.A., cuya creación autorizó la Ley 18.772, celebró un contrato con las sociedades extranjeras M.T.G. y M.I. para la edición, publicación y distribución gratuita de un diario a los pasajeros del Metro de Santiago, estimados en cerca de 1 millón al día. El público diariamente cautivo era así un atractivo para la publicidad que se incorporaría en los ejemplares del diario.

El comienzo de este contrato parecía usual, en cuanto el Metro S.A. cedía el uso de los espacios físicos del ferrocarril a estas empresas periodísticas para la distribución del diario y cobraba una renta por ello. Se analogaría así a un simple arrendamiento de bienes inmuebles, como los hay cientos celebrados por el Metro entre éste y terceros respecto de locales en sus estaciones.

Pero a continuación una serie de elementos enrarecían la naturaleza del contrato, y lo hacían transformarse –digámoslo ya– derechamente en una actividad empresarial de aquellas a que se refiere el inciso 2° del N° 21 del artículo 21 de la Constitución.

Por ejemplo, la renta pactada por la cesión de espacios se vinculó a la facturación mensual de las empresas M.T.G. y M.I. por concepto de la venta de publici-

²⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 31 de enero de 2000 (rol N° 248-2000), que revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 13 de enero de 2000 (rol 4.538-1999). En el proceso intervinieron las siguientes partes: "Asociación Nacional de la Prensa A.G." y "Confederación Nacional de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile" con "Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", "Metro Internacional S.A." y "Modern Times Group". Dictado por los ministros señores Osvaldo Faúndez V., Ricardo Gálvez B., Orlando Álvarez H., Domingo Yurac S. y Humberto Espejo Z. Redactó sentencia Ministro Sr. Domingo Yurac.

dad para el diario, además del sustantivo pago inicial; el Metro participaría en un Comité Editorial encargado de proponer al directorio de las empresas el nombre del Director del diario y de supervisar su línea editorial; el Metro se reservaría el derecho a vetar la incorporación de nuevos accionistas a las empresas M.T.G. y M.I., y, más interesante todavía, el Metro se reservaría el derecho de aprobar o rechazar la enajenación de la participación de M.T.G. y M.I. en la empresa editora que se constituiría en Chile para estos efectos.

Otros elementos llamaban la atención. Por ejemplo, el interés del Metro en que el negocio editorial mismo prosperara, reflejado en la cláusula cuarta del contrato, en la que las empresas M.T.G. y M.I. se obligaban para con el Metro a mantener la distribución de un tiraje mínimo de 45.000 ejemplares del diario hasta el 31 de marzo de 2000 y de 80.000 ejemplares a partir de abril del mismo año.

Así las cosas, la Asociación Nacional de la Prensa A.G. recurrió por la vía del Amparo Económico. Su interés –no exigido para accionar al tenor del artículo único de la Ley 18.972 que regula el Amparo Económico– es evidente: se trata de una competencia desleal por parte del Estado, de aquellas que el principio de subsidiariedad desea proscribir, de aquellas que alteran la primacía de los particulares por sobre la acción estatal, la que sólo cabe por excepción.

Posteriormente, se adhirió a la acción la Confederación Nacional de Sindicatos de Trabajadores Independientes Suplementeros de Chile.

La Corte de Apelaciones desechó el RAE, pero la Corte Suprema revocó la sentencia y lo acogió. Desde luego llamó la atención la fuerte disparidad de criterios entre ambos tribunales colegiados en la interpretación constitucional de un tema tan trascendente.

6.3.3.2 El fallo de la Corte de Santiago

Discrepamos de la sentencia de primera instancia que desechó el Amparo Económico en este caso, pero debemos reconocer que introdujo diversos elementos doctrinarios en su apoyo, interesantes de comentar. Aun así, su principal falencia constitucional es no haber sabido distinguir, en el hecho, una simple explotación patrimonial de una verdadera "alianza estratégica" empresarial, como la llamó la Corte Suprema, con alcances muy diversos al giro empresarial autorizado. La diferencia es que ésta última es ilícita para una empresa estatal, a menos que se le autorice mediante una ley de *quórum calificado*.

6.3.3.2.1 Cesión del giro empresarial

La Corte de alzada aludió en primer término a la ley orgánica del Metro, 18.779, de 1989, que señala que, para la explotación patrimonial de sus bienes, la empresa puede ceder estos a diversos títulos, pero nunca respecto de su giro empresarial

de transporte de pasajeros. Ergo, la cesión de los espacios físicos en este caso, cabría dentro de su giro empresarial ya autorizado, y el caso en comento no se diferenciaría mucho de los muchos arrendamientos que celebra constantemente la empresa Metro respecto de sus bienes.

6.3.3.2.2 *Inherent Powers*

Para reforzar la tesis anterior, y su consecuencial licitud de los actos de explotación de su patrimonio por parte de las empresas estatales, el fallo de primera instancia acudió al concepto de las potestades implícitas o inherentes, llamadas "*inherent powers*" en el Derecho Anglosajón. Citando a García de Enterría, recordó que estos poderes serían aquellos "*efectivamente atribuidos a la administración por el ordenamiento, pero no por el componente escrito del mismo*".²⁷⁵

Nos parece que los "*inherent powers*" son difícilmente exportables desde el derecho anglosajón al derecho público chileno, particularmente en materia empresarial, ámbito en que rige estrictamente el principio de legalidad. García de Enterría habla de que se trataría de poderes "*efectivamente atribuidos a la administración*", pero no escritos. Considérese, en lugar de la citada por la Corte, la definición de Black sobre "*inherent powers*": "*Potestades originadas en la naturaleza del Estado o soberanía; por ejemplo, potestades sobre y que van más allá de los explícitamente conferidos en la Constitución o razonablemente envueltos en concesiones expresas*".²⁷⁶ La idea de las potestades implícitas apunta, más bien, a aquellas que se traducen en actos potestativos, soberanos, propios de la naturaleza del Estado y que le pertenecen esencialmente, más que a actos menores que no envuelven ejercicio de potestades públicas, propios del ámbito contractual privado, y que pertenecen al Estado accidentalmente, como es el caso en comento.

Como sea, al usar este argumento hubo en el fallo una intención expresa de acomodar una interpretación finalista que haga frente al principio de especialidad del giro de las empresas públicas,²⁷⁷ y así dar cabida constitucional al cuestionado contrato celebrado por Metro S.A. Acotada a la ejecución de actos menores, aislados y sin connotación empresarial, sino de administración de recursos, la tesis de los poderes inherentes parecería digna de considerarse, con dificultad, pero sólo en cuanto incluya, a saber: actuar financieramente con excedentes de caja, emitir bonos o debentures para financiar actividades del giro, arrendar espacios físicos y otros actos similares.

²⁷⁵ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, I Curso de Derecho Administrativo (Madrid, Ed. Civitas, 1997), p. 441.

²⁷⁶ HENRY CAMPBELL BLACK, Black's Law Dictionary (St. Paul Minnesota, West Publishing Company, 1990), p. 782.

²⁷⁷ Véase el considerando 13° de la sentencia que consigna directamente que la figura de los poderes implícitos o *inherent powers* "apunta a un problema estricto de interpretación finalista".

Pero ocurre que el contrato del Metro con las sociedades extranjeras no podría haberse, en caso alguno, encuadrado en esta clase de actos y, por ello, no era posible que lo alcanzara siquiera la autorización de la elástica figura de los "inherent powers".

6.3.3.2.3 Doctrina de las "Empresas Privadas del Estado"

Quizá la suprema novedad del fallo de primera instancia consistió en la alusión al concepto de "Empresas Privadas del Estado" (considerando 7°). Fundándose en una idea original de la Contraloría General de la República en un Dictamen de 1979,²⁷⁸ estas serían aquellas empresas estatales que se han constituido de conformidad al derecho común, básicamente como sociedades anónimas, y sometidas a las fiscalizaciones de esta clase de entidades, cual sería el caso del Metro S.A., por oposición a las Empresas Públicas del Estado, que serían aquellas creadas por ley, fiscalizadas por la Contraloría General de la República.

¿Cuál es la importancia de la distinción? Con la creación de categoría de empresas privadas del Estado, el fallo buscó dos consecuencias: extraer a estas empresas del ámbito de la Administración del Estado (artículo 1° de la Ley 18.575) y reemplazar para ellas el principio de legalidad del artículo 7° de la Carta por el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, cambiar el principio de actuación aplicable en el Derecho Público, y subrogarlo por el de actuación en el Derecho Privado, desperdiciándose de las engorrosas interpretaciones restrictivas aplicables al primero.

6.3.3.3 Crítica a tesis de empresas privadas del Estado

En realidad, la creación de la categoría de empresas privadas del Estado arranca de un error inicial que vicia el razonamiento posterior de este fallo. Según la Corte, las empresas constituidas de acuerdo al derecho común, por ejemplo las que adoptan la forma de sociedades anónimas estatales, no formarían parte de la Administración del Estado. Como se sabe, la Ley 18.575 dispone que forman parte de la Administración "las empresas públicas creadas por ley", y para la Corte las sociedades anónimas estatales serían creadas de otra forma, de acuerdo a la ley común.

Nos parece del todo inexacto esta afirmación: en realidad, todas las empresas estatales, éstas y aquellas, nacen a la vida del derecho en virtud de una ley. Es el caso, por lo demás, de Metro S.A. (Leyes 18.872 y 18.889). No podría ser de otra forma, por lo demás, de acuerdo al artículo 62 N° 2 de nuestro Código Político,

que ordena que la creación de empleos públicos en empresas del Estado requieren de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Luego, las sociedades anónimas estatales también son parte de la Administración del Estado y están plena e irrevocablemente afectas al principio de legalidad que rige la actuación de los órganos del Estado. Esto lleva, por cierto, a aplicar una interpretación restrictiva para las expansiones empresariales del Estado (artículo 7° inciso 2° CPR), todo de acuerdo al principio de especialidad del giro de las empresas públicas.

Cosa distinta es que, por disposición de la ley que la crea, se ordene la estructuración de la empresa pública bajo formas propias del derecho privado, como es la de una sociedad anónima. Se persigue con esto, normalmente, no extraer a la empresa del ámbito de la Administración, sino atribuirle una fiscalización rigurosa, propia del mercado económico privado, y dotarla de mayor flexibilidad empresarial. Pero en ningún caso abandona ella su naturaleza pública.²⁷⁹

6.3.3.4 La revocación por la Corte Suprema

Como adelanté, el fallo del máximo tribunal me pareció excepcional desde la perspectiva constitucional.

En primer término, la Corte Suprema discrepó de la tesis de que las empresas públicas constituidas como sociedades anónimas puedan ser "empresas privadas del Estado". Una cosa es que desee operar con formas jurídicas idóneas comercialmente, y otra que se trate de privatizar la empresa. La Corte puso el muy lúcido ejemplo del giro social: en el caso del Metro, por ejemplo, el giro ha sido determinado únicamente por la ley, mientras en una sociedad anónima o en una empresa privada, el giro es impuesto por sus accionistas. Tal cosa sería impensable en sociedades anónimas estatales. Luego, falló un elemento central para atribuir carácter privado a la empresa pública.

Pero creo que el mayor mérito de la sentencia que acogió el recurso en el caso *Metro S.A.* es haber entrado directamente al fondo de la actividad impugnada. Admitiendo que el contrato del Metro con M.T.G. y M.I. no es necesariamente un *joint venture*, ni una *asociación de cuentas en participación*, rescataron los sentenciadores la esencia innegablemente empresarial de la actividad que pretendía el Metro, ilícita ante el N° 21 del artículo 19 de la Carta, salvo autorización de ley de *quórum calificado*.

Así, el fallo determinó que se está en presencia de una "colaboración empresarial", de una verdadera "alianza estratégica" entre el Metro y las empresas priva-

²⁷⁹ Nótese que éste es el caso del Banco del Estado de Chile, que ha sido creado por ley (D.L. 2.579, de 1978) y sometido a la única fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. La idea es hacerlo competitivo frente al resto de la Banca, sin privilegios ni cargas especiales, pero en caso alguno extraerlo de su naturaleza pública, integrante de la administración descentralizada.

²⁷⁸ Dictamen N° 10.492, de 1979.

das. Esta alianza se celebró para efectos que desbordaban su giro de transportes y que, al tenor de los elementos muy especiales ya mencionados del contrato, no pudo tenerse como una simple explotación comercial de activos.

Lo interesante es que la Corte Suprema no se confundió en rigorismos comerciales, los que podrían haberla hecho dudar de la naturaleza exacta del contrato impugnado, incierta ante el derecho comercial. Simplemente observó que el Metro S.A. estaba "participando" —no directa pero sí indirectamente, y con fuerza— en todo un proyecto periodístico cuya marcha, utilidades y vaivenes editoriales le interesaban directamente.

Por último; ¿por qué ley de quórum calificado?

Permítasenos recordar cuál es la *ratio legis* del N° 21 del artículo 19 de la CPR. No se trata de impedir la expansión de las empresas públicas sólo por causar daño al Estado y favorecer a los empresarios privados siempre y en toda circunstancia.

La exigencia de una ley de *quórum calificado*, en rigor, lo único que provoca es trasladar el foro en que se discutirá si hay mérito para que el Estado actúe en virtud de la subsidiariedad económica, desde el Estado mismo al Congreso, lugar en que sólo prosperará si hay un mínimo consenso entre diversos sectores, por el *quórum calificado* exigido. Si admitiéramos que fuese el Estado-administrador quien decidiera expandirse a sí mismo, en definitiva siempre lo haría, como tendencia irreversible, haciendo ilusa la preferencia empresarial privada que nuestros principios constitucionales consagran desde el primer inciso de nuestra Carta Magna.

7. LAS VÍAS DE INFRACCIÓN FÁCTICA DE LA GARANTÍA

Cuando se acercan los 10 años del nacimiento del recurso de amparo económico, hay que subrayar que, en realidad, no ha tenido éxito en evitar que el Estado siga entrando, a veces imperceptiblemente, a desarrollar o participar en actividades económicas que no le están autorizadas.²⁸⁰

Destinaremos este apartado a indagar sobre las vías extrajurídicas, de hecho, que el Estado ha venido utilizando para desbordar su estatuto constitucional.

7.1 El lento repliegue del EE: pasado empresarial y causas

No ha resultado cómodo al Estado —incluyendo en éste al poder judicial— acostumbrarse al repliegue empresarial que le exigen los artículos 1° y 19 N° 21 de la

²⁸⁰ Recurso o acción de amparo económico, artículo único de la Ley N° 18.971, publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 1990.

CPR. Sus causas son comprensibles, porque en el pasado constitucional el Estado, para bien o para mal, llegó a términos alarmantes.

Recuerda Aróstica: "Ejemplos hay a granel, de cómo el Estado Empresario se extendía hasta cotas inverosímiles. Obrando de tal guisa, la Empresa de Comercio Agrícola pudo poseer acciones y tener participación en el Hipódromo Chile...; Ferrocarriles del Estado tuvo la administración de grandes complejos deportivos y estadios (San Eugenio), una fábrica de vestuario (Confecciones Rudolf), un teatro (Portugal), hoteles, hospitales, servicios marítimos (Ferronave),... etc.; la Empresa Portuaria de Chile asumió explotaciones agrícolas (Fundo Santa Ana)".²⁸¹

El mismo autor se encarga —en otro trabajo— de compendiar el increíble estatus empresarial a que llegó el Estado de Chile. Sus más tempranos ejemplos fueron las diversas cajas de fomento de las décadas de los veinte y treinta: Caja de Crédito Agrario (1926); la Caja de Crédito Minero (1927); la Caja de Fomento Salitrero (1927); la Caja de Fomento Carbonero (1928), y hasta la misma Corfo (1939).²⁸²

Le sucederían empresas públicas creadas como sucesoras de infraestructuras privadas anteriores, y aquí anota Aróstica Ferrocarriles del Estado (1914); la Línea Aérea Nacional (1932), la Empresa de Transportes Colectivos del Estado (1945), la Empresa Nacional del Petróleo (1950), la Empresa Marítima del Estado (1953), la Empresa Nacional de Minería (1960).

Así llegaría el momento en que, en 1973, el sector estatal estuvo formado por un total de 620 empresas, entre públicas, filiales Corfo, intervenidas y requisadas, representando un 39% del PGB.

En este contexto, la iniciativa privada estuvo en el hecho y en la norma confinada a un rol insignificante. Aróstica anota que a las empresas estatales se añadían los importantes monopolios legales concedidos al Estado, que "cancelaban a priori toda posibilidad de que los particulares ingresaran a esos rubros económicos reservados en exclusiva al sector público."²⁸³

La violenta reordenación impuesta con el advenimiento del principio de subsidiariedad y su estructura constitucional —con la Declaración de principios y la Carta de 1980 como respaldo— tomó por sorpresa a buena parte del Poder Judicial. En la primera parte de este Tomo se identificaron las secuelas del pensamiento estatista sobre el concepto de Orden Público Económico.

Ahora, revisemos las vías por las que el Estado suele ingresar al mundo empresarial, con no pocas y tácticas autorizaciones de los poderes de Estado.

²⁸¹ IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, comentario en Informe Constitucional N° 1905 (30 de diciembre de 1998).

²⁸² IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, *Crónica sobre la Expansión del Estado Empresario y el retraimiento de la iniciativa privada*, en *Ius Publicum* N° 2 (Escuela de Derecho U. Santo Tomás, 1999), p. 129.

²⁸³ ARÓSTICA, *Crónica*, ob. cit. en nota N° 282, p. 142.

7.2 Infracciones fácticas al estatuto del Estado empresario

El camino que el Estado se ha abierto en materia empresarial suele ser simulado; nunca abierto. Es decir, el ente estatal impugnado suele afirmar que goza la autorización legal para iniciar o respaldar la actividad empresarial de que se trata, cuando en realidad no es así. Podemos recordar dos situaciones que se repiten en este sentido, las que tienen lugar cuando:

- Una empresa estatal u organismo perteneciente a la Administración del Estado,²⁸⁴ creada y autorizada por ley para desarrollar determinadas actividades empresariales, desborda su autorización ingresando a desarrollar otras actividades análogas, o completamente diferentes a las autorizadas sin mediar autorización alguna, y
- Una empresa u organismo estatal, que puede encontrarse o no desarrollando actualmente actividades empresariales, ingresa indirectamente a desarrollar o participar en dichas actividades, sea a través de terceros, en asociación, agrupación, convención, u otra fórmula jurídica o de hecho.

7.3 Casos reales de desborde fáctico

Sobran ejemplos para la primera clase de situaciones. Hemos citado algunos al estudiar el tema de la especialidad del giro empresarial público. Cuando una empresa estatal autorizada para extraer, procesar y comercializar cobre ingresa en el negocio químico; cuando un organismo estatal encargado de levantar planos topográficos ingresa en el negocio de la impresión; cuando un banco estatal autorizado para desarrollar actividades bancarias constituye filiales de correduría de bolsa, de seguros y de leasing,²⁸⁵ en el fondo, está ocurriendo esto: desborde inconstitucional del principio de subsidiariedad en materia económica.²⁸⁶

²⁸⁴ Debemos entender por "organismo del Estado" todos aquellos entes comprendidos en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

²⁸⁵ En el caso del Banco del ejemplo (Banco del Estado de Chile) la situación es más discutible, por cuanto su ley orgánica (D.L. 2079, de 1978), lo habilita para desarrollar todas las operaciones que la Ley General de Bancos permite a los bancos comerciales. En el fondo, sin embargo, se está forzando el espíritu con que fue redactado el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Carta.

²⁸⁶ Algunas de estas situaciones han sido debidamente detectadas por las Cortes conociendo de recursos de Amparo Económico en sentencias relevantes, unas por su temprana contribución a la interpretación del estatuto del EE durante los primeros años de la década de 1990, como la del caso "Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Ejército de Chile" (rol 2396-91), denominado caso del "Instituto Geográfico Militar", en Gaceta Jurídica N° 138, pp. 59 a 63, y otras por su aporte doctrinario, entre las que destacan a fines de esa década, "Asociación de Impresores de Chile contra Empresa de Correos de Chile" (rol C.S. 4.068-98), en Gaceta Jurídica N° 22, pp. 50 a 59; y últimamente la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Metro S.A.", caratulado "Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.", de 31 de enero de 2000 (rol N° 248-00); en varios casos, empero, las Cortes han validado actuaciones empresariales a nuestro juicio inconstitucionales por parte del Estado. Ejemplo de estos últimos es "Asimet A.G. contra Corporación Nacional del Cobre" de 1993, en Gaceta Jurídica N° 154, pp. 74-78.

La segunda clase de situaciones puede ejemplificarse con un caso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de abril de 1998, que llamaremos "Piña Parraguez".

A comienzos de 1998, don Ignacio Piña Parraguez, empresario, imputó a la Municipalidad de Viña del Mar el estar desarrollando una actividad empresarial (escuela de conductores), sin autorización legal para ello. La Corte de Valparaíso, en sentencia confirmada por la Corte Suprema, desechó el recurso.²⁸⁷ Para ello, afirmó que:

- la Municipalidad no estaba desarrollando la actividad denunciada, sino que lo hacía una Corporación autónoma de derecho privado, y
- la actividad en cuestión (escuela de conductores) no es una actividad empresarial, porque no persigue fines de lucro.

A su vez, el artículo 124 de la Ley 18.695 permite a los municipios constituir o participar en corporaciones de derecho privado, dedicadas a la promoción del arte y la cultura.

¿Por qué este es un caso de infracción fáctica? Porque la Constitución no sólo prohíbe la actividad empresarial mediante un protagonismo directo de los órganos del Estado, sino también la "participación", que envuelve una acción indirecta. La Municipalidad efectivamente estaba "participando" en la actividad empresarial, en los términos prohibidos por el N° 21 del artículo 19, pese a que la Corporación anexa era la persona jurídica directamente a cargo. Los directores de la Corporación eran todos funcionarios municipales y el Alcalde el representante legal. ¿Es una escuela de conductores arte o cultura? Es, antes, una actividad empresarial.²⁸⁸

Similar razonamiento municipal y judicial se observó en el fallo del caso "Ebner y otros con Alcalde de Limache", fallado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en octubre de 2000 y por la Corte Suprema al mes siguiente.²⁸⁹ Conociendo por vía de recurso de amparo económico, la Corte desestimó la alegación de un grupo de médicos veterinarios, en cuanto a que la construcción, administración y operación de una clínica veterinaria por la Municipalidad de Limache, vulneraba las normas sobre Estado empresario.

El Alcalde de Limache no negó el hecho, pero lo justificó en el deber que le impone el artículo 4°, letra b) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Mu-

²⁸⁷ Las municipalidades están doblemente obligadas a obtener autorización legal para desarrollar actividades empresariales. Son, en primer término, parte de la administración del Estado (artículo 1° de la Ley N° 18.575) y, por ende, comprendidas en el concepto de "Estado y sus organismos" del N° 21 del artículo 19 de la Constitución. Pero, además, el artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades reproduce exactamente la norma constitucional.

²⁸⁸ Para mayores antecedentes de este poco relevante, pero paradigmático caso, puede verse mi comentario *Municipalidades, Corporaciones sin Fines de Lucro y Estado Empresario* en XXVI Revista Chilena de Derecho N° 1, pp. 193-201.

²⁸⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 27 de octubre de 2000, rol N° 665-99, confirmada por la Corte Suprema en fallo de 30 de noviembre de 2000, rol 4379-2000. Véase el comentario de WALDO ORTÚZAR LATAPIAT en Informe Constitucional N° 2.359 (noviembre, 2000).

nicipalidades, de velar "por la salud pública". Nos parece que esta clase de casos viene acreditando la audacia de los municipios, que distorsionan la interpretación genuina de su estatuto legal. Si se les encarga a los municipios velar por la salud pública, ¿quiere decir que se encuentran autorizados para fundar y administrar clínicas, instituciones de salud previsional, crear seguros de salud, etc.? Por la vía de lo resuelto en "Ebner", y ahí está lo grave, queda destruida toda noción de la subsidiariedad en el plano municipal.

En efecto, la amplitud de las atribuciones que la Ley 18.695 y la propia constitución confiere a las municipalidades debe interpretarse en armonía con el artículo 19 N°21, inciso segundo de la CPR. Por último, a nivel legal, las Cortes parecen olvidar que el mismo artículo 9° de la Ley 18.695 repite la exigencia de ley de *quórum calificado* para que los Municipios desarrollen actividades empresariales.²⁹⁰

8. DERECHO PARTICULAR AL ESTATUTO COMÚN CON EL ESTADO EMPRESARIO

El Estatuto Constitucional del EE se completa con una doble garantía para el individuo, que señalaremos como integrante del OPE: el derecho al Estado Empresario equivalente y competitivo.

8.1 Fundamento del requisito

La exigencia de que las actividades empresariales del Estado "...estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares" (inciso 2°, N° 21) tiene su fundamento valórico en la necesidad de que el Estado, una vez investido como empresario por el legislador, actúe como sujeto de derecho privado, sin ejercicio de potestades públicas, sólo *libertas*, nunca *potestas*.

Esto emana también de una consideración lógica: si la subsidiariedad exige que el Estado se haga cargo de determinadas actividades empresariales que el sector privado no ha acometido, o lo ha hecho insatisfactoriamente, no hay justificación para estatutos normativos distintos a los que podría gozar el particular. Si se trata de hacer lo que el particular no pudo o quiso hacer, el Estado habrá de triunfar sobre el sector privado sin forzar su caída con armas distintas a la eficiencia empresarial, de lo contrario, el particular recobrará su derecho preferente perdido.

Ahora, si ya hay particulares actuando en dicha área empresarial, un estatuto preferencial -precios, monopolios, aranceles- sería grave y desleal distorsión a la

²⁹⁰ El voto de minoría de la sentencia de la Corte Suprema, redactado por el Ministro don Ricardo Gálvez Blanco, estima que esta clínica municipal de salud veterinaria "...constituye sin lugar a dudas una actividad de naturaleza empresarial". Véase Informe Constitucional N° 2.359 (noviembre de 2000).

real posibilidad de restituir el recto orden empresarial deseado por el constituyente. No se olvide que, como decía Jaime Guzmán, la falta de empresarios eficientes en algún área claramente conveniente para el bien común "revela un vacío en el cuerpo social" que el Estado debe contribuir a sanar.²⁹¹

8.2 Legislación común aplicable a los particulares

Por legislación común debe entenderse no sólo el marco normativo de rango legal que rige la correspondiente actividad empresarial.

Esta comprende además, las regulaciones administrativas de la Potestad Reglamentaria, las normativas emanadas de los entes constitucionales autónomos (municipalidades, Banco Central, Contraloría General de la República) y, en especial, de las Superintendencias que actúan en materia económica: de Bancos, de Valores y Seguros, de Administradoras de Fondos de Pensiones, de Seguridad Social, de Electricidad y Combustibles, etcétera.

En esta materia surge la pregunta siguiente: ¿Puede el Estado reclamar para sí equivalencia con los particulares en normas que le son desfavorables a él? ¿Puede el Estado alegar que hay una competencia desleal en que los particulares se encuentran en una posición privilegiada?

Es posible concebir una situación así especialmente en materia tributaria, por cuanto las empresas públicas suelen estar afectas a tributos especiales, a menudo más gravosos que los generales contemplados en la Ley de la Renta, aplicables a los particulares.

También puede sobrevenir un escenario desventajoso para el Estado si se observa que las empresas públicas están sujetas a la fiscalización política de la Cámara de Diputados, ejercida conforme al artículo 48 N° 1 de la CPR, en relación con el artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.575. En tanto, la fiscalización política no cabe respecto de empresas privadas.²⁹²

¿Puede ampararse el Estado en el N° 21 para eximirse de estos gravámenes?

No parece lógico que pueda hacerlo, porque dichos gravámenes son connaturales al Estado. Rige aquí la cita que hemos hecho del Comisionado Raúl Bertelsen en la sesión N° 388 de la CENC: al Estado no se le garantizan derechos; sólo a los individuos, porque el Estado es *per se*, detentador del poder y tiene a su alcance todos los derechos. La tarea del constitucionalismo es delimitar dicho poder, no acrecentarlo.

²⁹¹ Véase GUZMÁN, ob. cit. en nota N° 98, pág. 60.

²⁹² Véase en esta materia mi comentario en Informe Constitucional N° 1.592 (12 de septiembre de 1997), a propósito del Acuerdo 556-1997 de la Cámara de Diputados en el caso Enersis. La Cámara hubo de enfrentar grandes tentaciones de fiscalizar a privados. También EDUARDO SOTO KLOSS, *El artículo 48 N° 1 de la Constitución ("fiscalizar los actos del gobierno", su sentido y alcance)*, en Revista de Derecho Público N° 55-56 (1994), pp. 127-142.

En consecuencia, es ilógico que las empresas del Estado se sustraigan de la fiscalización política alegando que actúan bajo las normas del Derecho Privado, porque los recursos, bienes y prestigio empresarial envuelto en ellas son del Estado; y sus directivos han llegado a su cargo por operación del proceso político, no económico. Luego, interesa a la sociedad verificar su transparencia, funcionamiento, eficiencia.

La escasa jurisprudencia en la materia ha ratificado en parte nuestra óptica interpretativa. La Corte de Santiago ha resuelto en este preciso aspecto que las empresas estatales no gozan de garantía alguna por este numeral: "...el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política no establece garantía alguna para las empresas estatales, sino que lo que ella hace es garantizar a los particulares que en aquellos casos en que el Estado y sus organismos desarrollen actividades empresariales, no estarán sujetos a normas preferenciales, sino que a la misma legislación común aplicable a los particulares".²⁹³

9. EL ESTATUTO ESPECIAL DEL ESTADO EMPRESARIO

El N° 21 del artículo 19 termina autorizando a la ley para establecer las excepciones al principio anterior, sometiendo al Estado a normas distintas a las de los particulares, por "motivos justificados", mediante una ley aprobada con *quórum calificado*.

Por los razonamientos expuestos, se entiende que se trata de normas especiales *más favorables* que las aplicables a los particulares. Para aprobar normas más desfavorables no se requeriría ni ley ni un *quórum especial*, siguiendo la lógica de la regla general y la excepción del ejercicio de la actividad económica, recogida por el TC en su fallo rol N° 134, de 1991.

El texto contempla dos resguardos, uno formal y otro sustantivo. El resguardo formal consiste en el *quórum calificado* de la ley. El resguardo sustantivo, en la expresión "motivos justificados".

Creemos que el legislador, a la hora de autorizar estatutos especiales más favorables para alguna empresa estatal, debe referirse expresamente en la ley respectiva a dichos motivos, o al menos invocarlos. El legislador se encuentra aquí en la misma situación que le exige el inciso 2° del N° 23 del artículo 19 de la Carta, cuando limita la adquisición del dominio de determinados bienes por exigirlo "el interés nacional".²⁹⁴

²⁹³ Considerando 7° de la sentencia de 18 de julio de 1994, reproducida en Gaceta Jurídica N° 169 (julio, 1994), pp. 75.

²⁹⁴ Para tener una idea de esta referencia, véase el artículo 35 de la Ley General de Bancos (D.F.L. N° 3, de Hacienda de 1997), que limita la adquisición de acciones de un porcentaje superior al 10% de la propiedad total de las entidades bancarias "por exigirlo el interés nacional".

Los *motivos justificados* serán, en definitiva, aquellos que el legislador indique como tales. Desde una perspectiva económica, no existen tales motivos. Y desde la perspectiva constitucional, a la luz de la filosofía que sostiene a nuestro ordenamiento, tampoco caben estos motivos. En efecto, admitir que el Estado pueda tener estatutos más favorables en materia empresarial sería negar el principio de subsidiariedad. Si el Estado requiere de esas normas beneficiosas, quiere decir que los particulares podrían desempeñar la actividad en cuestión más eficientemente que el Estado. Luego, es un contrasentido, y sólo se explica como una excepción propia del proceso político propio de la gestación de la Carta de 1980.

10. LA DISPOSICIÓN QUINTA TRANSITORIA Y SU ROL EN ESTA MATERIA

La decepción final para el estudioso del Derecho Constitucional Económico chileno es la disposición quinta transitoria. Reconociendo que se trata de una norma necesaria en todo proceso de reformulación global de una Carta Básica, sus costos han sido enormes.

Reza este precepto:

"Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

La disposición quinta transitoria decreta una zona de ultraactividad constitucional en materia de Estado empresario, que impide la derogación tácita que debió aplicarse de acuerdo a las reglas generales del Código Civil. Esto significa que:

- a) todas las leyes orgánicas de empresas estatales vigentes al 11 de marzo de 1981 continúan vigentes hasta que no sean derogadas y se presumen de *quórum calificado*, y
- b) todas las leyes que dieron lugar a empresas con estatutos normativos excepcionales, continúan vigentes y se presumen aprobadas con *quórum calificado*.