



Universidad
Finis Terrae
FACULTAD DE DERECHO

20 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA 1981-2001

EDITOR: ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Julio Alvear Téllez
Cristián Arévalo Araneda
Iván Aróstica Maldonado
Arturo Aylwin Azócar
Luz Bulnes Aldunate
José Luis Cea Egaña
Juan Colombo Campbell
Hernán Corral Talciani
Vasco Costa Ramírez
Ignacio Covarrubias Cuevas
Gonzalo Cubillos Prieto
Ramón Domínguez Águila
Eugenio Evans Espiñeira
Osvaldo Faúndez Vallejos
Olga Feliú Segovia
Juan I. García Rodríguez
Gastón Gómez Bernales
Miguel González Pino
Roberto Guerrero Del Río

Milton Juica Arancibia
Ramiro Mendoza Zúñiga
Salvador Mohor Abusaud
Miguel A. Nacur Gazali
Enrique Navarro Beltrán
Alvaro Ortúzar Santa María
Marisol Peña Torres
Jorge Precht Pizarro
Teodoro Ribera Neumann
Roberto Salim-Hanna Sepúlveda
Alejandro Silva Bascuñán
Eduardo Soto Kloss
William Thayer Arteaga
Eugenio Valenzuela Somarriva
José I. Vásquez Márquez
Mario Verdugo Marinkovic
Alejandro Vergara Blanco
Gonzalo Vial Correa
Ángela Vivanco Martínez



EDITORIAL JURÍDICA
Conosur Ltda.

REFLEXIONES EN TORNO A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Dr. iur. Teodoro Ribera Neumann*

*Doctor juris Utriusque, por la Universidad Julius Maximilian de Würzburg
(República Federal de Alemania)*

*Profesor de la Universidad Autónoma del Sur (Temuco)
y de la Universidad de Chile (Santiago)*

*ex diputado de la República (1990-1994 y 1994-1998)
y ex vicepresidente de la H. Cámara de Diputados*

INTRODUCCIÓN

La libertad económica y el mercado concitan la sospecha de variados políticos, juristas y economistas, quienes han visto en ellos una suerte de constante amenaza a los intereses, a veces de muchos, otras de unos pocos.

En sociedades donde reina la ingobernabilidad y la arbitrariedad no existen mercados o los hay en extremo ineficientes. Los mercados florecen y subsisten más bien en contextos diferentes, donde impera un estado de derecho, que respeta, promueve los derechos y las garantías fundamentales en general, y la libertad económica y el derecho de propiedad en particular. Esto sorprenderá a algunos que separan dicha unión y favorecen sólo los demás derechos y libertades, señalando que no atañen a la economía. Sin embargo, esta distinción es errónea, pues no es casualidad que donde se valora la libertad económica también exista la política, y donde la eliminaron, suprimieron también las demás libertades.

La libertad económica constituye un derecho propio del ser humano, siendo en forma importante, una condición necesaria aunque no suficiente para la democracia. La libertad económica permite ofrecer a otros, que eligen, la creatividad humana en forma de bienes y servicios, lo que conlleva reconocer y resguardar el derecho de las personas de buscar su propia realización personal y no imponerles aquella establecida por el Estado. La libertad económica facilita, además, que los éxitos individuales sean debidamente recompensados y las fallas sancionadas. Ello le otorga a la libertad económica relevancia desde el punto de vista de la producción y distribución de los bienes, pero también un fundamento ético y social: Para que existan oportunidades de ser más, debe

* Con la colaboración de Hernán Viguera Figueroa, Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma del Sur, doctor (c) en Derecho por la Universidad de Sevilla, España, profesor Asociado de la Cátedra de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma del Sur (Temuco).

igualmente garantizarse la libertad de asumir el riesgo de la ganancia o pérdida. Las políticas regulatorias, por el contrario, limitan o desconocen la iniciativa individual y con ella la posibilidad de progreso y una mayor movilidad social. Como indica Von Hayek, "en la esfera material, así como en la intelectual, la competencia es el procedimiento más efectivo que se ha descubierto para encontrar los mejores medios de alcanzar los objetivos humanos. Sólo cuando muchas formas distintas de hacer las cosas puede ensayarse, va a existir una variedad de experiencia, conocimiento y habilidades individuales, y una selección continua de los más exitosos conducirá a un progreso constante".¹

Sin embargo, el mercado no implica la idea fantasmagórica de una tierra sin normas, donde se impone sin límites el más fuerte, donde todo está permitido. No hay un mercado que perdure sin un orden, el del estado de derecho. La cuestión está en determinar cuál es el límite de acción del Estado al reglar el mercado, es decir, cuál es el alcance de la libertad de empresa y de la regulación estatal.

La Constitución de 1980, contraviniendo las tendencias de su época, reconoció la importancia de la libertad económica como una expresión más de la libertad consustancial de los individuos, adoptando los resguardos necesarios para evitar un Estado todopoderoso en lo económico y en lo social. Este estudio busca explicar los orígenes y fundamentos de este cambio y, en especial, analizar el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica establecido en el artículo 19, N° 21 de la Constitución, conocido también como la "libertad de empresa".

II. LIBERTAD ECONÓMICA Y EL ROL DEL ESTADO

El debate sobre el papel del Estado en la vida económica y la determinación de su ámbito de competencia ha generado opiniones diversas, y cada época y forma de organización social han ofrecido soluciones distintas. Ni siquiera nuestro mundo occidental ha mantenido una postura uniforme a lo largo de la historia; por el contrario, basta observar con detenimiento cuáles han sido las ideas dominantes sobre el papel del Estado en la economía durante los últimos siglos para darse cuenta de que, lejos de una visión única o una interpretación estable, nos encontramos ante opiniones que han ido modificándose a lo largo del tiempo, con la peculiaridad de que esta evolución muestra un curioso carácter cíclico, reflejado en épocas de exaltación del intervencionismo estatal seguidas de otras de defensa de la libertad individual en el campo económico.

Cuando Adam Smith criticaba los excesos de la intervención y la regulación estatal, tenía en mente una larga etapa histórica que vendría a ser conocida como la "época mercantilista". A lo largo de los siglos XVII y XVIII la actividad económica estuvo, en efecto, sometida a un fuerte control estatal. Para la mayoría de los gobernantes y escritores políticos de la época no era posible que los intereses individuales, en el marco del libre mercado, pudieran llevar a la sociedad al progreso y a la riqueza. El interés particu-

¹ FRIEDRICH A. HAYEK, "Liberalismo", en *Revista de Ciencia Política*, Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. IV, N° 2, Santiago 1982, pág. 148.

lar y el general eran, por el contrario, considerados antagónicos, y, por ello, el gobernante debía regular el comportamiento de los consumidores y las empresas, orientándolos en el sentido adecuado, aplicándose idéntica visión también a la competencia internacional.

En los años finales del siglo XVIII, y en las primeras décadas del XIX, este sistema de ideas y creencias entró en crisis. Los grupos más dinámicos de la sociedad fueron comprendiendo los enormes costos de las políticas mercantilistas y trataron de liberarse de la tutela monárquica, comenzando a exigir mayor libertad en el comercio y la industria. Los reyes y sus gobiernos reguladores dejaron de ser vistos como creadores del progreso y fueron tenidos más bien, como una remora para el crecimiento económico. Esta es la idea que transmitió en 1776 Adam Smith en su obra "La riqueza de las naciones", y que dominaría el pensamiento económico por un largo periodo de tiempo.

Frente al mundo de las reglamentaciones mercantilistas, el siglo XIX suele ser considerado la época del liberalismo por excelencia. La desconfianza hacia el Estado cobró una gran fuerza y se elaboraron modelos de organización económica en los que se limitaba sustancialmente las actividades que podía realizar. En esta época se creía que el Estado desempeñaría un papel cada vez menor; la industria y el comercio serían libres y el gasto público se reduciría al mínimo indispensable para asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones y de algunos servicios que no pudieran ser provistos por la iniciativa privada.²

La existencia de un Estado incapaz de garantizar un mínimo de condiciones que permitiera una sociedad más entrelazada, unido a la ausencia de una red social básica que permitiera una igualdad de oportunidades como de regulaciones que fortaleciera un funcionamiento adecuado del mercado, generaron tensiones y desconfianza en la libertad en amplios sectores. Sin embargo, la irrupción del marxismo, primero como vertiente filosófica y luego como paradigma político, incrementó la crítica en la actividad privada y revitalizó la función reguladora del Estado. Junto a la influencia decisiva del pensamiento marxista en materia económica, no puede negarse también la desarrollada por John M. Keynes sobre el tema de las crisis de los ciclos y fluctuaciones económicas. Su pensamiento, relevante para enfrentar las crisis mediante el aumento del ingreso y del empleo, fue utilizado sin más en todos los países latinoamericanos, especialmente a partir de los años cuarenta, lo que implicó una política fiscal de aumento del gasto y déficit público. En la práctica, la intervención del Estado en pos de lograr el control y la propiedad de los medios de producción o buscando revertir ciclos económicos negativos con una política fiscal expansiva, generaron una creciente burocracia y un detrimento de las libertades económicas.³ La lucha ideológica produjo una fuerte disputa sobre la

² Esta previsión no fue, sin embargo, muy certera. En este sentido, el economista alemán Adolph Wagner, al estudiar las estadísticas de gasto público de diversos países, señaló que, con el progreso económico y la industrialización, el volumen de gasto público, lejos de reducirse, tendía a aumentar. Este principio, conocido como "ley de Wagner" ha definido el comportamiento del gasto público en los últimos cien años.

³ Sobre el particular véase el interesante artículo de PABLO BARAONA URZÚA, "Desarrollo y estabilidad, una interpretación histórica", en: Centro de Estudios Públicos, *Revista Estudios Públicos*. N° 53, Santiago, Verano 1994, pág. 39 y ss.

propiedad de los medios de producción y el carácter regulador o planificador del Estado, asumiendo éste paulatinamente labores productivas y reglamentando ampliamente el mercado, en búsqueda de una distribución más igualitaria de la renta.

Nuestra evolución constitucional durante el siglo XX no estuvo ajena a los vaivenes de las doctrinas económicas, incorporándose en la Constitución de 1925 la función social de la propiedad, que en años anteriores había sido ya incorporada en la Constitución alemana de 1919. A medida que avanzaba el transcurso del siglo pasado y la sociedad occidental se permeabilizaba por el avance de las ideas socialistas, que en pos de la igualdad exigían una intervención mayor del Estado en la economía, en forma similar declinaba el ámbito de protección y de respeto al derecho de propiedad y se incrementaban las atribuciones del Estado, con o sin modificaciones constitucionales, en las áreas económicas y sociales, perdiendo relevancia la libertad individual, base de nuestro sistema social occidental. Bien podemos decir que el Estado, y no las personas, se constituía en un actor fundamental de los cambios económicos y sociales, subordinando a la sociedad y los individuos a roles secundarios.

En Chile este proceso avanzó inexorablemente impulsado por los partidos de izquierda que propugnaban el estatismo en todas las áreas de la economía y de la sociedad, presentando el centro político y la derecha visiones económicas regulatorias e intervencionistas que constituían una fórmula de compromiso frente a las ideas en boga, más que una apuesta real a favor de la libertad. Prueba de ello es el desmoronamiento del derecho de propiedad durante la Constitución de 1925⁴ y el rol fundamental que detentaría el Estado en materias económicas, sea regulándolas o asumiéndolas directamente.

⁴ Valga recordar sobre esta materia, que la reforma constitucional de 8 de octubre de 1963 (ley N° 15.295) consagró la expropiabilidad de ciertos predios rústicos sin indemnización previa durante el gobierno de Jorge Alessandri. Esta reforma al derecho de propiedad fue impulsada por un gobierno de derecha y permitió expropiar por causa de utilidad pública predios agrícolas que estaban abandonados o manifiestamente mal explotados, según las características normales predominantes en la región en la cual se encontraban. Esta expropiación se realizaba pagando un 10% al contado y el saldo en cuotas anuales dentro de un plazo que no podía exceder los 15 años con el interés que fijara la ley. Además, permitía la toma anticipada de la posesión del bien en ciertas circunstancias. El derecho de propiedad fue nuevamente socavado por la reforma constitucional de 20 de enero de 1967 (ley N° 16.615) que permitió desde el año 1967 impulsar fuertemente la Ley de Reforma Agraria. Por ello, no es menor, que la reforma constitucional del 16 de junio de 1971 (ley N° 17.450), que nacionalizó la gran minería del cobre, permitiera en la práctica mediante el instrumento de las utilidades excesivas, privar del dominio de la gran minería del cobre a empresas extranjeras sin indemnización alguna.

Un interesante análisis sobre el derecho de propiedad y su evolución se encuentra en: JOSÉ MARÍA EYZAGUIRRE, "El derecho de propiedad privada", en: Gonzalo Vial (editor), *Análisis crítico del régimen militar*, colección Universidad Finis Terrae, Impresos Universitarios, Santiago 1998, pág. 101 y ss. Véase igualmente a ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, "La controversia política y el derecho de propiedad", en: Universidad Gabriela Mistral, *Revista Temas de Derecho*, año III, N° 2, Santiago 1988, pág. 1 y ss. Un análisis de las últimas reformas realizadas a la Constitución de 1925 se encuentran en: ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, *Chile hacia una Constitución contemporánea*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1973.

Este escenario, de fuerte intervención estatal en lo social y económico, caracterizado por un Estado que poseía grandes empresas⁵ y que regulaba el acceso, permanencia y salida del mercado de otras importantes áreas industriales y del comercio, como por infinidad de reglamentaciones y permisos provenientes de la misma autoridad o de los gremios o sindicatos interesados, es el escenario que constituye la antecámara a la discusión constitucional en los inicios del gobierno militar y que impregna la visión de los integrantes de la entonces Comisión Constituyente en los primeros años, los que estaban influenciados profundamente por el entorno económico que habían vivido.

III. EL ESTADO Y LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LA GÉNESIS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En la primera sesión de la Comisión Constituyente designada para elaborar una nueva Constitución Política de la República, su presidente Enrique Ortúzar consideró que para afianzar cualquier sistema de gobierno democrático era indispensable, entre otras condiciones, fortalecer el régimen de propiedad,

"fundamento de todas las libertades públicas y estimular y asegurar la iniciativa creadora de los particulares, pues ella, a través de la empresa privada, es el gran motor que impulsa el desarrollo económico de un país y que, a su vez, garantiza su libertad.

La absorción de las actividades económicas por el Estado conduce a una sociedad estatista que termina por negar la libertad personal".

Esta visión a favor de la libertad económica y de la propiedad privada no conllevaba inicialmente una restricción severa del rol económico del Estado, pues en la misma oportunidad el señor Ortúzar acotaba:

"Lo anterior no significa, por cierto, desconocer el gran papel que corresponde al Estado como orientador y planificador de la economía o sus facultades destinadas a asegurar una libre y sana competencia, a ejercer el control necesario para evitar toda forma de abuso o monopolio y a velar por la seguridad nacional.

*La nueva carta, agregó, debe contener en este sentido, los principios o normas fundamentales que señale el campo de acción del Estado en la economía y, a su vez, los que fijen y garanticen a los particulares el amplio ámbito en que pueden libremente desarrollar sus actividades económicas".*⁶

⁵ Una evolución de la función empresaria del Estado se encuentra en el artículo de JORGE ALÉ y GUSTAVO MALLAT, "Evolución del rol del Estado en materia empresarial hasta 1970", en: JORGE ALÉ, LUIS LARRAÍN, GUSTAVO MALLAT, MÓNICA ORTÚZAR y MIRENCHO VIDELA, *Estado empresario y privatización en Chile*, Cuadernos Universitarios, Serie Investigaciones de la Universidad Nacional Andrés Bello, N° 2, Santiago 1990, pág. 15 y ss.

⁶ Comisión Constituyente, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Talleres Gráficos Gendarmería de Chile, Santiago, 1975, sesión N° 1, celebrada el 24 de septiembre de 1973, pág. 5 y ss. Esta Comisión cambió luego de nombre y pasó a llamarse Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, reconociendo su carácter meramente asesor del poder constituyente, que recaía, en ese entonces, en la Junta de Gobierno.

Si en los comisionados reconocieron tempranamente la importancia del orden público económico para el establecimiento de una sociedad libre, durante una primera etapa trabajaron en su gran mayoría imbuidos de una concepción económica mixta,⁷ de convivencia de la actividad privada con áreas económicas reservadas al Estado, al cual no se le desconocía su carácter planificador y orientador de la economía. Temas recurrentes en la comisión en sus inicios serían el derecho de propiedad, la iniciativa privada y la seguridad jurídica, como al igual el de los "resquicios legales", sin que surgiera entre sus miembros una concepción económica profundamente más libertaria y limitativa del poder del Estado en materia económica. En un comienzo se seguía considerando como propia su irrupción en un amplio campo de la economía.

Al reunirse la Comisión Constituyente con la subcomisión encargada del estudio del derecho de propiedad en la sesión N° 6, el señor Ortúzar hizo presente que el derecho de propiedad "es el fundamento de las libertades públicas y base esencial para el desarrollo económico del país" sosteniendo el comisionado señor Sergio Diez que la subcomisión "deberá preocuparse de la reforma empresarial para establecer una democracia económica, así como de precisar las actividades que deberán permanecer en poder del Estado".

No es de extrañar, por ello, que en la sesión N° 18, celebrada el 22 de noviembre de 1973, la comisión despachara el documento "Objetivos fundamentales para la nueva Constitución Política de la República", en el cual sostenía:

"Organizará un Estado soberano, moderno y dinámico, que impulse el desarrollo económico y social, la erradicación de la miseria, todo dentro de un marco de justicia que sea instrumento para la construcción de la paz, en lugar de medio para la lucha o dominación de algún grupo sobre los demás".⁸

Por lo demás, esta visión de economía mixta que sostenían los miembros de la comisión constituyente estaba acorde con lo expresado por la Junta de Gobierno en su "Declaración de principios del gobierno de Chile de marzo de 1974", en la cual se señalaba:

⁷ Un tema que surge en las actas oficiales de la Comisión Constituyente son referencias al proyecto de reforma constitucional denominado "de las tres áreas de la economía" iniciado en octubre de 1971 por los senadores Renán Fuentealba y Juan Hamilton, del Partido Demócrata Cristiano, y que reconocía la existencia de un área estatal, otra mixta y una privada. Uno de sus logros era extender al mediano y pequeño empresario la protección que la Constitución brindaba a la vivienda habitada por su dueño y a la pequeña propiedad agrícola, exigiendo también el pago de la indemnización en forma previa y al contado en caso de expropiación.

⁸ Comisión Constituyente, *ob. cit.*, sesión N° 6, pág. 8.

⁹ Comisión Constituyente, sesión N° 18, pág. 25. En el mismo documento, refiriéndose a las bases para el desarrollo económico, agregaba en la pág. 31 que la Constitución "estimulará la iniciativa creadora de los particulares, favoreciendo asimismo fórmulas de participación de los trabajadores en la gestión y resultados de la empresa. No se puede prescindir del hecho de que la empresa constituye una comunidad humana, en la que los intereses de los trabajadores y empresarios están íntimamente ligados a la suerte de la misma. No sólo es justo, pues, vincular el interés de los trabajadores a la empresa en que laboran, sino que ello es conveniente para la comunidad, porque contribuye a evitar muchos conflictos que dañan seriamente la economía nacional. Naturalmente, la ley tendrá que considerar las posibles formas de participación, según las características de las diversas empresas".

"La aceptación de la libre iniciativa escrita no podría entenderse, eso sí, como un desconocimiento de la activa y principalísima labor que compete al Estado en un campo económico. No sólo es misión suya adoptar las medidas que aseguren efectivamente la competencia y el necesario control de los particulares, para evitar toda forma de abuso o monopolio. Una economía moderna exige, además, que el Estado cumpla un papel planificador de la actividad económica general. De lo que se trata, es de que dicha planificación estatal no se hipertrofe, cerrando el paso al valioso aporte de la iniciativa particular, sino que se oriente a converger y complementarse con ésta".

En la sesión N° 68, de 5 de septiembre de 1974, la Comisión Constituyente concedió audiencia a los miembros de la subcomisión encargada del estudio del derecho de propiedad y trató la conveniencia de consagrar algunas normas relacionadas con el orden público económico, ante lo cual su presidente, José María Eyzaguirre, explicó la discusión existente en su seno en cuanto a consagrar o no dichos principios. Sería el comisionado Sergio Diez quien reiteraría que:

"Cree que se está elaborando una Constitución que no es neutra, sino que tiene una filosofía democrática, que pretende incluso consignar los medios y los recursos para asegurar la mantención de esa ideología democrática en el sentido que los chilenos han entendido la palabra democracia. Asimismo, cree que se dejaría la tarea inconclusa si no se incluyeran en la Constitución algunas normas del sistema económico, porque resultan absolutamente inseparables en la actividad del hombre moderno, la libertad individual y el funcionamiento del sistema político de ciertas normas básicas de orden económico".¹⁰

El comisionado Enrique Evans, apoyando la misma idea, sostuvo que:

"Afirma, en seguida que en el texto constitucional actualmente existe un conjunto de disposiciones que expresan cierto tipo de orden público y económico a los cuales hay que agregar algunos valores que los inspiren y que también se han señalado en el seno de la Comisión: el principio de que la economía está al servicio del hombre; el de la subsidiariedad del Estado, salvo en ciertas materias de carácter fundamental, esencial o estratégico de la economía nacional; el principio de la posición antimonopólica de la estructura estatal chilena, para impedir desbordes del gran capital o de las organizaciones capitalistas que pretendan, precisamente, actuar en forma monopólica".¹¹

Este espíritu, meramente reformista a la situación imperante, se conservaría aun durante los primeros años, viniendo a cambiar por la modificación sustancial del entorno económico y la liberalización impuesta por el gobierno militar, especialmente luego de aplicarse el plan de reactivación económica a mediados del año 1975.

El análisis del orden público económico fue abordado en forma orgánica por la Comisión en las postrimerías de la elaboración del texto constitucional, cuando el impulso liberalizador era irreversible y después que el Estado se había retirado ya sustancialmente de las actividades productivas y desregulado el mercado.

¹⁰ Comisión Constituyente, sesión N° 68, pág. 16.

¹¹ Ob. cit., pág. 18.

En la sesión N° 384, celebrada el 14 de junio de 1978, y que contó con la presencia de los ministros de Hacienda Sergio de Castro y de Economía Pablo Baraona, respectivamente, y del Fiscal del Banco Central Roberto Guerrero, este último propuso los principios que era importante establecer en la Carta Fundamental:

- 1° El principio de la libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, de comercio y de trabajo o profesional. Con el fin de resguardar adecuadamente esta libertad, las restricciones a la actividad productiva o profesional sólo debían establecerse por ley y siempre que se tratara de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etcétera, restringiendo la posibilidad que órganos administrativos o intermedios pudieran fijar limitaciones a su ejercicio. Se planteó, asimismo, la relevancia de que la afiliación fuera siempre voluntaria y no obligatoria tanto en el campo sindical como en la actividad profesional.
- 2° El segundo principio era fortalecer el derecho de propiedad de los medios de producción y de consumo, señalando la necesidad indispensable que la expropiación sólo pudiera determinarse por ley por causales establecidas en la propia Constitución. El monto de la indemnización debía ser justo, entendiéndose por éste el valor comercial del bien expropiado, estatuyendo su pago al contado. Debía establecerse la prohibición de estatuir cualquier sistema de requisición o confiscación, como un mecanismo que permitiera recurrir a la justicia en caso de existir por parte de la autoridad o de cualquier persona, cualquier acto de perturbación, de amenaza o de molestia para el derecho de propiedad. En este mismo ámbito y como una forma de defensa de la propiedad privada, los impuestos no debían ser expropiatorios.
- 3° El tercer principio lo constituía la igualdad ante la ley en materia económica. Al respecto se señaló que nadie podía ser perjudicado o beneficiado arbitrariamente por decisiones de la autoridad, pues ello garantizaba un sistema de libertad económica y evitaba que ella pudiera erigirse en un árbitro, todopoderoso, benefactor o perjudicador de los individuos.
- 4° El cuarto principio estaba dado por la subsidiariedad del Estado, establecida ya en la declaración de principios de la Junta de Gobierno y en las pautas dadas por el Presidente de la República a la misma comisión. Para fortalecer este principio indicó que era indispensable que la creación de servicios públicos y empresas del Estado como toda participación de éste, mayoritaria o minoritaria en la gestión o la propiedad de ellas, fuera por ley.
- 5° Otro principio era el control del gasto público en cuanto a que los recursos que percibe el fisco por vía impuestos, aranceles o endeudamiento debían siempre ser autorizados por ley.
- 6° Por último, Roberto Guerrero sostuvo como un principio esencial de la política económica el establecimiento de una autoridad monetaria y cambiaria independiente que tuviera un reconocimiento en el texto constitucional similar al de la Contraloría General de la República, y cuya enunciación fundamental de funciones debiera estar fijada en la regulación de la política económica y cambiaria (Banco Central). Sus autoridades debían ser inamovibles durante su mandato, el período de sus cargos

debía ser relativamente extenso (8 a 10 años) y su renovación efectuarse por parcialidades, a fin de garantizar la continuidad en el manejo de una política económica independiente. Indicó, además, que era indispensable prohibir que el Banco Central otorgara créditos directa o indirectamente al Estado o sus organismos, porque ello constituía una fuente de emisión contraria a una política económica sana del país.

En el tema que nos preocupa, tal es el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, la Comisión de Estudio convino en reconocer en el artículo 19, numeral 20, inciso primero:

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

Por su parte, el Consejo de Estado analizó este numeral en las sesiones N^{os}. 64, 65, 101 y 102, circunscribiéndose la discusión más bien a las limitaciones establecidas en el inciso segundo del mismo numeral relativas a las facultades del Estado para realizar actividades económicas, destacándose la defensa de las empresas públicas realizada por el ex Presidente de la República don Gabriel González Videla. Con todo, fue el Consejo de Estado quien transformó la "libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica" en un "derecho a desarrollar cualquiera actividad económica", modificando las causales que permiten su limitación a que no fuere contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y respetando las normas legales que la regulan.

De esta manera, la idea matriz relativa a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica vino a ser incorporada finalmente como un derecho por la Constitución de 1980,¹² acogiendo la Junta de Gobierno igualmente la idea de instituir un orden público económico que le otorga a la libertad individual y al mercado un rol protagónico, limitando las actividades del Estado a una función subsidiaria.¹³

¹² Un análisis histórico al respecto puede encontrarse en: ROBERTO GUERRERO DEL RÍO y ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, "Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año I, N^o 1, Santiago, 1997, págs. 117 y ss.

¹³ Sobre el particular, no deja de ser relevante el documento elaborado por la comisión permanente del grupo de estudios constitucionales (Grupo de los 24), en junio de 1979, en que aprobó un proyecto de bases institucionales de orden económico en el cual se planteaba la existencia de un sistema económico mixto, indicando que "la función superior en materia de planificación corresponderá al Consejo Nacional de Planificación", y que "el Estado podrá recurrir a la planificación económica y social para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el progreso regional, lograr un desarrollo económico y crecimiento del producto nacional más acelerados y promover una mejor distribución de la riqueza y del ingreso. La democracia económica implica una activa participación del pueblo, y en particular de los trabajadores, a través de mecanismos adecuados, en los procesos de planificación y en la formulación y evaluación de la estrategia nacional de desarrollo". Al respecto véase a PATRICIO CHAPARRO (editor), *Las propuestas democráticas del grupo de los 24*, Santiago 1992, Alfa Beta Impresores, pág. 41 y ss.

IV. LA LIBERTAD COMO PRINCIPIO ESENCIAL DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La amplia consagración de la libertad, del derecho de propiedad y del respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios en la Constitución de 1980, sobre la base de la subsidiariedad del Estado, fue una reacción clara ante el intervencionismo estatal previo al año 1973.

La Constitución de 1980 se nutre de una concepción de sociedad en la cual la persona es la base de todo el actuar social y jurídico, fundándose la Carta Fundamental en que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, teniendo el Estado un carácter servicial.

"Tal principio no es otro que la primacía de la persona humana, sujeto anterior y superior al Estado, lo que conlleva la primacía de la iniciativa privada en la actividad económica, la consecuencial servicialidad del Estado, el cual está al servicio de la persona humana, como medio o instrumento en el orden temporal, para el perfeccionamiento de ella, servicio que se concreta en la promoción o procura del bien común de la sociedad".^{14, 15}

Por otra parte, el principio de subsidiariedad vino a reforzar la libertad consustancial del ser humano en nuestro ordenamiento constitucional, pues limita la irrupción del Estado en la vida social en beneficio de la autonomía de la voluntad que ejercen los individuos, las familias y los grupos intermedios.¹⁶

En virtud de este principio, el Estado puede, sólo si el bien común lo exige, intervenir en materias de la competencia de sociedades inferiores o de individuos, pero en la medida indispensable para obtener el fin perseguido, procurando que su acción sea lo menos lesiva posible a los intereses y fueros propios de los cuerpos intermedios o de las personas. Eso sí, la subsidiariedad es auxilio, ayuda, pero jamás suplantación, reemplazo o eliminación por el Estado de los particulares que realizan actividades que primordialmente corresponden a ellos.¹⁷ No está demás recordar, que el Estado no tiene un fin en

¹⁴ EDUARDO SOTO KLOSS, "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile 2", Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, *Ius Publicum*, N° 2, 1999, pág. 119.

¹⁵ La "Declaración de principios del Gobierno de Chile" del año 1974 en su capítulo segundo indica: "La primacía de la persona humana, tanto ontológica como teleológica; que el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés, que su fin no es otro que el bien común de los miembros de la comunidad nacional, de todos y cada uno de ellos, bien común que exige respetar el principio de subsidiariedad".

¹⁶ Una visión crítica del principio de subsidiariedad ha sido formulada por JORGE TAPIA VALDÉS, "¿Estado mínimo o mínima ética?", en: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, *Revista de Derecho*, N° 202, pág. 27 y ss.

¹⁷ En este sentido es destacable que a lo largo de la propia Constitución se consagren diversas disposiciones tendientes a garantizar esta autonomía de los cuerpos intermedios. El artículo 19 N° 15 inciso quinto de la Constitución señala que "los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que le son propias", precepto que busca impedir que los partidos instrumentalicen a los grupos intermedios en su lucha por alcanzar el poder político. Igualmente, el artículo 19 N° 21 de la Constitución establece que el Estado y sus organismos sólo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley de quórum calificado los autoriza, norma que pretende establecer un ámbito de acción más protegido para que puedan desarrollarse los grupos intermedios con finalidades económicas.

si mismo, sino que su función es servicial en beneficio de las personas y de las sociedades intermedias.¹⁸

Como lo ha manifestado el Tribunal Constitucional, "la Constitución está señalando al legislador que su labor fundamental debe realizarla desde la perspectiva que los derechos de las personas están antes que los derechos del Estado y que éste debe respetar y promover los derechos esenciales garantizados por ella conforme al inciso segundo del artículo quinto y, en consecuencia, toda legislación que se aparte o ponga en peligro el goce efectivo de las libertades y derechos que la propia Carta Fundamental reconoce y asegura, adolece de vicios que la anulan al tenor de sus artículos sexto y séptimo".¹⁹

De esta manera, al Estado no le compete decidir ni entregar una determinada o única "realización espiritual o material", debiendo sólo crear las condiciones para que cada persona o grupo, busque y concrete la suya. Por ello, la realización espiritual y material es un asunto individual o grupal, pero no estatal, salvo para garantizar principalmente la libertad y la igualdad de oportunidades, entendida ésta como la generación de condiciones básicas que permitan a cada individuo participar en la vida nacional.

Respetar el principio de subsidiariedad supone garantizar el derecho a la libre iniciativa privada en el campo económico.

Este derecho fundamental resulta básico y primordial en la carta de 1980, ya que por su intermedio se despliega la capacidad creadora de los individuos, dignificándose personalmente y proveyendo al desarrollo y mayor bienestar de la sociedad. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República entendió que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no es sino una proyección de la libertad personal. El propio Tribunal Constitucional ha sentenciado respecto al artículo 19 N° 21:

"9° Que, como lo sostuvo este Tribunal en sentencia de 21 de abril de 1992, la disposición transcrita "es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

*10° Que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares.".*²⁰

¹⁸ Véase el artículo de EDUARDO SOTO KLOSS, "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", en: *Revista Ius Publicum*, ob. cit, Santiago 1999, pág. 119 y ss.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante STC, Rol N° 198, considerando 11, a citarse en adelante como STC 198/10.

²⁰ STC 167/9 y 10.

V. LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La Constitución Política de la República de 1980 consagra un orden público económico que tiene como elementos esenciales el amplio ejercicio de la libertad y al mercado como principal distribuidor de los recursos, lo que supone no sólo una multiplicidad de demandantes, sino que también de oferentes que compitan por conquistar cuotas de mercado, ofreciendo condiciones más óptimas por sus servicios o productos. De esta manera, el constituyente de 1980 revirtió la tendencia estatista y limitadora de la libertad económica que se había expresado durante la Constitución de 1925 y lo hizo en un momento de la historia mundial, en que las ideas intervencionistas del aparato estatal eran aún las predominantes.

Este orden público económico, que ha sido constatado por la doctrina como por el Tribunal Constitucional,²¹ era, al momento de implementarse a comienzos de los años ochenta en Latinoamérica y en plena guerra fría, una proposición irruptiva, contrarrevolucionaria y reaccionaria. Intervención gubernamental, propiedad estatal de los medios de producción, severas regulaciones al mercado del trabajo y de la producción en búsqueda de una "igualdad distributiva", eran los paradigmas que imperaban en dicha época.

Por ello, el reconocimiento al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica fue un hecho vanguardista. La Constitución de 1980 reconoció este derecho en el artículo 19, N° 21 de la Constitución, lo que fue reforzado por las diversas normas limitativas y restrictivas para el ejercicio de actividades económicas por parte del Estado y de sus organismos, que se imponen con el fin de resguardar la libre actividad económica que recae en los individuos, esto es, la libertad empresarial privada. Así, el desarrollo de actividades empresariales por el Estado es en nuestro ordenamiento constitucional una excepción, que se simboliza en la necesidad que se autorice por una ley de quórum calificado, debiendo, en todo caso, someterse a la legislación común.²²

Fuera del reconocimiento expreso de este derecho fundamental, también se refirió en el artículo 9° de la Constitución a las "organizaciones empresariales" y en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, relativo a la libertad de trabajo y su protección, a las empresas como entidades propiamente tales, distinta de sus propietarios, lo que reitera una protección múltiple a la libre empresa. De esta manera, la Constitución reconoció expresamente diversos elementos esenciales de una economía libre, tal es, el derecho fundamental a desarrollar cualquiera actividad económica (libertad de empresa); a la empresa como un ente creado en ejercicio de dicho derecho fundamental destinado, a su vez, a ejercerlo y a las organizaciones empresariales que agrupan a empresarios y empresas.

La libertad de empresa y la empresa como asociación constituida para el desarrollo de actividades económicas, implican un ejercicio de los derechos fundamentales, por lo

²¹ Véase, a manera de ejemplo, STC 78/14 y, especialmente, STC 207/72, en que se hace referencia a la doctrina.

²² Estas actividades empresariales estatales aparecen mencionadas en los artículos 19, N° 21, inciso segundo; 19, N° 24, inciso décimo; 55, incisos primeros y segundos; 60, N° 9); 98, inciso primero, y disposición transitoria tercera.

que incluso en la ausencia de normas constitucionales expresas, su respeto deriva de la consagración de otros derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Al respecto es interesante destacar, que mientras en España se reconoció la libertad de empresa expresamente en el artículo 38 de la Constitución,²³ en Alemania ello es producto de la doctrina y de la jurisprudencia, la que ha estimado que es consecuencia directa de la libre elección del trabajo e industria, del derecho de propiedad y a la propiedad, del derecho de asociación y del libre desarrollo de la personalidad.²⁴

En Chile puede reiterarse, consecuentemente, que el derecho a la libre empresa goza de una protección por su consagración constitucional expresa en el artículo 19, N° 21 de la Constitución como por el hecho de constituir éstos, en la práctica, el ejercicio de diversos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que el constituyente igualmente ha reconocido, tales como el derecho de asociarse sin permiso previo, la libertad de trabajo y su protección, y el derecho de propiedad y a la propiedad.

El Tribunal Constitucional, interpretando el artículo 19, N° 21, de la Constitución, ha señalado:

*"8° Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, antes transcrito, y que protege la libre iniciativa privada es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."*²⁵

El amplio reconocimiento y protección del derecho a ejercer cualquiera actividad económica tiene diversos fundamentos, entre los que cabe destacar particularmente que es parte consustancial de la libertad del individuo a optar por su propio desarrollo, a buscar caminos de satisfacción y de crecimiento personal, lo que conlleva un ejercicio práctico de la capacidad de emprender desafíos y de asumir riesgos. La historia reciente ha demostrado que los sistemas económicos que confiaron en la planificación centralizada y en el poder del Estado, y no en las personas y en sus motivaciones, tuvieron menores niveles de crecimiento y destruyeron en mayor intensidad el medio ambiente que los sistemas económicos basados en la iniciativa individual. Por lo demás, sin emprendedores el hombre no habría evolucionado hacia su estado moderno y carecería de aptitudes para descubrir nuevas fronteras. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha

²³ El artículo 38 de la Constitución española de 1978 indica: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Dada la existencia de normas constitucionales que permiten una irrupción del Estado en materias económicas, la jurisprudencia ha sido más vacilante. Sobre el particular puede consultarse a GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios constitucionales de la libertad de empresa, libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid 1995.

²⁴ FERNANDO CONESA, *La libertad de empresa y Estado de derecho*. Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1978 p. 84. En el mismo sentido puede consultarse a FRITZ OSSENBUHL, "Las libertades del empresario según la ley fundamental de Bonn", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 32, 1991.

²⁵ STC 146/8.

indicado que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de fundamental importancia para los individuos, pues permite desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.²⁶

VI. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Un objetivo prioritario del ejercicio de cualquiera actividad económica es la producción de bienes o servicios con el objeto de generar beneficios, sean éstos utilidades, remanentes u otros. En nuestro sistema constitucional la libertad es amplia, pues abarca "cualquiera actividad económica", mientras no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y se respeten las normas legales que la regulan.

El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica comprende necesariamente el derecho de acceder al mercado ofertando bienes y servicios, fijando libremente la oportunidad y las condiciones de hacerlo, incluido el derecho a formar nuevas empresas o a adquirir otras existentes, etc. Igualmente implica el derecho de permanecer en el mercado y de competir, resguardando las normas generales de competencia²⁷ y los derechos de los consumidores, como a cambiar de rubro o a retirarse de él, optando por concluir las actividades empresariales.²⁸

El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica garantizado por el constituyente en el artículo 19, N° 21 de la Constitución puede ser ejercido en forma individual o grupal, sea como persona natural o mediante un ente jurídico, lo que comprende la organización jurídica y organizativa que se considere más adecuada para el cometido, salvo que una ley expresamente señale lo contrario. En caso que la persona implemente una organización para el ejercicio de la actividad económica con otros, dicho cuerpo intermedio está dotado además, del reconocimiento y resguardo constitucional para que cumpla sus fines propios, debiendo las autoridades garantizar su adecuada autonomía. Ello conlleva, así, en principio la libre organización, adopción de sus decisiones y de sus autoridades y la determinación de sus propios fines para la prestación de servicios o producción y de sus procedimientos. Además, debemos entender como parte relevante del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica la libertad de contratar libremente tanto en lo que respecta al personal que en ella labora como con sus proveedores y clientes.

Parte importante del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica es igualmente la libertad de inversión, esto es el derecho de decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de recursos para la consecución de los fines empresariales,

²⁶ STC 226/ 41 y ss.

²⁷ En este sentido, compartimos lo indicado por MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR, "La noción de la empresa en la Constitución española", en: *La empresa en la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 48, que para una existencia adecuada de la libertad de empresa es necesario y conveniente la existencia de una adecuada competencia, por lo que pueden establecerse limitaciones para evitar monopolios y oligopolios, en tanto el mercado no se autorregule nuevamente.

²⁸ Así, DE GISPERT, *ob. cit.*, p. 46.

fijando las políticas comerciales, entre las que cabe considerar, los precios y los posibles márgenes de utilidad. Esto es tal, pues la libertad a desarrollar libremente actividad económica lleva consigo, lógicamente, el derecho a optar por beneficios, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida. El beneficio es, además, un reconocimiento a que su accionar satisface necesidades sociales o individuales, por las cuales los demandantes están dispuestos a pagar.

VII. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Las limitaciones al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica han sido impuestas por la propia Constitución, siendo éstas no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, debiendo la actividad económica respetar, además, las normas legales que la regulen.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado:

"9º Que, del tenor del artículo 19, Nº 21º, resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. 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 con 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".²⁹

El constituyente estableció en la propia carta magna, en forma taxativa, las prohibiciones para la libertad de empresa y confió al legislador una actividad restringida, pues sólo puede regular una actividad, mas no entorpecer o menoscabar su ejercicio en términos que contravenga la garantía general del artículo 19, Nº 26 de la Constitución, que indica:

"Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

26º. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Esta norma, considerada por el Tribunal Constitucional como "garantía general",³⁰ tiene por objeto evitar que los preceptos legales puedan afectar el contenido esencial de un derecho o impedir su libre ejercicio. El Tribunal Constitucional ha descrito al artículo 19, Nº 26, de la Constitución, señalando:

"Un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se 'impide el libre ejercicio' en

²⁹ STC 146/9.

³⁰ STC 43/19.

aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica".³¹

De la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, expresada en forma reiterada en otras sentencias, se colige que se "impide su libre ejercicio" cuando el legislador entran un derecho "más de lo razonable" o lo hace en forma "imprudente". El Tribunal ha indicado que los titulares e integrantes de los órganos del Estado "en el cumplimiento de su misión deben actuar con la debida prudencia, equidad y mesura",³² sosteniendo que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo "en forma prudente, y dentro de latitudes razonables".³³ Igualmente argumentó, que crear una situación inequitativa, carece de toda justificación. Esta "latitud razonable" conlleva la exigencia que las regulaciones estén orientadas hacia el bien común y respeten, además, los principios inspiradores de la Constitución: la libertad, la igualdad, la subsidiariedad del Estado, entre otros.

Constituye por ello un error, considerar que el grado de intervención estatal puede ser similar, si el orden público económico en la cual está inserta, se caracteriza por la subsidiariedad del Estado o por un Estado benefactor. El marco de legitimidad de la actividad reguladora del Estado está circunscrito a la misión que constitucionalmente se le ha atribuido. De esta manera, el Estado debe reconocer como limitación consustancial a su actuar su carácter de ente subsidiario de los particulares, amparando el libre desarrollo y ejercicio de cualquier actividad económica con las limitaciones que el mismo texto impone.

Es inconstitucional, así, cuando el Estado establece un sistema impositivo por el cual se apropia de un porcentaje significativo e irrazonable de la utilidad, o establece normas de acceso, de permanencia y de salida del mercado que imposibilitan la actividad empresarial o la desvirtúan completamente. Igualmente lo es, cuando de cualquier forma pretende privar la administración y organización de la empresa a sus propietarios, pudiendo únicamente establecer regulaciones generales tendientes a salvaguardar la moral, el orden público o la seguridad nacional.

³¹ STC 43/19 y STC 280/29.

³² STC19/9.

³³ STC 53/22.