Libre iniciativa privada y Estado empresario.[[1]](#footnote-1)

Art. 19 N°21 de la Constitución.

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público único o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*

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

1. Origen del Artículo 19 N°21.
	1. La Constitución de 1925.

El artículo 10 N°14 inciso 3° de la Constitución de 1925 consagraba una garantía de la libertad de trabajo. Esta disposición, en la práctica demostró un nivel de flexibilidad mayor para la implementación de distintos sistemas económicos por parte del Estado, teniendo la posibilidad de afectar la libre iniciativa privada en el desarrollo de una actividad económica, mediante su propia participación en el mercado como una empresa, o mediante sus amplias facultades de reglamentación y dirección.

Iván Aróstica, va más allá, y considera que la garantía que consagra el Art. 10 N°14 fue *anulada en los hechos, por un Estado omnipresente.[[2]](#footnote-2)* Similar diagnóstico podemos apreciar en el informe final del Consejo de Estado que hace las modificaciones finales al anteproyecto presentado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución –en adelante CENC, expresa que: “*El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado.*”[[3]](#footnote-3) Una postura contraria sostendría que el Estado se entrometía donde el mercado y los particulares no eran adecuados para la distribución y producción de la riqueza, y que la limitación a la libre empresa era totalmente justificada o incluso insuficiente.

* 1. La Comisión Ortúzar (CENC).

El 27 de Junio de 1978, en la sesión 388° de la CENC, se comienzan a discutir las materias que contendrá el anteproyecto de Constitución en relación al Orden Público Económico –en adelante OPE-. Raúl Bertelsen, sugiere que: “*hay que considerar un número en el artículo o un artículo dentro del capítulo de las garantías constitucionales que, como proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Manifiesta que lo anterior es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática.”[[4]](#footnote-4)* En la intervención de Bertelsen, queda de manifiesto que, en general, los miembros de la Comisión buscan evitar mediante una fórmula constitucional lo sucedido durante el gobierno de la Unidad Popular, que consideraban una vulneración de las garantías fundamentales del texto Constitucional.

En la misma sesión de la Comisión, Jaime Guzmán estima *“indispensable, primero, consagrar en la Carta Fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico, como el medio preferente natural que tiene una comunidad de progresar, desarrollarse; y segundo, preceptuar en forma más explícita el carácter subsidiario de la acción del Estado.”*[[5]](#footnote-5)

El afán de consagrar una disposición específica para la libertad a desarrollar cualquier actividad económica, viene de la mano con la convicción de que la iniciativa creadora del hombre es lo que necesita el país para su desarrollo. Por lo tanto, se manifiesta una preferencia por el libre mercado como la base del sistema económico.

En el informe final de la CENC, se esperaba que la protección de esta iniciativa será mediante “*un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley así lo declare.”*[[6]](#footnote-6) El Estado, podrá regular el área económica como una *forma de realizar dicha actividad* y no como una vía de prohibir o entorpecer el ejercicio de este derecho. Esto significa, que quien desarrolla una actividad económica en conformidad con la ley, saldrá de ella, o voluntariamente, o por la acción de la competencia en el mercado.

La restricción que se hace al Estado en materia económica, se manifiesta de igual manera en la “estricta” regulación del Estado actuando como empresario, el cual, hasta antes de la Constitución de 1980, debía contar con una autorización legal para participar en cualquier tipo de empresa, y actualmente, requiere una ley de quórum calificado, lo cual, si bien no estaba previsto en el proyecto de la CENC, fue incluido por el Consejo de Estado y aprobado por la Junta de Gobierno.[[7]](#footnote-7)

Tanto la discusión que se da en la CENC como en su informe final queda claramente manifestada la influencia casi absoluta del principio de subsidiariedad visto, principalmente, desde su dimensión negativa en la configuración de la libertad económica, esto es, la limitación del estado para no interferir en el actuar de los grupos intermedios, los cuales, buscarán sus fines por sus medios, dejando en un segundo plano la dimensión positiva que legitima la actuación del Estado. Esta interpretación del principio de subsidiariedad será además una piedra angular para justificar la preferencia de la iniciativa privada por sobre la actividad del Estado en materia económica.

La importancia del principio de subsidiariedad en la interpretación del Art. 19 N 21 la recoge el tribunal constitucional en su sentencia de 1992 sobre un requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de diputados: *“8°. Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, (…) 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;”[[8]](#footnote-8)*

2. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Conocido el contexto en que se origina la disposición, corresponde analizar su contenido normativo, el cual, debe ser analizado para lograr una visión completa de su alcance e importancia en el sistema jurídico. Para esto analizaremos la doctrina nacional y jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, haciendo hincapié en las principales discusiones que conlleva la interpretación de esta garantía.

El estudio lo dividiremos en dos partes, que coinciden con los incisos del artículo 19 N°21. En el primer inciso, se consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la regulación y la prohibición del ejercicio de esta. Finalmente, en el inciso segundo, indagaremos la regulación establecida para el Estado empresario y la discusión doctrinaria sobre la interpretación de esta norma.

El artículo 19 N°21 inciso 1°, dispone:

“*21º.- 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.”*

2.1. Contenido del derecho que otorga el artículo 19 N°21.

Al analizar este derecho, debemos hacer notar, que en una primera mirada se trata de un derecho de *status* negativo, es decir, es la protección contra todos quienes puedan interferir el derecho de desarrollar una actividad económica. La limitación de quienes pueden interferir en este derecho se hace sobre todo tipo de personas, tengan o no personalidad jurídica, sean nacionales o extranjeros, y sobre todo, si el que afecta este derecho se trata del Estado[[9]](#footnote-9). En todo caso, Ruiz-Tagle, considera que no se puede restringir el contenido de este derecho simplemente en una interpretación de libertad negativa. De esta forma, para una correcta interpretación, él considera una serie de principios, a saber: “el principio de igualdad entre los agentes económicos, y el principio de libertad económica, incluyendo la libertad de trabajo, la libre iniciativa y el derecho de propiedad.”[[10]](#footnote-10)

El estudio de este derecho es especialmente polémico si consideramos que enfrenta de manera directa a quienes creen en la libre iniciativa privada o empresarial y, por el otro lado, los defensores de una fuerte regulación estatal o la planificación centralizada de la economía.[[11]](#footnote-11)

El Tribunal Constitucional, siguiendo a Raúl Bertelsen, considera que el derecho a desarrollar una actividad económica significa que: “*toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.”12*

A pesar del realce que la Constitución del 80 hace sobre la primacía de la iniciativa privada, en ningún caso debe ser interpretada como una libertad de carácter absoluto, puesto que encuentra su límite en la misma disposición que la consagra. Las condiciones a las que hace mención el TC, son límites al ejercicio de la libertad económica, los cuales, por tratarse de una limitación a un derecho fundamental, se han visto sometidos a un debate sobre su alcance regulador.

Antes de continuar el estudio de la disposición en cuestión, debe hacerse una distinción, la cual, en palabras de Cea Egaña será:” No podemos confundir, empero, este derecho a emprender y proseguir libremente toda clase de actividades empresariales, por un lado, con la libertad de trabajo, dependiente o independiente, por otro, porque la conjugación de recursos humanos y materiales aplicados al desarrollo de una actividad lucrativa, no exenta de riesgos, es lo característico del numeral aquí en estudio.”[[12]](#footnote-12)

2.2. Los titulares del derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Primero que todo, y como dice el TC, diremos que se les reconoce el derecho a “*toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica.”[[13]](#footnote-13)* Por lo tanto, la naturaleza o condición de quien ejerza este derecho no es relevante al momento de determinar la titularidad de este. La limitación que cabe hacer acá, es la limitación específica que la ley establece para cada actividad económica en particular, ya sea basándose en una condición específica o en la capacidad de las personas para desenvolverse en sus negocios.

Lo anterior queda de manifiesto en tanto que la CENC, entendía por actividad económica como la que ejerce la actividad empresarial, sin embargo, puesto que el objetivo fue fortalecer los derechos de los individuos, se evitó hacer alusión a esta expresión. De esta forma, la actividad económica puede ser ejercida tanto por personas asociadas como personas en forma unipersonal, además no tiene importancia si cuentan o no con personalidad jurídica, esto, bajo el supuesto de que se respeten las normas legales que regulan la actividad.[[14]](#footnote-14) Conforme a esto, la actividad empresarial solo es una especie de actividad económica.

Así pues, para determinar cuándo estamos frente a una actividad económica, un segundo criterio, que la doctrina ha empleado para distinguir a las actividades económicas de las que no lo son, es el fin de lucro. De esta forma hay autores que postulan que las actividades económicas solo existen donde existe lucro o ánimo de lucrar. Así lo entiende también la Corte Suprema, al reconocer que las Universidades, por ser corporaciones sin fines de lucro (D.F.L. 1, de 1980 del ministerio de educación), no puede considerarse a la educación universitaria como una simple actividad económica[[15]](#footnote-15).

Por el contrario, Fermandois, cree que la existencia de fines lucro, no supone un parámetro adecuado para limitar el ejercicio del derecho del artículo 19 N°21, puesto que el ejercicio de una actividad económica puede confluir con otros derechos fundamentales, tales como la libertad de enseñanza (en el caso de las Universidades) o la libertad de prensa, que ejercen las empresas periodísticas.[[16]](#footnote-16)

Estimo, que la protección que otorga el derecho a desarrollar cualquier actividad económica debe ser otorgada de la manera más extensa posible, esto, por la gran utilidad que tiene el contar con acciones jurisdiccionales para defender el derecho de realizar estas actividades. Además, si entendemos el fenómeno económico en su totalidad, los agentes que en él participan, se relacionan de igual manera en el libre intercambio de bienes y servicios, y puede ver afectada su libertad, independiente si tienen la intención de lucrar o no.

2.3. La excepción al derecho a desarrollar actividades económicas.

Las actividades consideradas como lícitas, y sobre las cuales existe el derecho de libertad económica, serán las que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Por el contrario, cuando se trata de actividades contrarias a cualquiera de estos criterios, nos encontraremos ante actividades sobre las cuales no existe el derecho en estudio.

La facultad de prohibir una actividad bajo cualquiera de estos criterios, si bien, es completamente necesaria, presenta el problema, y es que, alguien debe encargarse de determinar y declarar qué actividades no son licitas por ir en contra de la moral, el orden público o la seguridad nacional. En esta materia, la norma no hace alusión directa a la autoridad facultada para declarar la contrariedad de cualquiera de estos criterios.

Así, quien tenga la facultad para decidir esta cuestión, tiene la posibilidad de evitar el nacimiento de la protección fundamental sobre una actividad económica.[[17]](#footnote-17)

La solución a este inconveniente no es simple, dado que no existe un mandato constitucional directo para el Legislador, y menos para la administración, puesto que esta última no está siquiera considerada en el art. 19 N°26 de la CPR[[18]](#footnote-18).Finalmente, debemos recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para tener alguna certeza sobre la forma en que se ha interpretado esta facultad.

En el Caso de “Publicidad Caminera”, el conflicto versa sobre un Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas en que se declara por parte de la autoridad, la prohibición de colocar carteles en los caminos públicos del país. El Tribunal Constitucional acoge el Reclamo de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios argumentando entre otras razones que: “4) 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;”[[19]](#footnote-19). Acá, al parecer, interpreta la facultad de tales prohibiciones como parte de la regulación de las actividades económicas que son propias del legislador (que analizamos a continuación), lo cual, si además consideramos los artículos 19 N°26, 63 N°20 de la CPR sobre las materias de ley[[20]](#footnote-20) hace suponer que el legitimado para hacer estas prohibiciones es el legislador y en caso alguno la Administración.

2.4. La regulación de las actividades económicas.

2.4.1. La regulación no debe entorpecer o restringir el ejercicio de la libertad económica.

Enrique Evans, aclara que, tanto la Constitución de 1925 como la de 1980 consagran la libertad de trabajo, pero, en esta última también se busca, de manera más específica, asegurar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y que si bien, las actividades pueden regularse, en caso alguno se puede obstaculizar o impedir su desarrollo, mediante una *regulación* de la actividad.[[21]](#footnote-21) Así, este derecho poseería una protección ante la regulación que busque directamente limitarlo o entorpecerlo en vez de regularlo.

En este mismo sentido, Cea Egaña define *regular* como” dictar normas que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil.”[[22]](#footnote-22) Y agrega: “la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa empresarial privada objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes”.[[23]](#footnote-23)

El Tribunal Constitucional, en sentencia de enero del año 2015, entiende la limitación en términos más amplios, compatibilizando el ejercicio de los derechos fundamentales, en una sociedad cambiante, lo cual, permita un ejercicio armónico de los mismos:

*“DECIMOSEXTO: Que la regulación del modo o manera como se ejecutan los actos que configuran la actividad económica que no se opone a la moral, orden público o seguridad nacional, no habilita al legislador para crearla de manera discrecional, ya que el constituyente ha reconocido, de manera explícita, un derecho a desarrollar tal actividad.*

*Del mismo modo, la regulación legal autorizada por el inciso primero del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución concierne a modalidades o maneras que permiten su ejercicio en armonía con los restantes derechos e intereses garantidos y tutelados por el Texto Fundamental.”[[24]](#footnote-24)*

La interpretación del tribunal es, al parecer, más amplia que la forma en se entendió tradicionalmente. Puesto que, entiende que el limitar un derecho o entorpecerlo, no puede ser el objetivo final de la regulación, sino que, una consecuencia de su aplicación en una sociedad con múltiples intereses contrapuestos, y que, en la práctica, muchas veces, la protección de los distintos derechos supone una ponderación que realiza el legislador con el fin de armonizar el ejercicio de los mismos.

Si bien la regulación no puede significar un entorpecimiento arbitrario de este derecho, el Estado tiene un mandato con cuyo origen es el Artículo 5 de la Constitución, según el cual, el Estado debe promover los derechos garantizados por la Constitución. Así, en virtud de este deber de promoción, será deber para el Estado, armonizar el ejercicio de las garantías constitucionales.

Sobre lo anterior, se hace evidente un conflicto, que se resume en determinar si el Estado debe o no intervenir en el mercado para fortalecer el ejercicio igualitario del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, es decir, aplicar políticas en favor del emprendimiento, como facilitar el proceso de constitución de sociedades, subsidios o franquicias en ayuda de mercados desfavorecidos, políticas de capacitación a pequeños empresarios, dar facilidades crediticias a pequeñas y medianas empresas, etc.

La clásica disputa entre libertad e igualdad siempre está presente en la interpretación que demos a las distintas garantías constitucionales. Si bien, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no puede ser entendido como un derecho social; debemos tener presente, que la promoción de las condiciones en que se pueda ejercer este derecho es importante para dar sustancia real al derecho mismo, pasando a erigirse como un derecho al emprendimiento.

2.4.2. La potestad de regular las actividades económicas.

Una última garantía presente en este inciso, es denominada la reserva legal, la cual se encuentra presente, además, en el numeral 26 del mismo artículo. Trata sobre la facultad de regular la actividad económica, es decir, quien puede normar el ejercicio del derecho en cuestión. Se dispone que el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica debe hacerse *respetando las normas legales que la regulen*, y es en torno a esta expresión que se desarrolla la disputa. Hacemos la advertencia, de que el objetivo de este trabajo no es solucionar ni analizar la profunda discusión sobre la relación entre la ley y el reglamento, nos limitaremos –en la medida de lo posible- a lograr determinar la interpretación que nos permita entender la garantía en cuestión, o al menos, la interpretación que la doctrina y los tribunales han entendido sobre esta materia.

La esencia del conflicto radica en una cuestión bastante simple, ¿tiene la Administración y más específicamente el Presidente de La República –mediante el ejercicio del Decreto Supremo- la facultad para reglamentar la actividad económica? Para dar solución a esta interrogante debemos analizar las distintas posturas sobre la reserva legal en materia de derechos fundamentales, esto es, analizar si la regulación, limitación o complementación de estos puede realizarse mediante una ley o un reglamento.

2.4.2.1. La reserva legal absoluta.

Hay distintas posturas frente a la interpretación de expresión señalada. Una de las posturas más conservadoras y que tuvo una relativa hegemonía los años anteriores al cambio de siglo, se inspira en el modelo Francés de la reserva de ley.

Luego del proceso revolucionario antimonárquico de 1789, los franceses eliminan la potestad reglamentaria, por tratarse de una manifestación del principio monárquico. Sin embargo, posteriormente, reintegran la facultad reglamentaria, pero fuertemente subordinada a la ley, en una relación vertical.

En esta línea, Fermandois, cree que: *“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.”[[25]](#footnote-25)* Normativamente, esta postura encuentra sus fundamentos en los Artículos 63 N°20, 19 N° 26 y 21.

Para el autor, la potestad reglamentaria Autónoma del Art. 32 N°6, no tiene cabida alguna en la regulación de los derechos fundamentales. Agrega, que la potestad reglamentaria es un residuo del principio monárquico, y por lo tanto, esta facultad debe permanecer enmarcada a los parámetros de la Constitución.[[26]](#footnote-26) Finalmente, sobre la ejecución de la ley por parte de la Administración confiesa: *“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 impuestos 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.”*28

Apoyando esta tesis, hay una variedad de fallos del TC en que se acepta como correcta la tesis de la reserva legal absoluta. Uno de los más emblemáticos en este sentido serán los casos “Publicidad caminera I”, “Publicidad Caminera II”, “Bases del Medio Ambiente” y el caso “Acceso a Playas”.

Para graficar la adherencia del tribunal a la tesis de la reserva absoluta, haremos cita de un extracto de la sentencia del caso “Publicidad Caminera I”:

*“11. Que, si bien es efectivo que el legislador haciendo uso de su facultad de "regular" puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, esta facultad no le corresponde al administrador, pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece "Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura "respetando las normas legales que la "regulen"". En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse;”[[27]](#footnote-27)*

La verdad de las cosas es que esta interpretación ha sido superada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del TC, en este sentido, hoy la discusión más que versar sobre una la legitimidad de una eventual regulación reglamentaria, se da sobre el alcance y ámbito que corresponde a su regulación.

2.4.2.2. La tendencia actual: La regulación mediante la colaboración Ley-Reglamento o la reserva legal relativa.

Incluso en el fallo más icónico de la reserva legal absoluta, “Publicidad Caminera”, hay un voto de minoría que avalaba una postura en que: *“el legislador debe limitarse a establecer esas bases* (haciendo referencia al Art. 60, actual 63 N°20 de la CPR)*, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes"”.*[[28]](#footnote-28) De lo anterior, podemos evidenciar que le da al reglamento el rol de *complementar* las bases legales de la regulación que establece la ley, y por lo tanto, reconoce en el reglamento un instrumento regulatorio del caso concreto o de las circunstancias en que la ley, por su naturaleza abstracta no puede abarcar.

En 1997, en un fallo del TC, requerido por un grupo de senadores, en que se solicita el análisis de la constitucionalidad del decreto supremo N°171 de 5 de diciembre de 1996, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el tribunal reflexiona en torno a la acción conjunta entre la ley y el reglamento para limitar el derecho de propiedad[[29]](#footnote-29):

*“4º. Que de la simple lectura de las normas reproducidas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. (…) De esta manera una - la ley - y otro - el reglamento - conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización.*

*9° (…). En efecto, la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, en su artículo 19, Nº 24, y, Nº 26, ya que no resulta "razonable" aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina "razonabilidad técnica", y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos.”32*

En la reflexión que realiza el tribunal, queda de manifiesto su cambio de criterio respecto de la reserva legal, entendiendo la acción dual de la ley y el reglamento al regular las materias relativas a los derechos fundamentales. Dicha relación, sin embargo, es vertical, y el reglamento tendrá que ser dictado conforme a la ley y mantenerse dentro de los parámetros que esta le confiere, ya que al alejarse de la ley, se pierde la vinculación y dejan de constituir un todo jurídicamente armónico, lo que haría del reglamento un cuerpo normativo distinto y por tanto, en caso de pretender limitar o regular un derecho fundamental se violaría la reserva legal.

Si bien el tribunal ha intentado establecer una serie de criterios para evaluar los límites entre la ley y el reglamento de ejecución, tales criterios demuestran ser insuficientes y no son de carácter permanente en los fallos del tribunal. Criterios como la *determinación* en la ley del ámbito de aplicación del reglamento para ejecutarla o la *razonabilidad técnica* que debe fundamentar una facultad discrecional de la autoridad[[30]](#footnote-30).

En ejemplo de lo anterior, en el caso Molinera Norte II, el tribunal, debe compatibilizar el ejercicio de derechos fundamentales, en el contexto de la planificación territorial urbana, un área en que conviven distintos derechos como el derecho a la salud (19 N°9), el de vivir en un medio ambiente (19 N°8). Así se manifiesta en la siguiente reflexión, contenida en la misma sentencia:

*“VIGESIMOSÉPTIMO: Que las normas legales y reglamentarias que regulan el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en lo que atañe a la afectación directa de la salud o calidad de vida de la persona humana, en cumplimiento de los deberes del Estado fijados por la Carta Fundamental, deben estar sometidas a constante revisión y permanente actualización. En este sentido, tanto el deber del Estado de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible como su obligación de velar por la no afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de evitar el daño a la integridad física y psíquica de la persona, imponen el continuo examen de los estándares técnicos que identifican y miden los efectos nocivos o inconvenientes sobre la vida humana, consecuencia de la realización de procesos productivos amparados por la mencionada libertad económica.”34*

Esta nueva interpretación de la reserva legal, el reglamento tiene un importante rol subordinado a la ley, pero regulará e incluso podrá limitar los derechos fundamentales, allá donde la ley lo autoriza. Actúa de manera conjunta con las normas legales complementando donde la ley por su carácter general, abstracto y de difícil mutación no puede llegar. De esto sigue, que se debe aceptar la facultad que tiene el Poder Ejecutivo para de complementar y regular las actividades económicas, lo cual, es lo que ocurre en la práctica, donde la reserva legal se hace insostenible. Se condice con las amplias facultades que la Constitución reconoce al Presidente de La República, que no se limita a ser un simple ejecutor de la ley.

Sobre el alcance de la facultad para ejecutar la ley, debemos decir, que es el verdadero inconveniente a la hora de hablar de una garantía como la reserva legal en materias que regulen o complementen el ejercicio de los derechos. El Presidente, debe ejecutar la ley por medio de reglamentos sin saber de manera certera hasta dónde puede normar sin violar la reserva de ley. Además, en la práctica, se ha hecho constante la determinación de esta garantía obtiene real sustancia mediante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, lo cual lleva a algunos autores a hablar de una *reserva de sentencia.[[31]](#footnote-31)*

Finalmente, debemos concluir, que la correcta interpretación de la voz *normas legales que la regulen* debe entenderse de manera extensiva, como normas jurídicas. No puede ser entendido de otra forma, puesto que se ha reconocido la capacidad de los reglamentos para regular la actividad económica en conjunto y armonía con la ley, en tanto que cumplan con los criterios jurisprudenciales que el Tribunal Constitucional ha desarrollado para que la garantía de la reserva legal no sea violada.

De esta manera, quien desarrolla una actividad económica debe respetar toda norma jurídica que regule directa o indirectamente la actividad que pretende desarrollar, atendiendo tanto a la ley como a los reglamentos y demás disposiciones administrativas que la ejecutan o complementan.

2.5. Conclusión.

Para finalizar el análisis del inciso primero del Art. 19 N°21, haremos una recapitulación de las garantías contenidas en él:

1. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica se encuentra garantizado en la forma de un *status* negativo, en que se impide que el Estado u otros agentes participantes en el mercado, entorpezcan el libre ejercicio de este derecho. Es una limitación en la actividad del Estado, puesto que mediante la regulación de este derecho no puede en caso alguno entorpecer arbitrariamente el ejercicio de esta libertad. Acá se encuentra el fundamento de la regulación del derecho de la libre competencia y es una manifestación del principio de subsidiariedad, de forma que la iniciativa privada prima por sobre la actuación del Estado.
2. En segundo lugar, el Estado tiene el deber de promover contribuir a crear las condiciones que permitan la posibilidad de que todos puedan hacer ejercicio de este derecho, lo cual incluye, fomentar o limitar el ejercicio de este, buscando la armonía entre las demás garantías constitucionales según las circunstancias lo ameriten. De manera que el derecho de libertad económica se configure como un derecho al emprendimiento económico, en virtud del artículo 1° de la CPR y el principio de subsidiariedad.
3. Finalmente, la Constitución consagra el derecho a que la actividad económica sea regulada en conformidad a la reserva legal estudiada, según la cual, la ley debe establecer la esencia de la regulación, y los reglamentos solo pueden regular amparados y en armonía con la ley que les otorga legitimidad reguladora. De esta forma, la ley y el reglamento deben actuar mancomunadamente en la regulación de la actividad económica, formando un todo jurídicamente armónico, en el cual, la ley tiene primacía reguladora por sobre el reglamento, mediante una relación vertical, en la que la legitimidad del reglamento depende de la ley.

3. El Estado como empresario.

Ya hemos analizado el derecho que ampara a los particulares para que desarrollen actividades económicas. No cabe duda que el inciso anterior contiene un derecho fundamental, una manifestación y consagración de una forma de libertad específica. A diferencia del inciso 1°, el inciso 2° del artículo 19, se centra en la participación del Estado en actividades empresariales, el cual será sometido –en principio- a las mimas normas que los particulares y además necesitará ser creado por ley en virtud del principio de legalidad.

El Estado, en materia económica, ejerce diversas funciones, la primera, de regulación de la actividad económica, como estudiamos anteriormente, en segundo, de la dirección del proceso económico, que consiste en la aplicación de políticas macroeconómicas, finalmente tenemos la actividad en que el estado mismo participa directa o indirectamente en actividades empresariales, que analizamos a continuación.[[32]](#footnote-32)

El artículo 19 N°21 inciso 2°, dispone:

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

Como es sabido, el Estado desarrolló actividades empresariales de manera bastante activa hasta el quiebre de 1973. Fue esta circunstancia la que determinó en gran medida las disposiciones contenidas en este inciso. Así, se manifiesta nuevamente el claro objetivo de una protección ante el *estatismo*, y primacía de la libre iniciativa privada.

Existe la discusión sobre si debemos entender o no este inciso de manera restrictiva para el Estado, de manera consista en una garantía la *no actuación del estado* cuando no sea estrictamente necesario. Esto, interpretando los requisitos y condiciones de su actuación de manera severa para el Estado. La doctrina *tradicional* entiende que la participación del Estado en actividades empresariales es excepcional, lo que se manifiesta en el vocablo *solo* del citado inciso. Así el Estado, por regla general no podría desarrollar estas actividades, a menos que sea autorizado por una ley. Lo cual se intenta armonizar con una visión del principio de subsidiariedad centrada en el aspecto negativo de esta.

Independiente de nuestra interpretación personal, la posibilidad de que el Estado desarrolle estas actividades, no está prohibida, sino que por el contrario, se acepta la posibilidad y se establece la forma en que se ejerza esta función.

3.1. El estado como desarrollador o participe de actividades económicas.

Debemos entender por *Estado y sus organismos*, por todos aquellos que pertenecen a la Administración del Estado, independiente si son órganos centralizados o descentralizados[[33]](#footnote-33). La Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado 18.575, en su artículo 1°, establece cuáles órganos deben ser considerados parte de la administración del Estado, haciendo referencia a las *empresas públicas creadas por ley.*

Es complejo abordar el mundo de las empresas mediante las que el Estado se manifiesta en el plano económico. Para esto debemos hacer una distinción: primero, tenemos a las empresas del Estado serán parte de la administración del Estado, denominadas como Empresas Públicas y por otro las sociedades del Estado. Citaremos a Patricio Latorre para caracterizar ambos tipos de empresas:

“1. Una de las formas mediante las cuales el Estado actúa en el campo empresarial es a través de la creación de empresas del Estado, las cuales son creadas en virtud de una ley de quorum calificado y se caracterizan por contar con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y funcionarios sometidos a un régimen estatutario especial. Además, su competencia, que es de carácter específico, es también fijada en la ley que las haya creado. Ellas constituyen órganos descentralizados funcionalmente de la Administración del Estado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1 ° y 29 de la Ley N° 18.575: *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*

2. El Estado también desarrolla actividades empresariales a través de empresas que no son creadas directamente por una ley y que no pasan a formar parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado. Ellas son las denominadas sociedades estatales, formadas por un órgano del Estado y particulares o por dos entes estatales, sobre la base de una autorización legal especial que debe ser otorgada también mediante una ley de quorum calificado.”*[[34]](#footnote-34)*

3.2. La autorización legal.

Independiente del tipo del tipo de relación que estas empresas tienen con el Estado, ya sea, este mismo desarrollándola o mediante su participación en una, debe cumplir con el requisito general de ser autorizada por una Ley de quórum calificado para la participación estatal. La simple autorización legal para el ejercicio de estas actividades no sería nada novedoso en la disposición, puesto que el principio de legalidad de los artículos 6 y 7 de la CPR, por lo que un órgano del estado no podría actuar válidamente sin una ley que le de sustento.

Lo hace relevante esta disposición es que la ley habilitante debe ser de quórum calificado. El artículo 66 de la CPR, en su inciso 3° dispone que “*Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”*. De esta forma, se exige una legitimación democrática mayor para autorizar al Estado a incursionar en actividades empresariales, siendo necesario un amplio consenso entre fuerzas políticas.

No obstante la amplia aplicación de esta autorización, el Tribunal Constitucional ha considerado que no se requiere una LQC para los preceptos que determinen la forma y el plazo para privatizar una empresa Estatal, lo cual, atiende a una lectura literal del artículo.39 Resulta dudoso que se exija una LQC para iniciar una actividad empresarial por parte del Estado y no se pida lo mismo para dejar de hacer, sobre todo si consideramos que la privatización deroga la ley que autoriza esta actividad empresarial.

3.3. El giro empresarial.

Se ha dicho, que además de ser autorizado por una LQC, está ley debe especificar el giro empresarial que se autoriza a la empresa estatal.[[35]](#footnote-35) Si esta actuación es válida mediante una autorización, entonces, la autorización debe especificar su ámbito de validez.

Esta exigencia se manifiesta también en el derecho privado, donde las sociedades deben tener un giro específico determinado por sus socios, de lo cual, la sociedad solo tiene capacidad de realizar los actos jurídicos que se encuentren contemplados en su giro o sirvan para complementar accesoriamente estos. Esta es una fórmula mediante la cual los socios pueden anticipar la actuación de la sociedad en el mundo del tráfico económico, y pueden anticipar o calcular mejor los riesgos que significa el desarrollo de la actividad. De esta forma, esta no es una exigencia que nace del capricho por limitar al Estado. El legislador tiene el deber de determinar el giro de la nueva empresa estatal, para proyectar su devenir y mantener un control acerca del ámbito en que la empresa desarrollará su giro.

Si se permitiera crear empresas con un giro indeterminado o muy amplio, la entidad creada no tendría limitación alguna para desarrollar ninguna clase de actos jurídicos, impidiendo que el congreso haga una correcta ponderación al momento de decidir si crear una nueva empresa estatal o no. Lo cual, contraría todos los principios de actuación del Derecho Público.

3.4. El marco normativo aplicable.

Partiendo de lo evidente, las actividades empresariales del Estado deben ser sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, es decir, que en el trato que estas empresas tienen frente a los privados debe ser en una situación de igualdad, propia del libre mercado, sin privilegios ni normas especiales para estas. Lo dicho tiene una excepción en el caso de dictarse una LQC que así lo disponga, estableciendo las modificaciones aplicables.

Sobre las normas de actuación, es decir, las normas que autorizan para actuar válidamente, son distintas para los órganos que forman parte de la administración y los que no. No hay duda de que las empresas Estatales, personas jurídicas de derecho público, forman parte de la administración del Estado según el Art. 1° de la ley 18.575, y le son aplicables los principios de legalidad, competencia y procedimientos presentes en los artículos 6 y 7 de la CPR[[36]](#footnote-36), así como las demás disposiciones de la ley 18.575. De esta forma, solo pueden actuar válidamente dentro de sus competencias y en la forma en que prescriba la ley.

El conflicto está ahora sobre las empresas en que el Estado tiene alguna participación, las denominadas sociedades estatales. Sobre ellas, parte de la doctrina, que actualmente es la mayoritaria dice que deben ser tratadas como bajo los principios propios del derecho privado, como la libertad contractual y autonomía de la voluntad[[37]](#footnote-37). No obstante, estas pueden ser objeto de diversos controles administrativos, dependiendo del nivel de participación estatal, atendiendo a los fines públicos que estas desarrollan, que son, evidentemente, la razón de la participación estatal en estas sociedades.[[38]](#footnote-38)

Existen casos en los que se ha negado esta categoría de *sociedades estatales*[[39]](#footnote-39)*,* y se ha considerado a las empresas en que participa el Estado como parte de la Administración, haciéndose aplicable, como fue dicho, el principio de actuación en el Derecho Público, el art. 7° de la CPR.45

3.5. Conclusión.

A modo de conclusión, haremos una remisión a los requisitos y las aclaraciones más relevantes para la actuación del estado en el campo empresarial.

1. No existe una prohibición *ex ante* para que el Estado participe en actividades empresariales, sino que una regulación un tanto más severa que las exigencias genéricas del principio de legalidad. De esta forma, se busca proteger a los privados ante una actuación excesiva por parte del estado en materia económica, la cual afectaría la primacía de la libre iniciativa privada.
2. Se requiere una autorización legal, mediante una ley de quórum calificado, para que el Estado pueda incursionar en actividades empresariales, sea que este las desarrolle por sí en una empresa Estatal o mediante su participación en sociedades estatales.
3. La determinación del giro de la empresa estatal es un requisito básico para que se pueda tener control del organismo que se está creando, lo cual además es consecuencia necesaria del principio de legalidad que afecta a los órganos de la administración. Este debe ser determinado en la LQC que da vida a la empresa Estatal o que autoriza la participación del Estado en una sociedad.
4. La legislación aplicable a las relaciones entre el Estado –en ejercicio de una actividad económica- y los particulares, debe ser la legislación común aplicable a los particulares. A menos que una LQC disponga una excepción que el legislador considere necesaria. Evitando así privilegios para las empresas estales en perjuicio de los privados.
5. Sobre las normas de actuación, hacemos la distinción entre las que llamamos *empresas públicas*, a las que se aplican las normas correspondientes a todos los órganos de la administración y a las *sociedades estatales*, a las que se aplica el derecho de sociedades del derecho privado con ciertas regulaciones administrativas por la existencia de un interés público, representado en la porción de la que participa el Estado. No obstante, como vimos, ambas deben competir bajo las normas comunes en el mercado, a menos que una LQC diga lo contrario.
1. Apunte de clase elaborado por Juan Carlos Bustos, ayudante *ad-honorem* del Profesor Álvaro Tejos. Los fines del presente material son eminentemente pedagógicos. El contenido y las citas están en proceso de revisión. Contacto: juan.bustos.m@ug.uchile.cl [↑](#footnote-ref-1)
2. AROSTICA, Iván, *Derecho Administrativo Económico,* Santiago, Ed. Escuela de Derecho U. Santo Tomás, 2001. [↑](#footnote-ref-2)
3. Informe final CE, pp 38-30, Citado en: NAVARRO, Enrique, *La Libertad Económica y su protección*, Santiago,Revista Chilena del Derecho, vol. 28 N°2, 2001, pp 299-310. [↑](#footnote-ref-3)
4. Actas oficiales de la comisión de estudios de la Nueva Constitución Política de la

República, Vol. 11, sesión 371- 389, pp 2898- 2924. Citado en: LÓPEZ, Sebastián, *Libertad de Empresa y No Discriminación Económica. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°48, 2012, pp. 69-71. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem, p. 69–71. [↑](#footnote-ref-5)
6. Informe final CENC, pp 28-30. Citado en: NAVARRO, Enrique, Op. Cit., pp 299-310. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem, p. 301. [↑](#footnote-ref-7)
8. STC Rol: 146-92. [↑](#footnote-ref-8)
9. RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. La República en Chile, LOM Ediciones, Santiago, 2006, pp. 324-328. [↑](#footnote-ref-9)
10. RUIZ-TAGLE, Pablo, Op. Cit., p. 328. [↑](#footnote-ref-10)
11. CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II.* Chile, Ed. Universidad Católica de Chile, 2012, 2da ed., p. 526. 12 STC Rol: 280-98. [↑](#footnote-ref-11)
12. CEA EGAÑA, José Luis, Op. Cit., p. 526. [↑](#footnote-ref-12)
13. STC Rol: 280-98. [↑](#footnote-ref-13)
14. FERMANDOIS, Arturo, *Derecho Constitucional Económico,* Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, tomo I, 2001, p. 104. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 17 de noviembre de 1997. en: FERMANDOIS, Arturo, Íbidem, p., 106. [↑](#footnote-ref-15)
16. FERMANDOIS, Arturo, Íbidem, p. 106 [↑](#footnote-ref-16)
17. Íbidem, p, 112. [↑](#footnote-ref-17)
18. “*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*26° 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.”* [↑](#footnote-ref-18)
19. STC 146-92, considerando 14. [↑](#footnote-ref-19)
20. *“Artículo 63.- Sólo son materias de ley:*

*20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.”* [↑](#footnote-ref-20)
21. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2da Ed., 1999, pp. 140. [↑](#footnote-ref-21)
22. CEA EGAÑA, José Luis, Op. Cit., p. 528. [↑](#footnote-ref-22)
23. Íbidem, p. 528. [↑](#footnote-ref-23)
24. STC Rol: 2644, de fecha veintisiete de enero de dos mil quince. [↑](#footnote-ref-24)
25. FERMANDOIS, Arturo, Op. Cit., p. 121 [↑](#footnote-ref-25)
26. FERMANDOIS, Arturo, *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*, Chile, Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N° 2, 2001, pp, 289. 28 FERMANDOIS, Arturo, Op. Cit., p. 133. [↑](#footnote-ref-26)
27. *STC Rol: 146-92, Considerando 11.* [↑](#footnote-ref-27)
28. STC 146-98. Voto de minoría. El paréntesis es nuestro. [↑](#footnote-ref-28)
29. Se alega por parte quiénes recurren que las modificaciones contenidas en el Decreto Supremo Nº 171, traen como consecuencia aumentar la superficie que el propietario de un terreno debería ceder gratuitamente a la Municipalidad como requisito previo a la urbanización de un terreno, privándolo, en consecuencia, de parte de su propiedad. 32 STC Rol: 253-97. [↑](#footnote-ref-29)
30. Ejemplo de esto, es la facultad para declarar la restricción vehicular en casos determinables mediante un criterio técnico (medición de la contaminación). 34 STC 2644, c. 27. [↑](#footnote-ref-30)
31. CAZOR, K y GUILOFF M, *La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno,* Anuario de derecho público, 2011, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 485. [↑](#footnote-ref-31)
32. ZÚÑIGA, Francisco, *Constitución económica y Estado empresario, Revista de Derecho Público*, 2001, vol. 63, Tomo I, pp. 347-354. [↑](#footnote-ref-32)
33. FERMANDOIS, Arturo, Op. Cit., p. 166. [↑](#footnote-ref-33)
34. LATORRE VIVAR, Patricio,*Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno****:*** *Naturaleza, límites y control de sus actividades, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* 2008, n.30, pp. 239. 39 STC 134. [↑](#footnote-ref-34)
35. FERMANDOIS, Arturo, Op. Cit., p. 172. [↑](#footnote-ref-35)
36. ZÚÑIGA, Francisco, Op. Cit., p. 363. [↑](#footnote-ref-36)
37. Íbidem, p. 363. [↑](#footnote-ref-37)
38. LATORRE VIVAR, Patricio, Op. Cit., p. 239 [↑](#footnote-ref-38)
39. Véase la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 248-2000. 45 FERMANDOIS, Arturo, Op. Cit., p. 182. [↑](#footnote-ref-39)