



LIBERTAD DE EMPRESA Y NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

Doctrina y Jurisprudencia
del Tribunal Constitucional

SEBASTIÁN LÓPEZ MAGNASCO

LIBERTAD DE EMPRESA
Y NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

Doctrina y Jurisprudencia
del Tribunal Constitucional

SEBASTIÁN LÓPEZ MAGNASCO



LIBERTAD DE EMPRESA Y NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

Doctrina y Jurisprudencia
del Tribunal Constitucional

SEBASTIÁN LÓPEZ MAGNASCO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03
Apoquindo N° 4.700, Las Condes, Santiago de Chile
tribunalconstitucional@tribunalconstitucional.cl
www.tribunalconstitucional.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 219.170
Derechos Reservados
Agosto de 2012

Director de Publicaciones
Cristián García Mechsner

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas ltda.

A Solange.

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO PRIMERO	25
1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	25
1.1. El Principio de Subsidiariedad y el bien común	25
1.2. Orden social, primacía de la persona y fundamentos del Principio de Subsidiariedad	27
1.3. Origen y desarrollo del Principio de Subsidiariedad	30
1.4. Ámbitos de aplicación del Principio de Subsidiariedad	33
1.5. Requisitos para la intervención del Estado y funciones indelegables	34
1.6. Principio de Subsidiariedad en la Constitución Chilena	36
1.7. Principio de Subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	40
1.7.1. STC Rol N° 46-87, de 21 de diciembre de 1987. Caso “Clodomiro Almeida”	40
1.7.2. STC Rol N° 352-02-CPT, de 15 de julio de 2002. Caso “Liceo Manuel de Salas”	40
2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO	41
2.1. La Constitución Económica y su contenido	41
2.2. El Orden Público Económico	47
2.2.1. Concepto e historia	47
2.2.2. El Orden Público Económico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	52
2.2.3. El Orden Público Económico y el Principio de Subsidiariedad en el anteproyecto de la Constitución de 1980	54

2.2.4.	La Constitución de 1980 y el Orden Público Económico	56
2.2.5.	Principios y manifestaciones del Orden Público Económico en la Constitución de 1980	62
CAPÍTULO SEGUNDO		67
1.	GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA	67
1.1.	Art. 19, N° 21, de la Constitución	67
1.2.	Origen histórico. Comisión de Estudio de la Nueva Constitución	67
1.2.1.	Sesión 388ª, de 27 de junio de 1978	68
1.2.2.	Sesión 389ª, de 27 de junio de 1978	71
1.3.	Sentido y alcance del art. 19, N° 21, de la Constitución en la Doctrina	72
2.	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA	84
2.1.	Concepto y contenido esencial de la libertad de empresa	84
2.1.1.	STC Rol N° 146-92-CDS, de 21 de abril de 1992. Caso “Publicidad Caminera 1”	84
2.1.2.	STC Rol N° 226-95-CPT, de 30 de octubre de 1995. Caso “Ley sobre Libertad de Información”	85
2.1.3.	STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y gasolina”	86
2.1.4.	STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”	86
2.1.5.	STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”	87
2.2.	Casos de infracción a la libertad de empresa	88
2.2.1.	STC Rol N° 146-92-CDS, de 21 de abril de 1992. Caso “Publicidad Caminera 1”	88
2.2.2.	STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”	91
2.2.3.	STC Rol N° 185-94-CPR, de 28 de febrero de 1994. Caso “Ley de Bases del Medio Ambiente”	93
2.2.4.	STC Rol N° 207-95-CPT, de 10 de febrero de 1995. Caso “Deuda Subordinada”	95
2.2.5.	STC Rol N° 226-95-CPT, de 30 de octubre de 1995. Caso “Ley sobre Libertad de Información”	97
2.3.	Límites de la garantía. Casos en que no se infringe la libertad de empresa	99

2.3.1.	STC Rol N° 219-95-CPT, de 31 de julio de 1995. Caso “Reajuste Pensiones”	99
2.3.2.	STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y gasolina”	100
2.3.3.	STC Rol N° 282-98-CDS, de 28 de enero de 1999. Caso “Tratado Chile-Bolivia complementación económica”	103
2.3.4.	STC Rol N° 480-06-INA, de 27 de julio de 2006. Caso “Iberoamericana de Energía”	104
2.3.5.	STC Rol N° 479-06-INA, de 8 de agosto de 2006. Caso “Multas Eléctricas”	106
2.3.6.	STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”	109
2.3.7.	STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”	112
2.3.8.	STC Roles N°s 694-06-INA y 695-06-INA (acumulados), de 5 de julio de 2007. Caso “Compañía Nacional de Telecomunicaciones”	115
2.3.9.	STC Rol N° 804-07-INA, de 28 de diciembre de 2007. Caso “Optómetra”	117
2.3.10.	STC Rol N° 755-07-INA, de 31 de marzo de 2008. Caso “Abogado de Turno”	121
2.3.11.	STC Rol N° 980-07-INA, de 13 de mayo de 2008. Caso “Agencia de Turismo”	124
2.3.12.	STC Rol N° 1144-08-INA, de 23 de diciembre de 2008. Caso “Códigos Editorial Jurídica de Chile”	126
2.3.13.	STC Rol N° 1252-08-INA, de 28 de abril de 2009. Caso “BCI con Inspección del Trabajo”	129
2.3.14.	STC Rol N° 1448-09-INA, de 7 de septiembre de 2010. Caso “Empresa Portuaria Coquimbo”	130
2.3.15.	STC Rol N° 1414-09-INA, de 14 de septiembre de 2010. Caso “INCOPESA”	133
2.3.16.	STC Rol N° 1413-09-INA, de 16 de noviembre de 2010. Caso “Sindico”	134
2.3.17.	STC Rol N° 1669-10-INA, de 15 de marzo de 2012. Caso “Energía del Limarí”	137
2.4.	El Estado empresario	141
2.4.1.	STC Rol N° 80-89-CPT, de 22 de septiembre de 1989. Caso “Ley sobre cuestiones de competencia entre autoridades administrativas”	141
2.4.2.	STC Rol N° 134-91-CPT, de 9 de septiembre de 1991. Caso “ZOFRI”	144

2.4.3.	STC Rol N° 249-96-CPT, de 4 de noviembre de 1996. Caso “Empresa Nacional del Carbón”	146
2.4.4.	STC Rol N° 427-04-CPT, de 17 de diciembre de 2004. Caso “Transferencia Refinería Las Ventanas”	148
2.4.5.	STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”	150
2.4.6.	STC Rol N° 577-06-CDS, de 26 de abril de 2007. Caso “Estero Carén”	153
2.4.7.	STC Roles N° 1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acu- mulados), de 21 de junio de 2011. Caso “Televisión Nacional de Chile”	156
CAPÍTULO TERCERO		165
1. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA		165
1.1.	Art. 19, N° 22, de la Constitución	165
1.2.	Origen histórico. Comisión de Estudio de la Nueva Constitución	165
1.2.1.	Sesión 388ª, de 27 de junio de 1978	166
1.2.2.	Sesión 393ª, de 4 de julio de 1978	166
1.2.3.	Sesión 397ª, de 11 de julio de 1978	168
1.2.4.	Sesión 398ª, de 11 de julio de 1978	169
1.3.	Sentido y alcance del art. 19, N° 22, de la Constitución en la doctrina	170
1.4.	Ejemplos de legislación acogida al inciso segundo del N° 22 del art. 19 de la Constitución	176
1.4.1.	Ley N° 18.392	176
1.4.2.	Ley N° 19.420	177
1.4.3.	Ley N° 19.606	178
1.4.4.	DFL N° 2 de 2001	179
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA		180
2.1.	Concepto y contenido esencial de la no discriminación econó- mica	180
2.1.1.	STC Rol N° 249-96-CPT, de 4 de noviembre de 1996. Caso “Empresa Nacional del Carbón S.A.”	180
2.1.2.	STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y combustibles”	181
2.1.3.	STC Rol N° 312-00-CPT, de 3 de octubre de 2000. Caso “Tratado Chile-Argentina integración minera”	181
2.1.4.	STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”	182

2.1.5.	STC Rol N° 1295-08-INA, de 6 de octubre de 2009. Caso “Bomberos”	182
2.2.	Límites de la garantía. Casos en que no se infringe la prohi- bición de discriminación económica	187
2.2.1.	STC Rol N° 203-94-CPT, de 6 de diciembre de 1994. Caso “Valor Patentes Municipales”	187
2.2.2.	STC Rol N° 249-96-CPT, de 4 de noviembre de 1996. Caso “Empresa Nacional del Carbón”	188
2.2.3.	STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y combustibles”	189
2.2.4.	STC Rol N° 282-98-CDS, de 28 de enero de 1999. Caso “Tratado Chile-Bolivia complementación eco- nómica”	191
2.2.5.	STC Rol N° 312-00-CPT, de 3 de octubre de 2000. Caso “Tratado Chile-Argentina integración minera”	192
2.2.6.	STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”	194
2.2.7.	STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”	197
2.2.8.	STC Rol N° 577-06-CDS, de 26 de abril de 2007. Caso “Estero Carén”	199
2.2.9.	STC Roles N°s 694-06-INA y 695-06-INA (acumula- dos), de 5 de julio de 2007. Caso “Compañía Nacional de Telecomunicaciones”	203
2.2.10.	STC Rol N° 790-07-INA, de 11 de diciembre de 2007. Caso “Reajuste Pensiones”	205
2.2.11.	STC Rol N° 804-07-INA, de 28 de diciembre de 2007. Caso “Optómetra”	207
2.2.12.	STC Rol N° 980-07-INA, de 13 de mayo de 2008. Ca- so “Agencia de Turismo”	208
2.2.13.	STC Rol N° 1144-08-INA, de 23 de diciembre de 2008. Caso “Códigos Editorial Jurídica de Chile”	210
2.2.14.	STC Rol N° 1295-08-INA, de 6 de octubre de 2009. Caso “Bomberos”	212
2.2.15.	STC Rol N° 1849-10-CDS, de 12 de mayo de 2011. Caso “Televisión Digital”	221
2.2.16.	STC Rol N° 1988-11-CPT, de 24 de junio de 2011. Caso “Obtentores de variedades vegetales”	223
2.3.	Caso de subsidio sin ley habilitante (“Transantiago”)	227

BIBLIOGRAFÍA	233
---------------------------	------------

PRÓLOGO

En la presente obra Sebastián López Magnasco analiza con especial detención y rigor jurisprudencial dos derechos fundamentales esenciales referidos al ámbito constitucional económico, como son la libertad de empresa y la no discriminación económica.

Sabido es que nuestra Carta Fundamental resguarda y ampara un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito económico, de los que son titulares las personas y –conjuntamente– fijan un estatuto constitucional respecto del Estado empresario.

La libertad económica es un nuevo derecho en nuestro ordenamiento constitucional. Las anteriores cartas sólo se referían de manera general más bien a la libertad de trabajo y su protección.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, citando a su actual Presidente, Raúl Bertelsen R., la norma constitucional consagrada en el artículo 19, N° 21, *“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 normativa 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 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”* (Rol 280/1998).

Así, se reconoce y resguarda el libre emprendimiento, ya sea a través de una persona natural o jurídica, para efectuar todo tipo de actos tendientes a satisfacer las necesidades económicas de los habitantes y cuyas únicas limitaciones son la moral, el orden público y la seguridad nacional.

A su vez, se faculta sólo al legislador para regular el ejercicio de la actividad económica, pudiendo concurrir la potestad reglamentaria de ejecución es aspectos de detalle técnico.

Se trata, por lo demás, de una tendencia que ya se aprecia en las Cartas Fundamentales europeas.

Así, en España se “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38).

En Irlanda, por su parte, se expresa que “*el Estado favorecerá, y cuando sea necesario suplirá, la iniciativa privada en la industria y comercio*” (art. 45).

A su vez, la Constitución italiana prescribe que “*será libre la iniciativa privada. No podrá, sin embargo, desarrollarse de modo contrario al interés común o de modo tal que perjudique a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana*” (art. 41).

Finalmente, en Portugal se asegura que “*la iniciativa económica privada se ejercerá libremente dentro del ámbito definido por la Constitución y por la ley, teniendo en cuenta el interés general*” (art. 61).

En tal sentido, el principio orientador es el de subsidiariedad, cuyos antecedentes se remontan al siglo XIX, conforme al cual el Estado sólo debe intervenir en las actividades económicas si los particulares no están en condiciones de hacerlo por sí mismos.

Como consecuencia de lo anterior, para que el Estado pueda ejercer actividades empresariales es menester que sea autorizado por una ley de quórum calificado y, en tal caso, debe someterse a la legislación común. Por cierto existen situaciones en que la propia Carta Fundamental otorga desde ya competencia al Estado, como es el caso de la televisión, de las sustancias mineras no concesibles y de la gran minería del cobre nacionalizada en 1971.

El Tribunal Constitucional ha sentenciado que el artículo 19, N° 21: “*Es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”; agregando que “*las normas del Capítulo I de nuestra constitución constituyen un marco de carácter valorico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares*”; concluyendo que “*un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen*” (Rol 167/1993)

Por su lado, el artículo 19, N° 2 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas *“la igualdad ante la ley”*, agregando que *“en Chile no hay persona ni grupo privilegiado”*, a la vez que *“en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”*. De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999, se indica que *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”*. Por su parte, en el segundo párrafo, se establece que *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*.

Como consecuencia de dicho principio, en materia laboral *“se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”* (art. 19, N° 16). A su vez, en el ámbito tributario, se preceptúa que *“en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”* (art. 19, N° 20). A su turno, en cuanto a la regulación económica se reitera *“la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”* (art. 19, N° 22). Por último, se estatuye que el Banco Central *“no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza”* (art. 109).

Los antecedentes de la norma pueden remontarse al Reglamento Constitucional de 1812, que señalaba que *“Todo habitante libre de Chile es igual de derecho”* (art. XXIV). Por su lado, la Constitución de 1818 indicaba que *“los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil”* (art. 1). A su vez, la de 1822 preceptuaba que *“todos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio”* (art. 6). La moralista de 1823 aludía a que *“todo chileno es igual delante de la ley”* (art. 7), además de consignar que en Chile no hay esclavos (art. 8). Mientras que la carta liberal de 1828 reiteraba la idea de que *“en Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad”* (art. 11).

Ahora bien, la Carta de 1833 señalaba como garantía esencial, en su artículo 12, N° 1, *“La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada”*.

Por su parte, en la Constitución de 1925, el artículo 10, en su N° 1°, aseguraba a todas las personas: *“La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada. En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República”*.

En la variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el autor ha sistematizado, se puede observar que en los últimos años se ha ido evolucionando en la conceptualización de la igualdad ante la ley, no sólo ya como la prohibición de diferenciación basada en razones de sexo,

estipe o condición, sino también como la igualdad entre los iguales, esto es, entre los que se encuentran en la misma situación, a los que debe aplicarse similar estatuto jurídico.

Adicionalmente, la Carta Fundamental prohíbe la discriminación arbitraria, la que, en la más reciente jurisprudencia que se resalta en esta obra, se ha asociado a la adecuada ponderación y razonabilidad de la medida o diferencia, para lo cual debe efectuarse un test de proporcionalidad, siguiendo en tal sentido la doctrina del Tribunal Constitucional alemán.

Como bien se señala, la no discriminación en el trato económico es una concreción de la igualdad ante ley, de forma tal que las personas deben someterse al mismo estatuto económico, sin perjuicio de lo cual es factible que puedan establecerse beneficios o subsidios por ley a algún sector, zona geográfica o actividad económica, lo que también ha motivado diversos requerimientos ante la Magistratura Constitucional.

En este excelente estudio además de señalarse los principios doctrinarios propios del orden público económico, el autor con profundidad y exhaustividad se adentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del libre emprendimiento y de la igualdad de trato económico.

Así, se revisa toda la jurisprudencia sobre la libertad económica en los últimos 30 años, lo que supone un minucioso análisis de las principales decisiones, en las que se ha ido configurando y delimitando este derecho.

La doctrina constitucional citada es amplia, pudiendo destacarse aquellas sentencias referidas a la regulación legal de la actividad y no a través de una norma reglamentaria, las cargas que pueden establecerse respecto de ciertos emprendimientos, la afectación de una actividad como consecuencia de la imposición de ciertos tributos, los límites al emprendimiento estatal, el estatuto jurídico de las empresas públicas creadas por ley, las modificaciones al estatuto jurídico de una actividad, la imposición de sanciones, el libre ejercicio de un oficio o actividad, la protección de los consumidores, las actividades propias del orden público y el debido proceso y las sanciones, por mencionar algunas.

Por su lado, en relación a la igualdad en el trato económico, se ahonda en su contenido esencial y las limitaciones que establece la Carta Fundamental, las que también han sido precisadas por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, se repasa la jurisprudencia referente a los regímenes de beneficio o subsidio, el establecimiento de subsidios a través de nor-

mas de carácter legal, las restricciones a la actividad para proteger el medio ambiente, el régimen previsional, el sistema de oficialidad de códigos y el mecanismo legal de financiamiento del cuerpo de bomberos, entre otras relevantes materias.

Sabido es que el Derecho Constitucional surge en Europa, a fines del siglo XVIII, como un mecanismo de clara configuración de las potestades de los órganos de poder y un adecuado y eficaz reconocimiento de los derechos fundamentales. Un justo equilibrio.

De allí que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmara que *“toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”*. Y es que, como lo recuerda el sabio maestro Karl Loewenstein, *“La Constitución se ha convertido en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”*.

A partir de ello puede entenderse el surgimiento de la variada legislación económica, tendiente a regular la actuación de los particulares y las potestades de los órganos administrativos fiscalizadores, como consecuencia de lo cual el Tribunal Constitucional ha dictado diversas sentencias, todas las cuales de manera pormenorizada se analizan en este excelente estudio, en sus contenidos esenciales.

De esta forma, la presente obra será sin duda un gran aporte para la comunidad jurídica, estudiosos, abogados y jueces, al sistematizar de manera clara y adecuada –con un amplio dominio de fuentes– la doctrina esencial y la principal jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al libre emprendimiento y a la igualdad en el trato económico.

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Profesor de Derecho Constitucional
Director del Departamento de Derecho Público
Universidad de Chile
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Finis Terrae
Ex Ministro del Tribunal Constitucional

ABREVIATURAS

Art(s).	: Artículo(s).
C°(s).	: Considerando(s).
CENC	: Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.
CPR	: Constitución Política de la República.
Inc(s).	: Inciso(s).
OPE	: Orden Público Económico.
Rol...-INA	: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal (art. 93, N° 6°, CPR).
Rol...-CDS	: Control de constitucionalidad de decretos supremos (art. 93, N° 16°, CPR).
Rol...-CPR	: Control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de aquéllas (art. 93, N° 1°, CPR).
Rol...-CPT	: Control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley o de reforma constitucional, antes de su promulgación, y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (art. 93, N° 3°, CPR).
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC	: Tribunal Constitucional.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la República de 1980, dentro del catálogo de derechos y garantías contenido en su artículo 19, asegura a las personas *“el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”* (art. 19, N° 21, inc. primero, CPR), y *“la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”* (art. 19, N° 22, inc. primero, CPR).

Así, la Constitución del año 1980 innovó respecto de las que le precedieron, estableciendo por primera vez en forma expresa el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, también conocido como libertad de empresa, como derecho a la libre iniciativa privada o como derecho a emprender y, asimismo, consagrando explícitamente la garantía de la no discriminación arbitraria en el trato que el Estado debe dar a las personas en materia económica, también conocida como la igualdad de trato en materia económica.

Estos derecho y garantía indudablemente se relacionan, desde el momento en que la segunda (no discriminación económica) se justifica por la existencia del primero (derecho a la libre iniciativa económica, libertad de empresa). No deja de ser relevante que la Constitución libertaria de 1980 estableciera la libertad de empresa –amparada en los principios de dignidad y primacía de la persona humana por sobre el Estado y de subsidiariedad del Estado– explicitando así la libertad personal en el ámbito económico; y al mismo tiempo, consagrara expresamente la vigencia del principio de igualdad en el específico ámbito económico, conforme a lo cual el Estado no puede discriminar arbitrariamente a los particulares en el ejercicio de sus iniciativas privadas.

Estos derecho y garantía, asimismo, forman parte del denominado Orden Público Económico, el cual se compone, además, por el derecho

de propiedad (art. 19, N^{os} 23, 24 y 25, CPR) y la igualdad ante los tributos y cargas públicas (art. 19, N^o 20, CPR).

Como se apreciará en el presente trabajo, tanto la doctrina mayoritaria del país como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno están contestes en la existencia del principio de subsidiariedad, aun cuando no esté expresamente explicitado en la Constitución de 1980, así como en la presencia de un Orden Público Económico en la misma Carta Fundamental, no obstante que tampoco se contemple en ella dicha denominación o un capítulo especial que incluya los derechos y las garantías que lo componen.

En el sentido anotado, el Capítulo Primero de este trabajo desarrolla el principio de subsidiariedad, la constitución económica y el orden público económico, fundamentalmente desde el punto de vista doctrinario.

A continuación, los capítulos segundo y tercero tratan, respectivamente, de la libertad de empresa (art. 19, N^o 21, CPR) y de la no discriminación en el trato que debe brindar el Estado a los particulares en materia económica (art. 19, N^o 22, CPR). A estos efectos se emplea la misma metodología en ambos capítulos, consistente, primero, en un análisis histórico (entre otros, actas CENC); luego uno doctrinario, y, finalmente –en lo que probablemente constituye el mayor aporte de esta obra–, uno jurisprudencial. Este último, a su vez, se centra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.

En cuanto al análisis de los fallos del TC, la sistemática elegida consiste, en lo sustancial, en agrupar las sentencias en tres grandes grupos: (i) aquéllas que definen el respectivo derecho o la respectiva garantía constitucional, permitiendo acercarnos a su contenido esencial; (ii) aquéllas en que el derecho o la garantía es conculcada, y (iii) las que determinan la inexistencia de infracción, permitiéndonos delimitar el derecho o garantía. En el Capítulo Segundo, se agrega un cuarto acápite sobre los pronunciamientos del TC relativos al Estado empresario.

El lector debe tener presente que se incluyen sentencias dictadas por el TC en el ejercicio de sus diferentes facultades (control preventivo y obligatorio de leyes; control de leyes antes de su promulgación, a instancia de los órganos constitucionales legitimados; inaplicabilidad de preceptos legales, y control de constitucionalidad de decretos supremos), partiendo por un breve resumen del caso que ayuda a su inteligencia y de la forma en que se estima por quien promueve el ejercicio de las competencias del Tribunal que se produce la infracción constitucional –cuando aplica esto último–, para transcribir a continuación los considerandos que contienen la jurisprudencia relevante al asunto.

Como es sabido y por cierto propio de un órgano de la naturaleza del Tribunal Constitucional, sus sentencias en forma excepcionalísima son unánimes. Luego, no obstante la riqueza jurídica de los votos particulares (prevenciones y disidencias), este trabajo analiza únicamente los votos de mayoría, en el entendido de que ellos configuran la sentencia misma y constituyen propiamente la decisión del Tribunal.

En fin, las sentencias estudiadas comprenden el período que va desde el año 1980 hasta junio del año 2012 y el orden de su exposición en los capítulos pertinentes es estrictamente cronológico.

Desde ya se puede señalar que este trabajo permitirá observar la plena vigencia del derecho y de la garantía constitucional objetos de estudio, lo cual nos lleva a concluir que –independientemente de los orígenes de la Constitución de 1980 y de los procesos de reforma constitucional que han permitido ir “democratizándola” cada vez más (v.gr. reformas constitucionales de los años 1989 y 2005)– la Carta Fundamental en esta parte (art. 19, N^{os} 21 y 22, CPR) es suprema, justiciable y plenamente aplicable.

En consecuencia, los aludidos derecho y garantía individuales forman parte integrante de nuestro Estado de Derecho y deben ser debidamente promovidos y respetados, conforme lo ha ordenado el máximo custodio e intérprete de la Constitución: el Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO PRIMERO

1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

1.1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL BIEN COMÚN

La subsidiariedad es uno de los principios básicos de la vida en sociedad y exige al Estado un rol secundario, puesto que se reconoce que la sociedad está por sobre el Estado y, en consecuencia, éste último está al servicio de aquélla, y no al revés. Uno de los fines principales de la vida en sociedad es el bien común y es deber del Estado propender al logro de este fin. Santo Tomás de Aquino en la *Suma Teológica* enseña que bien común es un “*adecuado modo de relación, que le permita a todas y cada una de las personas que integran la sociedad respectiva, alcanzar su fin personal o individual en la mayor medida de lo posible*”¹.

El bien común es la causa final de toda sociedad. Todo individuo en sociedad busca alcanzar un fin o fines, pero sólo lo puede lograr con la colaboración de los otros individuos. A su vez, éstos lograrán sus fines sólo si cuentan con el apoyo de ese otro individuo. Santo Tomás, a propósito de lo que él llama “*modos de relación*”, se refiere a los grupos intermedios, como aquella forma de organización y reunión del individuo en sociedad para, a través de su iniciativa propia, privada, con un rol subsidiario del Estado, poder tender a alcanzar sus fines específicos y en última instancia el bien común.

En relación con el bien común, podemos aludir a la existencia de dos doctrinas extremas:

¹ Cita extraída de ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO; ACHURRA GONZÁLEZ, MARCELA; DUSSAILLANT BALBONTÍN, PATRICIO, *Derecho Político, Apuntes de las Clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, p. 30.

1º. LAS IDEOLOGÍAS COLECTIVISTAS O TOTALITARIAS: *“Postulan que el bien común es el bien del todo colectivo, al cual se subordinan integral y unilateralmente las personas y su destino. No reconocen ninguna trascendencia de la persona misma frente a la sociedad. Las personas en cierto modo se diluyen. Su personalidad se disuelve en este todo colectivo”*². Que el bien común se identifique como el de la colectividad, admite como válido que se sacrifique todo derecho o bien individual, porque la sociedad es más importante que el hombre como persona individual. El problema es que muchas veces el bien colectivo es el bien aparente y no el verdadero.

Aquí se convierte a la sociedad en un ser sustancial. El Estado es una “*súper persona*” y las personas individuales son parte integrante de ese ser superior. El bien del Estado es el bien común, entendido como la grandeza del Estado que avasalla los derechos de las personas individuales que lo forman.

Ejemplos de estas ideologías son el marxismo, el fascismo, el nacional-socialismo y todo otro totalitarismo que postule al estado como un ente “*todopoderoso*”.

2º. LAS IDEOLOGÍAS LIBERALES O INDIVIDUALISTAS: *“Consideran al bien común como la suma de los bienes individuales, que cada integrante busca con prescindencia de los demás, con la inicial consideración de no atentar contra el bien de los demás, o no impedir a los demás que alcancen su propio bien”*³. Cada uno busca su propio bien. Es una simple suma de bienes individuales y el bien común se identifica con el bien de la mayoría, porque mientras más personas alcancen un cierto fin, se considerará ese bien como el que conviene a la mayoría. No hay preocupación por el bien de los demás.

Las personas procuran su propio bien, independiente del resto, y la suma de ellos es el bien común. Se busca lograr el bien individual sin contribuir al bien ajeno. Deja de interesar cuál es el bien verdadero y cuál el aparente. Cada persona hace sólo lo que le parece conveniente con respecto a su fin.

Ambas doctrinas son erróneas. El reconocimiento del principio de subsidiariedad junto a otros principios y valores básicos, exige el rechazo de estas dos posturas extremas y perniciosas. Las doctrinas colectivistas van al extremo de buscar el bien del Estado que pasa a ser una persona o ente superior, y deja de tener valor el bien o fin de cada persona y, más aún, el de la sociedad. Además, “*priva al hombre de su dignidad personal y lo degrada a mero objeto de procesos sociales (...) y otorga al Estado la intervención*

² Ibídem, p. 34.

³ Ibídem, p. 35.

(ilegítima) en ámbitos que no le son propios, vulnerando el principio de subsidiariedad y mutilando la riqueza del bien común”⁴.

Las individualistas, por su parte, son insuficientes, ya que el hombre nunca podrá alcanzar sus fines personales sin la ayuda y participación de la sociedad. La búsqueda del sólo fin individual repugna nuestra naturaleza y el principio de la solidaridad y justicia social. Además, *“niegan la naturaleza social del hombre y en la sociedad no ven mas que una asociación finalista para equilibrar mecánicamente los intereses individuales”⁵.*

“Sólo a través de la vigencia rectamente entendida, del principio de subsidiariedad, puede superarse el dilema de hierro de nuestro tiempo, planteado entre la libertad anárquica y egoísta del liberalismo y la uniformidad servil del Estado colectivista”⁶. Teniendo esto claro, entra a ser clave el principio de subsidiariedad que busca conciliar las relaciones sociales, fruto de la libertad del hombre y la necesaria existencia de una autoridad que regule esa libertad.

1.2. ORDEN SOCIAL, PRIMACÍA DE LA PERSONA Y FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Los principios rectores del orden social son *“aquellos esquemas o directrices que responden a la necesidad de organizar de manera recta la convivencia de los hombres en las agrupaciones que sean exigidas para que los individuos alcancen su plena realización, en la mejor forma, y con absoluto resguardo de los derechos que le son inherentes por su dignidad...”⁷.*

Eduardo Soto Kloss menciona como principios rectores del orden social los siguientes:

- El reconocimiento de la primacía de la persona humana y de que ella es anterior y superior al Estado.
- El Estado está al servicio de la persona y no al revés.
- El fin del Estado es el bien común de todos y cada uno de los miembros de la sociedad y el bien común exige respetar el principio de subsidiariedad⁸.

⁴ SAN FRANCISCO REYES, ALEJANDRO, *Jaime Guzmán y el Principio de Subsidiariedad Educativa en la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, vol. 19, N° 3, Santiago, 1992, p. 528.

⁵ *Ibíd.*, p. 528.

⁶ MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Acerca del Fundamento del Principio de Subsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público, N° 39-40, Santiago, 1986, pp. 57 y 58.

⁷ SAN FRANCISCO REYES, *ob. cit.*, p. 528.

⁸ SOTO KLOSS, EDUARDO, *La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile*, Rev. Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, N° 2, Santiago, 1999, p. 120.

Aún antes de señalar la primacía del hombre por sobre el Estado, hay que mencionar que aquél prima por sobre la sociedad, pues “*la sociedad es para las personas y no las personas para la sociedad*”⁹. Esto es así porque la sociedad es un ser accidental y de relación, la sociedad no puede subsistir sin personas y está al servicio de ellas. Es la primacía del hombre un principio general del cual se derivan otros valores fundamentales para la ordenación de la sociedad y que deben ser aplicados en todos los ámbitos de la convivencia:

- La libertad de toda persona humana.
- La dignidad de toda persona humana.
- La inviolabilidad de los derechos.
- La subsidiariedad y la solidaridad.

Junto a la primacía, otro principio básico y rector del orden social es el de las autonomías sociales, esto es, como explica Arturo Fermandois Vöhringer, que “*toda sociedad intermedia es por definición apta para alcanzar su fin propio y específico o bien común particular (...). De la concepción anterior emana el derecho de autogobierno de las sociedades intermedias (...). Este es el derecho de la sociedad a regularse, conducirse o dirigirse hacia el cumplimiento de su fin con plena libertad e independencia respecto de las sociedades mayores y el Estado*”¹⁰.

Atendido lo anterior y para efectos del principio de subsidiariedad, podemos establecer el siguiente orden de prelación:

1. Persona.
2. Familia.
3. Organismos intermedios.
4. Sociedad.
5. Estado.

El principio de subsidiariedad exige el respeto de esta jerarquía. La familia y en general los cuerpos intermedios, están al servicio del bien de las personas que los forman; la sociedad es para la familia y el sujeto individual; y el Estado para la sociedad. Premisa fundamental, entonces, es que todos deben actuar sólo cuando los superiores en la jerarquía no son capaces de responder a sus necesidades o bien, no desean hacerlo. “*El principio de subsidiariedad supone la intervención complementaria y auxiliar*

⁹ Pío XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, n. 79.

¹⁰ FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, tomo I, Santiago, 2001, p. 69.

de las estructuras sociales superiores en favor de los individuos y de las pequeñas comunidades”¹¹.

Los principios de primacía del hombre y de las autonomías sociales son, sin lugar a dudas, los valores de los cuales deriva como consecuencia el principio de subsidiariedad, en el sentido de que *“ninguna sociedad mayor puede asumir legítimamente el campo de atribuciones o de acción de una sociedad menor, porque las sociedades mayores nacen para realizar lo que las inferiores no pueden lograr por si mismas, y no para absorber a estas últimas. Por tanto, el Estado no puede invadir el campo propio de las autonomías de las sociedades intermedias, ni menos el de lo que las personas individuales están en condiciones de llevar a cabo adecuadamente*”¹².

Este principio se basa en el postulado de que la sociedad puede ser construida en la libertad. Los poderes públicos han de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como reconocer la autonomía relativa de los grupos sociales y no suplantar a la iniciativa privada salvo cuando ésta no exista o sea deficiente.

El Principio de Subsidiariedad exige que el poder sea ejercido en un nivel en que se dé respuesta a las exigencias de solidaridad, de eficacia y de participación del ciudadano. Hay que rechazar la transferencia a un nivel superior de las tareas que pueden realizarse a un nivel inferior.

Pero este principio también implica que el nivel superior ayude y vigile al nivel inferior en el cumplimiento de sus cometidos. Esto último reviste vital importancia pues la subsidiariedad no debe entenderse como sinónimo de abstencionismo absoluto del Estado, ya que éste siempre deberá ejercer una labor promotora y de ayuda en lo que no le está directamente acometido.

De este modo y siguiendo el orden de prelación arriba establecido, el campo legítimo de acción del Estado o de una sociedad intermedia mayor, empieza donde termina la esfera posible de acción adecuada a las sociedades intermedias menores o a los individuos particulares. Ello porque, como explica Eduardo Soto Kloss, *“toca al hombre ser artífice de su propio destino, dueño como es de sus propios actos, al ser libre y por ende responsable. Y es que toca a él y a las asociaciones que él constituya al asociarse con sus semejantes, forjarse su propio bienestar (...) y progresar en su vida individual y social”*.

Por lo tanto, concluye el autor, *“aquello que los individuos particulares pueden hacer por si mismos y con sus propias fuerzas no se les debe quitar y entre-*

¹¹ SAN FRANCISCO REYES, ob. cit., p. 528.

¹² ROJAS SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 45 y 46.

*gar a la comunidad; principio que tiene igual valor cuando se trata de sociedades o agrupaciones menores y de orden inferior respecto de las mayores y más elevadas. Porque toda actividad social es por naturaleza subsidiaria; debe servir de sostén a los miembros del cuerpo social, y no destruirlos y absorberlos*¹³.

En definitiva, el fundamento es simple y claro: las sociedades mayores no han nacido para hacer lo que las menores pueden hacer, sino que para hacer lo que éstas no pueden hacer.

1.3. ORIGEN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Los primeros antecedentes acerca del principio de subsidiariedad se encuentran en Montesquie y Santo Tomás de Aquino. Sin embargo, ha sido la Doctrina Social de la Iglesia Católica la impulsora inicial de este principio. Ello a raíz de la denominada “*cuestión social*” de finales del siglo XIX, en que grandes sectores de la población se encontraron en condiciones de vida miserables, junto al enfrentamiento entre el liberalismo y el socialismo. El Papa León XIII en la Encíclica *Rerum Novarum* (1891) no menciona la expresión subsidiariedad, pero sí adelanta su contenido al mencionar que “*el hombre es anterior al Estado*”, y que “*no es justo que la familia o el individuo sean absorbidos por el Estado, lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño al bien común y sin injuria a nadie*”¹⁴.

Luego, el Papa Pío XI utilizó la expresión “*Principio de Subsidiariedad*” y desarrolló más su contenido. Así, en la Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) resalta que “*es verdad y lo prueba la historia palmariamente, que el cambio de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes podían aun realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy no las pueden ejecutar sino las grandes colectividades. Y, sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente aquel principio, que ni puede ser suprimido y alterado: como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia industria pueden realizar, para entregarla a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sola sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos ni destruirlos*”.

¹³ SOTO KLOSS, EDUARDO, *Consideraciones sobre los Fundamentos del Principio de Subsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público, N° 39-40, Santiago, 1986, pp. 39 y 40.

¹⁴ Texto extraído de COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO, *El Principio de Subsidiariedad*, en 20 años de la Constitución Chilena, Universidad Finis Terrae, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001, p. 76.

Continúa la Encíclica: “*Conviene que la autoridad deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas los cuidados y negocios de menor importancia, pues de otro modo le serán de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia lo que a ella sola corresponde, y que sólo ella puede realizar, a saber: dirigir, vigilar, urgir, castigar (...)*”¹⁵.

El Papa Pío XII, siguiendo a su predecesor, sostiene que mientras más se respete en el ordenamiento jerárquico de la sociedad el principio en estudio, mayor será la excelencia de la autoridad y de la eficacia social y con esto se logrará el bienestar de la nación toda.

Finalmente, el Papa Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus* (1991), afirmaba que para conseguir ciertos fines sociales “*el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro*”¹⁶, enfatizando la solidaridad como valor complementario a la subsidiariedad.

Podemos recordar también las palabras del Papa Juan Pablo II en su venida a Chile acerca del contenido y alcance de la subsidiariedad: “*El Estado no debe suplantar la iniciativa y la responsabilidad que los individuos y los grupos sociales menores son capaces de asumir en sus respectivos campos; al contrario, debe favorecer esos ámbitos de libertad; pero, al mismo tiempo, debe ordenar su desempeño y velar por su adecuada inserción en el bien común*”¹⁷.

Gaspar Ariño, también sobre la base de lo expuesto respecto del principio de subsidiariedad en la Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI, concluye que “*la organización, cualquiera que sea, debe servir e implementar el desarrollo de sus miembros, nunca destruirlos ni absorberlos. La libertad, prerrogativa esencial de la persona humana, sólo quedará garantizada si el Estado y, en general, las autoridades públicas, permiten y facilitan a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y su responsabilidad, tanto en las personas aisladas como en los grupos sociales en los que aquéllas pueden organizarse*”.

Y agrega que “*esta exigencia de libertad es condición sine qua non para el pleno desarrollo de la personalidad y para el ejercicio de la creatividad humana. Tal es el fundamento último del principio de subsidiariedad, que no se refiere sólo*

¹⁵ Ibídem, p. 76.

¹⁶ Ibídem, p. 76.

¹⁷ YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, ARTURO, *Principios Económicos de la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, vol. 14, N° 1, Santiago, 1987, p. 100.

*al ámbito económico sino sobre todo, muy especialmente, a los ámbitos educativo, cultural, artístico e intelectual (...)*¹⁸.

No obstante lo expuesto hasta acá, se debe tener presente que existen igualmente diversas interpretaciones del Principio de Subsidiariedad. En este sentido se pueden distinguir tres tendencias, que difieren radicalmente en cuanto a cómo entienden la esencia misma del Principio de Subsidiariedad. A saber:

1. TENDENCIA NEGATIVA: El Estado no debe cumplir aquellos roles que puedan realizar los individuos o sociedades intermedias. Dentro de éstas, a su turno, las mayores no deben ejecutar las tareas que pueden hacer las menores. Por último, las sociedades menores tampoco deben actuar en los quehaceres que pueden verificar los individuos. Esta es la interpretación limitativa y abstencionista del principio.

2. TENDENCIA POSITIVA: Entiende la subsidiariedad como un hacer del Estado. En este sentido, se niega que el aparato estatal tenga una misión meramente supletoria o secundaria, sino que le corresponde dirigir, vigilar, urgir, castigar, fomentar, estimular, apoyar, coordinar, integrar y hasta suplir tareas con relación a las sociedades intermedias o individuos, conforme a las exigencias sociales de cada medio concreto. Esta es la interpretación intervencionista del principio.

3. TENDENCIA INTERMEDIA: La subsidiariedad es un mecanismo de división de competencias entre la actividad estatal y la privada; y en la privada, entre las sociedades mayores y las menores, como también entre las sociedades menores y los individuos. Esta tendencia trata de injertar el principio dentro de la noción de bien común y procura conferirle un *modus operandi* ecléctico: *“tanta libertad como sea posible, tanta autoridad como sea necesaria”*¹⁹.

A nuestro entender, el principio de subsidiariedad se corresponde con aquél que explican las tendencias negativas o, si se quiere, las intermedias, pero no las positivas. La subsidiariedad exige una abstención del Estado en todo aquello que pueden realizar las sociedades menores. Pero, por otro lado, la subsidiariedad exige una importante labor de promoción por parte del Estado, en el sentido de movilizar a las sociedades menores, a los organismos intermedios y a los individuos, para que realicen actividades económicas; teniendo siempre presente que el

¹⁸ ARIÑO ORTÍZ, GASPAR, *Principios de Derecho Público Económico*, ARA Editores, Madrid, 2004, p. 159.

¹⁹ SAGÜES, NESTOR PEDRO, *Principio de Subsidiariedad y Principio de Antisubsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público, N^{os} 39-40, Santiago, 1986, p. 61.

Estado debe actuar cuando los entes menores no pueden o no quieren realizar dichas actividades.

En el sentido anotado, el profesor Gaspar Ariño sostiene que *“hoy hay que arrancar de dos cosas: de ‘la utopía socialista’, porque está comprobado que no pasó de ser una utopía (la caída del Muro de Berlín demostró que el remedio era peor que la enfermedad), y también de ‘la locura liberal’, de aquellos que creen que el Estado no debiera existir”*²⁰.

1.4. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Este principio, como ya lo hemos explicado, consiste en que ninguna sociedad mayor puede invadir o absorber el campo de acción propio de una sociedad menor, toda vez que las sociedades mayores sólo nacen para ejecutar aquello que las menores no son capaces de realizar por sí mismas. Por lo tanto, el Principio de Subsidiariedad es el encargado de regular las relaciones entre las diversas sociedades intermedias y los individuos particulares, como también –y aquí es donde el principio adquiere mayor relevancia para los efectos de este trabajo– las relaciones entre el Estado y los particulares, así como las sociedades intermedias creadas por éstos.

Ahora bien, la idea de subsidiariedad tiene cabida en diversos ámbitos, como son²¹:

1. POLÍTICO-ESTATAL: Las funciones que pueden desarrollar bien los gobiernos regionales, las provincias, las municipalidades u otros entes comunales, deben asignarse a tales entes y no al Estado o administración central.

Esto conduce a la necesaria descentralización administrativa. O sea, los servicios públicos que las regiones, provincias o comunas puedan realizar útilmente, deben confiarse a ellos y no absorberse por el Estado. Este ámbito también lo podemos extender a los Estados Federales cuya base institucional se sustenta en este mismo principio.

Más aún, se puede observar en el fenómeno político, económico y jurídico de la Unión Europea, que desde su creación en 1992 ha tenido como uno de sus pilares básicos de coordinación entre Estados, el Principio de Subsidiariedad. En este sentido, la Constitución para Europa de 29 de octubre del año 2004, expresa en su artículo 11, N° 3°, que *“En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competen-*

²⁰ Palabras expuestas en su visita a la Universidad de Chile, Santiago, octubre de 2009.

²¹ Cfr. SAGÜES, ob. cit., pp. 62 y 63.

cia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

2. POLÍTICO-ECONÓMICO: Debe darse preferencia a la iniciativa particular en el ámbito económico por sobre el Estado. Los poderes públicos deben favorecer y ayudar a la iniciativa privada, confiando a ésta de manera eficiente, la continuidad del desarrollo económico. El Estado no debe “sofocar” la actividad económica libre, siempre que ésta sea responsable, respete los derechos fundamentales y los particulares puedan realizarla sin problemas. Todo ello teniendo en cuenta el deber de solidaridad.

Jaime Guzmán decía que *“la libre iniciativa de los particulares debe ser el motor básico del desarrollo económico de un país, porque puede ser abordado por ellos, salvo situaciones especiales que permitirán que el Estado entre en la actividad en forma de suplencia. Pero la regla general es que la actividad comercial y distributiva debe ser ejercida por los particulares. De este principio de libre iniciativa se desprende el principio del derecho de propiedad privada (...)”*²².

Es ésta la proyección del principio de subsidiariedad la que recogen las garantía constitucionales de los N^{os} 21^o y 22^o del artículo 19 de la Constitución Política.

3. POLÍTICO-SOCIAL: Las funciones y servicios del Estado y de la sociedad global deben solamente ayudar o complementar la actividad del individuo, de la familia y de los grupos intermedios.

1.5. REQUISITOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y FUNCIONES INDELEGABLES²³

Como explica Arturo Fermeandois, para colaborar en una adecuada comprensión de la subsidiariedad, resulta útil exponer diversos requisitos objetivos a los que el Estado o la sociedad mayor deben estar atentos. Los requisitos que señalaremos son los indispensables para autorizar la intervención del Estado vía Principio de Subsidiariedad. Nos concentraremos en el Estado, por ser la sociedad mayor que más riesgo representa para una correcta aplicación de la subsidiariedad, aunque estos razonamientos sean igualmente aplicables a toda sociedad mayor. Estos requisitos o condiciones copulativos son, a criterio del autor, los siguientes:

²² Citado por ROJAS SÁNCHEZ, ob. cit., 62.

²³ Vid FERMEANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., pp. 72, 73 y 74.

1. Que se trate de actividades, fines o bienes particulares, claramente convenientes para el bien común general.

2. Que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que, vía ejercicio de los derechos emanados del principio de las autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines.

3. Que el Estado haya agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revela un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana.

Una vez producida la intervención, nacen dos obligaciones esenciales que deben cumplirse:

1. El Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible. Luego, la acción estatal subsidiaria deberá ejercerse de la manera más descentralizada que se pueda.

2. El Estado debe retirarse y cesar su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general.

Finalmente, el profesor Fermeadois distingue las actividades subsidiarias del Estado de aquellas que le son connaturales y, por lo tanto, indelegables. Serían de esta última clase fundamentalmente dos tipos de actividades:

1. Las que representan a la comunidad toda, como la defensa nacional y las relaciones exteriores.

2. La regulación normativa de las sociedades intermedias entre sí, como por ejemplo la dictación de normas legales de coordinación-regulación y la aplicación de las mismas, proceso en que participan todos los poderes del Estado.

Actividades subsidiarias, en cambio, son aquellas que de suyo podrían ser asumidas por los particulares, pero éstos no quieren o no pueden asumirlas satisfactoriamente. Así, en un sentido estricto, las actividades descritas en los números 1 y 2 precedentes no son subsidiarias, porque pertenecen a un área donde no se desarrolla el juego del principio de subsidiariedad.

1.6. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, indican que “*el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución establece que ‘el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos’.* A estas sociedades o grupos intermedios se les garantiza una adecuada autonomía, un grado relativo de libertad para la consecución de sus fines específicos. (...) El principio de subsidiariedad, reconocido y garantizado por la Carta Fundamental en este caso, constituye un derecho de las sociedades intermedias a realizar por su esfuerzo e iniciativa (autonomía) la consecución de sus fines específicos, subordinados al bien común. Este principio de subsidiariedad tiene una dimensión negativa para el Estado: no debe intervenir en las actividades de las sociedades intermedias cuando desarrollan su actividad y fines real y eficazmente dentro del bien común; por su dimensión positiva, implica una protección de las sociedades o grupos intermedios menores frente a los mayores, como asimismo un derecho de intervenir del Estado, cuando las sociedades intermedias no sean capaces de realizar su actividad real o eficazmente o cuando ellas atenten contra el bien común. En tales casos, el Estado debe suplir su tarea, removiendo los obstáculos y restableciendo, una vez superados estos últimos, la autonomía de las sociedades intermedias afectadas”²⁴.

Creemos que aun cuando el Principio de Subsidiariedad fue desarrollado en una primera época por la doctrina social de la Iglesia Católica, es posible hacer el ejercicio de sustraernos de dicha doctrina y llegar a las mismas conclusiones, toda vez que la subsidiariedad del Estado tiene su fundamento primero en la dignidad de la persona humana, y en su calidad de ser anterior y superior al Estado, debiendo este último estar al servicio de aquélla. En seguida, la mera interpretación racional y el análisis armónico de todas las disposiciones de la Constitución libertaria de 1980²⁵, nos permiten arribar a la misma conclusión, lo que sumado

²⁴ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO Y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pp. 111 y 112.

²⁵ Recordemos en esta parte la regla vital de hermenéutica constitucional que el TC ha aplicado en reiteradas ocasiones: “*la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella*” (entre otras, STC roles N°s 5, 21, 33, 43, 46, 67, 245, 246, 1410 y 1655). Para mayor conocimiento acerca de la denominada regla de “*interpretación axiológica*”, vid. VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO, *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 31, LOM Ediciones, Santiago, 2006.

al elemento histórico (génesis de la Carta Fundamental de 1980) y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante más de 30 años, nos permite afirmar que la Constitución de 1980 recoge indubitadamente el Principio de Subsidiariedad.

La subsidiariedad es el pilar fundamental en el cual reposa el Orden Público Económico, al cual nos referiremos en el apartado segundo de este capítulo. Tanto aquella como éste constituyen principios que no se encuentran explicitados en nuestra Carta Fundamental, ni se halla destinado a ellos un capítulo determinado. Pero, claramente, aparecen señalados en la Constitución, fundamentalmente en sus capítulos primeros y tercero, ya sea implícitamente dentro de ciertas declaraciones de principios, o como base y presupuesto de ciertas garantías fundamentales, entre ellas, desde luego, las que son objeto de nuestro trabajo: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Creemos, como ya lo expresamos, que es indiscutible que en nuestra Carta Fundamental se encuentra consagrado el principio de subsidiariedad y que éste es aplicable y vinculante para toda persona, institución o grupo, como, desde luego, también para la autoridad.

Del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones que consagran este principio, se observa nítidamente su recepción constitucional. Así el propio presidente de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución, Enrique Ortúzar Escobar, refiriéndose a una de las disposiciones más relevantes de la Constitución Política en materia económica, el artículo 19 número 21, afirmaba que *“sin lugar a dudas (...) la excepción contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar el principio de subsidiariedad”* (19, número 21, inciso segundo: *“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza”*).

El comisionado señor Bertelsen en relación al sentido y alcance del inciso segundo aludido señalaba que *“los particulares son quienes tienen la libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y el Estado sólo puede abordarlas cuando la ley, en forma excepcional, lo autorice, porque la garantía que se pretende establecer no es para concurrir con el Estado, sino para excluirlo de ciertas actividades”*.

Por su parte, el comisionado señor Carmona expresaba que consagrando la Constitución la libre iniciativa privada en el campo económico, aunque separado de la garantía del derecho de propiedad, lo importante es que estuviera *“establecido en forma tal que consagre el principio de subsidiariedad, por su texto más que por su enunciado teórico o filosófico”*.

También en el informe del Consejo de Estado, se afirmaba que las normas establecidas en el artículo 19, número 21, como la del artículo 1°, inciso tercero, CPR deben *“reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada”*²⁶.

Lo mencionado es una muestra de la importancia que el Constituyente de 1980 da a la persona humana y su primacía, por ser sujeto anterior y superior al Estado, lo que conlleva la primacía de la iniciativa privada en la actividad económica, y 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, con pleno respeto de los derechos de las personas, y que, en el campo económico, exige respetar el principio de subsidiariedad. Por algo la Carta Fundamental de 1980 parte proclamando que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* (art. 1°, inc. primero, CPR).

La subsidiariedad en nuestra Constitución de 1980 se encuentra establecida, desde luego, en el capítulo I, *“Bases de la Institucionalidad”*, concretamente en el inciso tercero del artículo 1° que establece que *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”*.

Como señala Jorge Varela del Solar, *“esta declaración está en inseparable armonía con la noción de grupos o cuerpos intermedios, encargados por la Constitución de ejercer la primariedad en contrapunto con el Estado-Gobierno”*²⁷.

Además, se encuentra consagrada en el artículo 1°, inciso cuarto, CPR, que dispone: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*, y en el inciso quinto del mismo artículo, que prescribe: *“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*.

²⁶ Citas extraídas de COVARRUBIAS CUEVAS, ob. cit., p. 73.

²⁷ VARELA DEL SOLAR, JORGE, *Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, vol. 16, N° 2, Santiago, 1989, p. 381.

En estos dos últimos incisos, se deja claramente establecido que es el Estado el que está al servicio de la persona y en consecuencia debe pronta y diligentemente concurrir a su auxilio y amparo cuando algún derecho de su dignidad le es conculcado, perturbado o privado, esto es, el Estado subsidia o socorre las deficiencias de la sociedad y de los grupos económicos intermedios, impotentes muchas veces, de proveer a la comunidad de las bases esenciales que le permitan acceder al bien común, en condiciones equilibradas, justas y ecuanímes.

La subsidiariedad, también se encuentra consagrada, en forma importante, en diversos numerales del artículo 19, contenido en el capítulo III de la Constitución Política: “*De los Derechos y Deberes Constitucionales*”, a saber:

- artículo 19 N° 2°: Garantía de la igualdad ante la ley.
- artículo 19 N° 3: Garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y ante la justicia.
- artículo 19 N° 6°: Libertad de conciencia y religiosa.
- artículo 19 N° 9°: Protección de la salud.
- artículo 19 N° 10° y 11°: Principio de subsidiariedad en la educación.
- artículo 19 N° 12°: Libertad de opinión y de información.
- artículo 19 N° 14°: Derecho de petición.
- artículo 19 N° 15°: Derecho de asociación.
- artículo 19 N° 16°: Libertad de trabajo.
- artículo 19 N° 19°: Libertad sindical.
- artículo 19 N° 20°: Garantía de la igualdad en la repartición de los tributos.
- artículo 19 N° 21°: Derecho a desarrollar actividades empresariales.
- artículo 19 N° 22°: Garantía de la igualdad en el trato del Estado en materia económica.
- artículo 19 N° 23°: Libre apropiabilidad de los bienes.
- artículo 19 N° 24° y 25°: Derecho de propiedad.
- artículo 19 N° 26°: Garantía de la no afectación de los derechos en su esencia.

Todas estas garantías y derechos establecidos en el artículo 19°, deben ser interpretados sistemáticamente y en conjunto con el artículo 1° y demás disposiciones de la Carta Fundamental.

1.7. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.7.1. STC Rol N° 46-87, DE 21 DE DICIEMBRE DE 1987. CASO “CLODOMIRO ALMEIDA”

C° 19°. *“Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección debiendo destacarse, en la especie, ‘la seguridad y certeza jurídica’; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...)”;*

C° 20°. *“Que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como lo son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo (...)”;*

C° 21°. *“Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”;*

(En el mismo sentido, entre otras, STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y gasolina”, C° 12°).

1.7.2. STC Rol N° 352-02-CPT, DE 15 DE JULIO DE 2002. CASO “LICEO MANUEL DE SALAS”

C° 3°. *“Que, el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución Política establece: ‘El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos’”;*

C° 4°. *“Que, en dicho precepto se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social. Al respecto, en el Informe enviado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política al Presidente de la República, con fecha 16 de agosto de 1976, en virtud del cual le hace llegar las proposiciones e ideas precisas que ha de contemplar la nueva Constitución, se expresa que ‘según él ninguna sociedad superior puede*

arrogarse el campo que respecto de su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia, como tampoco ésta puede invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana’ (pág. 42)”;

C° 5°. *“Que, el ser humano, por su esencial sociabilidad, constituye a lo largo de su vida, diversos y múltiples cuerpos sociales a través de los cuales desarrolla su existencia. Las sociedades mayores surgen, así, para realizar aquello que las menores, y, en último término el hombre, no pueden hacer por sí solos”;*

C° 6°. *“Que, de ello se desprende que el campo de acción de una sociedad mayor comienza donde termina el de una menor y que la primera no puede asumir aquello que es propio de la segunda”;*

C° 7°. *“Que, de acuerdo con dicho principio, al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado. Eso explica el reconocimiento y amparo que el artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución, presta a los ‘grupos intermedios’”.*

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

2.1. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y SU CONTENIDO

El determinar acaso es necesario que los principios económicos sean consagrados a nivel constitucional ha sido un tema arduamente debatido. Así, en los inicios de constitucionalismo, se pensaba que la Constitución debía ser de carácter eminentemente político y que lo económico y social debían estar excluidos porque, a lo más, constituirían declaraciones programáticas sin mayor eficacia jurídica. Además, se sostenía que en el caso de abordarse los principios económicos, la Constitución pasaría a ser extremadamente larga y reglamentaria, lo que era inconveniente dentro de un ordenamiento jurídico constitucional.

Modernamente, sin embargo, ha primado la posición contraria, cual es la de integrar los principios económicos más significativos en la Constitución, postura que ha ido ganando progresivamente partidarios. Se reconoce así que lo económico y social son variables decisivas en el funcionamiento adecuado del sistema político y que, por lo tanto, no cabe sino integrar estos elementos a nivel constitucional.

Así, en España, Gaspar Ariño explica que *“se entiende por ‘Constitución Económica’ (o ‘modelo económico de la Constitución’) el conjunto de principios,*

criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra establecido en la Constitución". Agrega que este "orden económico constitucional" no es algo aislado, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental, en el contexto amplio de un modelo de sociedad libre y una idea de Estado social y democrático de Derecho²⁸.

El origen histórico de la Constitución Económica y de la libertad de empresa entendida como derecho subjetivo, estaría dado por la Europa que se revela a finales del siglo XVIII contra el intervencionismo y el colectivismo, emergiendo el individualismo y la consagración de la libertad y el derecho de propiedad. Muestra de ello son los conocidos postulados de la Revolución Francesa: "*liberté, égalité et fraternité*". En este sentido, la libertad de empresa, en sus orígenes, se manifestó en la expresión "*libertad de industria*" o "*libertad de comercio e industria*". Más modernamente, conforme expresa Gaspar Ariño, la expresión "*libertad de empresa*" tendrá una doble faceta: "a) *libre creación de empresas, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*; b) *derecho a la empresa, esto es, a la libre dirección de la misma en el marco de una economía de mercado, sin más limitaciones que las que imponga la defensa de la competencia*"²⁹.

Por su parte, la mayoría de la doctrina constitucional chilena hoy está de acuerdo en que la Constitución no sólo debe regular la política, sino también los principios y bases fundamentales del ordenamiento económico y social³⁰. La necesidad de regular los principios económicos, está dada en nuestro país por un convencimiento de que es imprescindible mencionar en la Carta Fundamental, de modo que no puedan ser vulneradas por la Ley ni por norma, autoridad o persona alguna, las libertades y principios básicos, así como el marco general regulatorio de la actividad económica. Esto es, el Orden Público Económico, como se denominó por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

Además, la experiencia constitucional anterior a 1980, en que hubo abusos contra la libertad económica y violaciones a la propiedad, a consecuencia de interpretaciones indebidas de la Constitución de 1925, hizo manifiesta la necesidad de salvaguardar a nivel constitucional las garantías de naturaleza económica.

José Luis Cea Egaña planteó, en los debates sobre la Nueva Institucionalidad, previos a la Constitución de 1980, la necesidad de que los

²⁸ ARIÑO ORTÍZ, ob. cit., p. 171.

²⁹ Ibídem, p. 212.

³⁰ Ver al respecto la bibliografía de CEA EGAÑA, EVANS DE LA CUADRA, YRARRÁZABAL COBARRUBIAS Y GUERRERO DEL RÍO, citada al final de esta obra.

principios y normas de la Ley Fundamental debían ser comprensivos de tres aspectos: político, social y económico. Esto es lo que él denominó “*La Constitución Plena*”. Explica el autor que “*esto no significaba que el texto constitucional fuera largo ni reglamentario, sino que sólo era necesario formular las bases esenciales correspondientes. Lo social y económico eran variables decisivas para el funcionamiento adecuado del sistema político, en el Estado contemporáneo*”. Luego, aclara que “*su intención al trazar tales planteamientos no fue constitucionalizar un modelo ni una política económica determinada, algo que, por lo demás, habría sido insensato, habida consideración de la inevitable –y muchas veces saludable– dinámica social*”.

Subraya Cea Egaña que “*afirmativamente mi propósito fue llamar la atención sobre la trascendencia que tenía diseñar el marco de lo mandado, permitido y prohibido por la Carta Magna, quedando así ojalá claro el ámbito de las normas, medidas y conducta que no eran consistentes con lo señalado en aquella. Reclamé, por lo tanto, una definición en torno al ideal de derecho, asumiendo que éste tenía que ser plasmado en la Constitución y que, consecuente con la teoría y práctica constitucional moderna, ese ideal se irradiaba sobre el sistema económico nacional (...). Seguía con preocupación el debate institucional, dominado por criterios jurídicamente positivistas y que defendían la reducción de la Ley Fundamental a disposiciones exclusivamente políticas, entendidas también con sentido restringido. Mi opinión, por el contrario, era que la Constitución de 1925 y sus reformas eran neutras en el aspecto económico, probablemente porque ninguna fuerza política fue capaz de imponer declaraciones precisas y ello, a su turno, en razón de la ausencia de consenso predominante respecto al proyecto final del régimen económico deseado para Chile por los chilenos. En mi concepto, la neutralidad denunciada había permitido la interpretación y aplicación fraudulenta de la Constitución a través de resquicios exegeticos, siendo ésa una de las causas de la crisis que culminó en septiembre de 1973*”³¹.

Ahora, la interrogante es acaso la Constitución de 1980 es una Constitución Plena. Cea Egaña señala que la respuesta es afirmativa, “*porque, condensados en la fórmula doctrinaria Orden Público Económico que acuñó Ripert, están diversos principios y preceptos jurídicos que fijan los rasgos característicos de la economía pública y privada del país. De esta manera el poder constituyente además, ha precisado y ampliado lo que se llama el Constitucionalismo Social, en virtud del cual entre los derechos humanos es fuerza reconocer, proteger y promover los de contenido económico coadyuvantes del bienestar general*”³².

³¹ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pp. 155 y 156.

³² *Ibídem*, p. 157.

Es importante mencionar, en todo caso, que la consagración de garantías constitucionales económicas, no debe tener por objeto el dejar establecido un modelo o políticas económicas rígidas, ya que esto iría contra el espíritu de la Constitución y la libertad económica, sino que sólo se deben fijar las bases fundamentales intangibles y dejar a las variaciones socioeconómicas y a los gobiernos de turno elegidos democráticamente, la determinación del modelo y de las políticas económicas.

Arturo Yrarrázabal afirma que *“para efectos de plantear la conveniencia o no de la consagración constitucional del sistema económico se debe diferenciar lo que es el sistema económico, por un lado, de los modelos de política económica aplicados en los distintos países a través del tiempo, por otro, y en tercer lugar las políticas económicas propiamente tales”*³³.

Hugo Araneda define sistema económico como *“ordenamientos sociales a través de los cuales la comunidad se organiza para producir y distribuir los bienes producidos, es decir, para responder a los requerimientos básicos del proceso económico: producir y distribuir”*³⁴.

Por su parte, don Arturo Yrarrázabal entiende por sistema económico el *“conjunto de instituciones y normas que determinan el desarrollo de la actividad económica de un país. Los elementos que lo caracterizan fundamentalmente son: el proceso de toma de decisiones, el régimen de propiedad, el papel de los mercados y precios y el rol de la planificación”*³⁵.

Existen en la actualidad dos grandes sistemas económicos: el de mercado y el centralmente planificado. El sistema de mercado implica la toma de decisiones por millones de unidades económicas, con un régimen de propiedad principalmente privado, mercados y precios activos y dinámicos, y con una planificación indicativa para el sector privado e imperativa para el sector público. Por el contrario, en el sistema centralmente planificado la toma de decisiones está centralizada en el Estado, el régimen de propiedad de los medios de producción es Estatal, los mercados y precios juegan un papel eminentemente pasivo y la planificación es imperativa y global.

Dentro del sistema de mercado se conciben numerosos modelos de políticas económicas a través del tiempo y dependiendo de las características específicas de cada país. Los modelos pretenden así ser un conjunto de objetivos, instrumentos y medidas de políticas económicas coherentes y apropiadas para las realidades contingentes de cada país. La distinción

³³ YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ARTURO, *Principios Económicos de la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol 14, N°1, Santiago, 1987, p. 98.

³⁴ ARANEDA DÖRR, HUGO, *Economía Política*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1980, p. 157.

³⁵ YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ob. cit., p. 98.

clara entre sistema, modelos y políticas económicas no tiene, sin embargo, una aceptación universal.

Así, Arturo Yrarrázabal afirma que *“el sistema económico no debiera ser consagrado constitucionalmente, porque rigidizaría la Constitución. Las políticas económicas más apropiadas dependerán de una serie de variables, que cualquier intento por rigidizar su aplicación puede tener consecuencias bastante negativas para un país (...). Es de interés constatar como las constituciones de los países con sistema centralmente planificado consagran abierta y claramente el sistema económico y lo asocian de inmediato al régimen de propiedad (por ejemplo la Constitución de la República de Cuba dispone, en su artículo 14, que rige en ella el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción, y el artículo 22 garantiza sólo la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posee con justo título y los demás bienes que sirvan para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona)”*.

*“Por el contrario, las constituciones de los países con sistema de mercado son esencialmente flexibles, permitiendo así dar cabida a los distintos modelos de políticas económicas. En cualquier análisis objetivo que se haga de las constituciones de los países con sistema de mercado, se concluirá que incuestionablemente ellas permiten una amplia gama de posibilidades de desarrollo de distintos modelos económicos con sus correspondientes políticas económicas”*³⁶.

En conclusión, como expresa Roberto Guerrero del Río, *“consagrar constitucionalmente un determinado sistema económico no haría sino debilitar el propio sistema constitucional, ya que cada vez que se modificaran o alteraran las variables que permitan tomar determinadas medidas económicas, sería necesario reformar la Constitución. Por el contrario, el establecimiento de ciertas normas relativas a la institucionalidad económica dentro del contexto del modelo político y social de la organización política del país, resulta de la más alta conveniencia, pues permite que la conducta de los individuos y del Estado en el campo económico esté regulada por normas del más elevado rango en la estructura jurídica”*³⁷.

Lo recién señalado también es aplicable a Chile toda vez que la Constitución de 1980, en sus bases económicas, es flexible y permite la aplicación de modelos y políticas económicas diversas.

Por último, es interesante mencionar que, conceptualmente hablando, el sistema de mercado se caracteriza por las siguientes funciones del Estado en la economía:

³⁶ YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ob. cit. p. 99.

³⁷ GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO, *Orden Público Económico*, en 20 años de la Constitución Chilena, Universidad Finis Terrae, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001, p. 308.

1. Diseño y aplicación de políticas económicas.
2. Estado regulador de la actividad económica, especialmente en aquellos sectores donde el interés jurídico comprometido es mayor.
3. Planificación imperativa para el sector público e indicativa para el sector privado.
4. Estado empresario excepcional.
5. Fomento a la competencia.
6. Redistribución del ingreso.

En todo caso, es un problema difícil y discutible el determinar hasta dónde una Constitución puede legítimamente desarrollar su opción económica sin afectar la esencia de la idea de Constitución Política.

Arturo Fernandois señala como ejemplos de las bases del sistema económico, entendidas como aquellas definiciones centrales en temas económicos que podría contener una Constitución, sin afectar su esencia, las siguientes:

1. Las potestades regulatorias e intervencionistas del Estado en la economía y la forma en que se ejercen y revisan.
2. El tema del Estado empresario y su relación con el individuo.
3. Las garantías económicas del ciudadano.

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que hoy existe la Constitución Económica y, por lo tanto, también el Derecho Constitucional Económico. Este último es definido por el profesor Fernandois como *“el conjunto de normas y principios que, recogidos en la Constitución, tienen efecto patrimonial sea para el Estado, para los individuos o para ambos”*³⁸.

Esta rama del derecho público consolida su identidad propia al tiempo que las leyes fundamentales de los estados comenzaron a incorporar, además de disposiciones orgánicas sobre la actuación económica del estado, garantías destinadas a proteger la iniciativa económica y el consiguiente patrimonio de los ciudadanos.

En cuanto a la Constitución Económica, Viciano la entiende formada por *“aquellos preceptos –o principios inmanentes– fundamentales de los que deriva la estructura y funcionamiento de la actividad económica”*. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Español definió la Constitución Económica como el *“grupo de normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica”*³⁹.

³⁸ FERNANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., p. 21.

³⁹ Conceptos citados por FERNANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., p. 22.

El concepto de Constitución Económica tiene su origen en Europa y el constitucionalismo económico surge fuertemente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, en que las constituciones dejan de tener un contenido meramente político y aparecen insertos en ellas preceptos de naturaleza social y económicos. De este modo el constitucionalismo y la economía se aproximan con decisión, Esto se puede apreciar también en Chile, especialmente a partir de la Constitución de 1980, en la cual se hallan incorporadas las garantías económicas fundamentales. Hoy es claro que el orden económico está consagrado a nivel constitucional.

En todo caso, la Constitución de 1980 no constitucionaliza un sistema económico determinado de modo expreso y rígido, y por lo tanto, mantiene la flexibilidad necesaria para el buen desarrollo económico del país. Salvo determinados preceptos específicos en materia de disciplina fiscal o política monetaria, lo que hizo la Carta Fundamental fue integrar en su listado, materias económicas fundamentales para completar el cuadro valórico básico por el que opta, fundado en la tantas veces mencionada libertad del hombre y su primacía por sobre el Estado. Luego, la formulación de los pilares económicos fundamentales en la Constitución, es una consecuencia derivada de los principios inspiradores reconocidos por el propio constituyente ya en el capítulo I de la Carta Fundamental: de las “Bases de la Institucionalidad”.

2.2. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

2.2.1. CONCEPTO E HISTORIA

El concepto de Orden Público Económico ha sido ampliamente debatido por nuestra doctrina y jurisprudencia y ha sufrido variaciones importantes, no existiendo un consenso absoluto en cuanto a su definición y contenido, ni en cuanto a su naturaleza jurídica. El Orden Público Económico nació como un aspecto más del Orden Público Civil y modernamente ha sido desarrollado como un concepto de naturaleza económica, autónomo y distinto del tradicional del derecho privado. En Chile, sobretodo a partir de 1980, la doctrina mayoritaria identifica, como piedra angular del Derecho Constitucional Económico, la noción de Orden Público Económico⁴⁰.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución lo contextualizó como *“el conjunto de normas fundamentales destinadas a regular la acción del*

⁴⁰ Ver al respecto CEA EGAÑA, *Tratado... y Derecho...* T. II, y FERNANDOIS VÖHRINGER, ob. cit.

*Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común*⁴¹.

El OPE en su concepción tradicional nace a mediados del siglo XX, como una reacción, principalmente al liberalismo clásico del siglo XIX. El origen de esta concepción se encuentra en la aproximación de George Ripert que, en su obra *Le Régime Démocratique* (1936), señala que el Orden Público Económico tiene la función de poner freno a la competencia, “sustituyendo la anarquía resultante de la libertad, por una organización del mercado (...). Junto a la organización política del Estado, hay una organización económica tan obligatoria como la anterior. Existe, en consecuencia, un Orden Público Económico”⁴².

Gerard Farjat, en su obra *Droit Economique* (1971), define por primera vez el Orden Público Económico como “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”⁴³. Este autor, según comenta Arturo Fermandois, “construye su modelo de Orden Público Económico sobre la base de agregar al concepto civil de Orden Público, entendido como el conjunto de principios fundamentales sobre los que reposa la sociedad, otros elementos que van más allá de la mera prohibición. Así, le agrega a la función prohibitiva, para efectos económicos, un papel organizativo e interventor, desempeñado por el Orden Público Económico de Dirección y de Protección. En éste, se incorporan las medidas de la política económica desplegada por la autoridad, y las medidas de protección tendientes a equiparar la actividad contractual en la que exista un desequilibrio económico entre los contratantes”⁴⁴.

En general, nuestra doctrina nacional anterior a 1980, siguió a la doctrina francesa tradicional, con tendencia dirigista, en que la función principal del Orden Público Económico era limitar la autonomía de la voluntad particular. Luego de 1980, aunque no en forma categórica, se produce una variación en el concepto y contenido del Orden Público Económico.

Uno de los conceptos más difundidos es el propuesto en 1978 por el profesor Cea Egaña, quien define el Orden Público Económico como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad

⁴¹ Informe CENC de 16.08.1978.

⁴² Citado por AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR MANUEL, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1988, p. 194.

⁴³ Citado por YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ob. cit., p. 100.

⁴⁴ FERMANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., p. 42.

nacional formulados en la Constitución”⁴⁵. Señala además el autor, que “*el concepto en estudio no es sólo de índole constitucional ni se agota en la Ley Fundamental. Aunque es cierto que en este nivel se torna necesario centrar los criterios esenciales conforme a los cuales se dicten las reglas y decisiones complementarias pertinentes, fuerza es tener conciencia de que el Orden Público Económico comprende el conjunto de principios, normas y medidas jurídicas, en sus diversas jerarquías y especies, dirigido a organizar y regular ese aspecto de la convivencia humana, incluyendo la dirección, promoción y control de él, tanto como la penalidad de las transgresiones*”⁴⁶.

Víctor Avilés Hernández critica el concepto del profesor Cea Egaña por “*centrarse en el aspecto regulador de la economía, por que lo adscribe a sistemas intervencionistas, dejando fuera su vigencia en sistemas más liberales o mixtos*”⁴⁷.

Sergio Diez Urzúa, quien fuera miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y uno de los primeros en plantear la idea de incorporar a la nueva Constitución principios básicos relativos al sistema económico y en utilizar el término Orden Público Económico, lo ha definido como “*el conjunto de normas marco o generales contenidas en la Constitución Política, que regulan los derechos y libertades de orden económico de las personas, la actividad económica del Estado y las relaciones de carácter económico entre ellos*”⁴⁸.

Roberto Guerrero del Río, por su parte, lo define como “*el conjunto de principios generales que deben regir la acción de las autoridades y su relación con las personas en materia económica, así como definir el ámbito de decisiones, funciones y responsabilidades de las autoridades, entes intermedios e individuos en materia económica*”⁴⁹.

Víctor Avilés Hernández define el OPE como “*la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica –públicos y privados–*

⁴⁵ Este concepto ha sido ampliamente recogido, además del TC, por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que “*el concepto de Orden Público Económico, como conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla, debe ser entendido en un sentido amplio, de tal manera que la expresión normas legales debe comprender las normas emitidas por la autoridad potestativa del órgano administrativo del Estado*” (en Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 89, 2ª parte, sección 5ª, considerandos 2º y 7º) (ver también, en entre muchas otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 26.01.96, en Gaceta Jurídica N° 177).

⁴⁶ CEA EGAÑA, *Tratado...*, p. 158.

⁴⁷ AVILÉS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 195.

⁴⁸ DIEZ URZÚA, *Personas y Valores, su Protección Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, p. 182.

⁴⁹ GUERRERO DEL RÍO, ob. cit., p. 313.

*que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre”. Luego menciona que “éste es un concepto situacional, prejurídico, aplicable a economías con énfasis estatistas o liberales diferentes, aunque preferentemente sólo dentro de un contexto de democracia que haga eco de las valoraciones sociales”*⁵⁰.

Finalmente, Arturo Ferandois señala que el Orden Público Económico *“es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”*⁵¹.

Destacable del concepto del profesor Ferandois, es que también se desliga de la norma jurídica en sí misma y tiene un contenido más filosófico. Este autor señala que *“el concepto de Orden Público Económico extrae su naturaleza del concepto filosófico de orden, como la adecuada disposición de las cosas hacia su fin. Luego, el Orden Público Económico no es un conjunto de leyes, de contratos, ni mucho menos de regulaciones administrativas, cuya misión sea organizar la economía. Tampoco puede ser un grupo de medidas de autoridad en cuanto dirigen la política económica”*⁵².

Concordamos con lo señalado por don Arturo Ferandois, puesto que estimamos que el OPE debe tener por finalidad la protección de las garantías económicas, independientemente de la contingencia, y debe basarse en valores permanentes, que deben ser recogidos en la Constitución como norma suprema que ésta es, para, de este modo, orientar el comportamiento de todos los agentes económicos. Y, tanto las leyes como las regulaciones administrativas, deben respetar las garantías económicas contenidas en aquélla.

Asimismo, destacamos la opción libertaria expuesta por el profesor Ferandois, al expresar que el Orden Público Económico es un *“adecuado modo de relación (...) que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible (...), el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica”*, con lo cual reafirma lo que hemos expuesto en cuanto a la primacía de la persona humana por sobre el Estado y que éste esta al servicio de aquélla. Otro aspecto destacable de esta definición, es la mención expresa a la subsidiariedad del Estado, como requisito para asegurar el respeto a las garantías individuales de contenido económico.

⁵⁰ AVILÉS HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 218.

⁵¹ FERMANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., p. 57.

⁵² Ibídem, p. 57.

Por último, este concepto tiene un contenido teleológico, al indicar una meta al Orden Público Económico, cual es el bien común y la plena realización de la persona humana, mediante la contribución económica de los diversos agentes.

Por su parte, los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, en relación con las dos garantías objeto de estudio en este trabajo, consagradas en los N^{os} 21 y 22 del art.19 CPR, señalan que *“contienen estos dos numerales principios que se ha estimado integran el concepto ‘orden publico económico’, y que, por lo menos en forma sistematizada, no aparecían en el texto constitucional anterior.*

El orden público económico, representa, en términos amplios, el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas.

(...) Son numerosos los principios y normas de la Constitución de 1980 con incidencia directa o indirecta en aspectos económicos. En primer lugar, cuando asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, la libertad para adquirirlos, las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social (...). En segundo lugar, al fijar el marco jurídico básico en que se desenvuelve la gestión económica de los individuos, de los grupos intermedios y del Estado para la consecución del bien común, con la igualdad de oportunidades, la que se reconoce a los sujetos de la economía, a quienes, además, se les asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución (...). En tercer lugar, el catálogo se refiere al rol, las potestades, obligaciones y prohibiciones del Estado en la economía, tales como la igual repartición de los tributos, la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, el régimen de beneficios, franquicias y gravámenes (...). Además de toda la normativa que tiene incidencia en la conducción económica y financiera del Estado: la Ley de Presupuestos, materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la Republica (...). Por último, encontramos los principios y reglas sobre la organización institucional encargada de llevar a cabo las funciones públicas en el área económica: (...) Banco Central, Contraloría General de la Republica (...)”⁵³.

Agregan los autores que *“El ‘orden público económico’ debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros. (...) Obviamente, después de haber consagrado el constituyente la libertad personal (art.19, N° 7°) y la libertad de trabajo (art. 19, N° 16), resultaba*

⁵³ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, Y OTROS, ob. cit., p. 296.

innecesario asegurar el derecho ‘a desarrollar cualquier actividad económica...’ No obstante, se estimó conveniente enfatizar este derecho para precaver cualquier obstáculo, y a fin, además, de impedir que en el futuro se pudiese perturbar o interferir arbitrariamente toda actividad económica que no fuere contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. Por otra parte, se consideró que esta manifestación del derecho de libertad venía a ser una complementación del principio de subsidiariedad”⁵⁴.

2.2.2. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC en diversas sentencias ha reconocido la existencia del Orden Público Económico en el sistema constitucional chileno. Así, ha explicitado que “los preceptos constitucionales de los numerales 21° y 22° del artículo 19 (...) forman parte del denominado ‘orden público económico’, que si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo. Sobre él este Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores”, agregando que “en efecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal se refirió al orden público económico, señalando que estimaba pertinente al respecto ‘invocar nuevamente la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como ‘el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del orden público económico, en cuanto lo define como el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, como se señalara en el Rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas...” (Rol 546, Capítulo I, considerando 8)” (STC Rol N° 1144-08-INA, de 23 de diciembre de 2008. Caso “Códigos Editorial Jurídica de Chile”, C°s 65° y 66°)⁵⁵.

⁵⁴ Ibídem, p. 297.

⁵⁵ En la sentencia Rol N° 207, de 10 de febrero de 1995, el TC señaló (C° 72): “a su vez el Profesor José Luis Cea Egaña, al tratar del orden público económico, indica que es éste el

En otra sentencia, el TC señaló que *“debe precisarse que una de las normas constitucionales que, con mayor nitidez, contribuyen a la conformación del denominado ‘orden público económico’, cuya totalidad fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo, es el N° 21 del artículo 19 de la Constitución, que asegura el derecho a la libertad económica o libre empresa. Sobre este derecho el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas oportunidades, precisando su sentido y alcance, destacándose la sentencia recaída en el Rol 226, que en su considerando 43) ha señalado lo siguiente: ‘Que, como lo ha expresado este Tribunal (Roles N° 146 y N° 167), el ejercicio del derecho fundamental que reconoce y asegura el referido N° 21 del artículo 19 citado, ha de realizarse sin contravenir la moral, el orden público o la seguridad nacional ‘respetando las normas legales que las regulen’ (inciso primero), es decir las normas que el legislador –y sólo el legislador– dicte al efecto, pero en caso alguno éste puede, bajo pretexto de regular una actividad económica, llegar a impedir su libre ejercicio”* (STC Rol N° 546-06-INA, de 17 de noviembre de 2006. Caso “Solve et Repete”, C° 10°).

En cuanto a la regulación legal de las actividades económicas, y la no alteración de la garantías y derechos constitucionales en su esencia, con motivo de su regulación y limitaciones legales (art. 19, N° 26°, CPR), destaca también la jurisprudencia del TC que ha consignado: *“Que la Constitución autoriza, en ciertos casos, que el legislador regule, complemente o limite el ejercicio de los derechos fundamentales, motivo por el cual esta Magistratura se ha preocupado de precisar el límite que la Carta Fundamental tolera, tratándose de la regulación o limitación de un derecho fundamental. ‘De la propia jurisprudencia constitucional se extrae que se ‘impide su libre ejercicio’ cuando el legislador entraña un derecho ‘más de lo razonable’ o lo hace en forma ‘imprudente’. El Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo ‘en forma prudente y dentro de latitudes razonables.’ (considerando 28°, Rol N° 280). ‘Siguiendo nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, en-*

conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución. (...) El Orden Público Económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas, y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”.

Esta misma doctrina ha sido recogida en otras sentencias del TC, como por ejemplo, en la STC Rol N° 811-07-INA, de 31 de enero de 2008. Caso “Ocean Front”, C° 11°.

contrarse señaladas de forma precisa por la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento en que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47°). ‘El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente, debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular. Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación.’ (Rol N° 280, Considerando 29°)” (STC Rol N° 546-06-INA, de 17 de noviembre de 2006. Caso “Solve et Repete”, C° 12°).

2.2.3. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El anteproyecto constitucional, de 10 de noviembre de 1977⁵⁶, ilustra cómo se plasmaría posteriormente en la Carta Fundamental de 1980 el principio de subsidiariedad y las bases constitucionales económicas fundamentales que determinan la existencia de los derechos fundamentales al emprendimiento y a la igualdad de trato del Estado que son objeto del presente trabajo.

Así, en la parte general del anteproyecto, en relación a los “*fundamentos y principios del nuevo régimen político institucional*”, se señala que éste “*descansa en la concepción humanista del hombre y de la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana a la que pertenecemos, y según la cual los derechos del ser son anteriores y superiores al Estado, el que tiene el deber de darles segura y eficaz protección. Por otra parte y más allá de cualquier concepción doctrinaria, resulta innegable que la identidad de nuestro ser nacional es inseparable de la vigencia de una sociedad libre*” (p. 11).

Se agrega que dentro de los “*valores y principios que constituyen bases esenciales de la institucionalidad chilena*” y que se agregarán al preámbulo de la Carta Fundamental se encuentran, entre otros:

⁵⁶ “Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos”, elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

- “La dignidad del ser (...).
- La libertad de la que fue dotado y que tiene por finalidad permitirle defender la inviolabilidad de su propia conciencia y decidir su propio destino y que, por lo mismo, debe respetar el igual derecho de los demás (...).
- El principio de Estado de Derecho, considerado como orden jurídico objetivo e impersonal, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.
- El respeto a la autonomía de los cuerpos intermedios entre el hombre y el Estado, que es expresión del **principio de subsidiariedad** y que representa la clave de una sociedad auténticamente libre, ya que un Estado que interviene más allá de aquellas funciones que le son propias o que por razones de interés general o de seguridad deben serle confiadas, puede asfixiar la libertad del hombre y su iniciativa creadora” (pp. 12 y 13).

En lo relativo al **Orden Público Económico**, luego de hacer referencia a la “demagogia política que imperara en Chile en los últimos años” y al “colapso que sufriera la Nación en los años 70 a 73”, se consigna que “consecuencia de esta demagogia fue la estatización cada vez mayor del país y con ello el aumento considerable del gasto público (...). La iniciativa privada fue reduciéndose cada vez más (...). De esta manera el Estado fue creciendo desmesuradamente al asumir una serie de actividades que, dentro del correcto y sano principio de subsidiariedad, debían ser del resorte de los particulares” (p. 27). Se agrega que “la estatización condujo, además, a un régimen de discriminaciones injustas, esencialmente en materia económica y que se reflejó en fijaciones arbitrarias de precios, aranceles diferenciados de importación, subsidios, la necesidad de obtener autorizaciones especiales para iniciar cualquier actividad económica, etc., todo lo cual influyó en nuestra baja tasa de desarrollo, a más de que significaba una violación manifiesta del principio de igualdad ante la ley” (p. 28). En seguida, se indica que “las consideraciones anteriores han llevado a la Comisión a la convicción de que en el nuevo ordenamiento jurídico tenemos el deber de contemplar algunas normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común” (p. 29). A continuación, se precisa que “la naturaleza y variedad de las materias que comprende el orden público económico exige que los preceptos correspondientes se contengan al tratar de cada una de ellas, razón por la cual no se han agrupado en un solo capítulo del anteproyecto. Muchas de estas normas dicen relación con el principio de la subsidiariedad del Estado (...), algunas estarán insertas en las garantías constitucionales, como la libre iniciativa para desarrollar cualquiera actividad económica y la igualdad en el trato que las personas deben recibir de parte del Estado y sus organismos, el derecho de propiedad para adquirir cualquier clase de bienes, el derecho de propiedad en sus diversas especies, el derecho al trabajo; y otras se consagrarán en el capítulo relativo a las materias propias de

ley, especialmente aquellas que dicen relación con el gasto público y el endeudamiento del Estado y sus organismos y empresas. Finalmente, un capítulo especial dará jerarquía constitucional al Banco Central de Chile, como órgano autónomo, encargado de la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria, que tanta trascendencia tiene para el desarrollo del país” (p. 29).

Posteriormente, se establece que *“las disposiciones fundamentales que en esta materia contiene el anteproyecto son las siguientes:*

- a. En relación con la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado, se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así.*

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

- b. Con respecto al principio de igualdad ante la ley, el anteproyecto contempla, también, un nuevo derecho constitucional, que es una especificación de este principio, y que tiene por finalidad asegurar a todas las personas la igualdad en el trato del Estado y sus organismos en materia económica.*

Al efecto se dispone que sólo en virtud de una ley con quórum calificado y siempre que no signifique una discriminación arbitraria, se podrá autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes que les afecten. En caso de autorizarse franquicias o beneficios indirectos, se dispone que la estimación del costo de estos deberá acompañarse anualmente en la ley de presupuestos, a fin de que sea conocida por el país” (pp. 29 y 30).

2.2.4. LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Y EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

A partir del 11 de septiembre de 1973, se instauró en Chile un régimen de facto, en el cual el mando supremo de la Nación quedó radicado en una Junta de Gobierno. Esta última cumplió funciones de Poder Constituyente y Legislativo, distribuido entre los cuatro miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden, mientras que el Poder Ejecutivo quedó reservado al Presidente de la República. Atendida la grave crisis económica y política por la que atravesaba el país, una de las primeras y más importantes tareas del régimen militar, fue la elaboración y dictación de una nueva Constitución Política, junto con la restauración de la institucionalidad quebrantada.

El 12 de noviembre de 1973, por decreto supremo del Ministerio de Justicia N° 1046, el presidente de la Junta de Gobierno creó una comisión cuya misión fue estudiar, elaborar y proponer el anteproyecto de una nueva Constitución Política y sus leyes complementarias. El 11 de marzo de 1974 tuvo lugar la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, a través de la cual, el compromiso de dictar una nueva Carta Fundamental cobró carácter oficial. En esta declaración se afirmó que *“el hombre tiene derechos naturales anteriores y superiores al Estado; que éste último debe hallarse al servicio de la persona y no al revés; que el fin del Estado es el bien común, el cual exige respetar el principio de subsidiariedad; y que el respeto de este principio supone la aceptación del derecho de propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico”*⁵⁷.

En la génesis de la Constitución de 1980 se distinguen tres etapas:

1. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, creada en 1973, también conocida como Comisión Ortúzar (nombre de su presidente Enrique Ortúzar Escobar). Esta Comisión funcionó hasta octubre de 1978 en que estuvo terminado el anteproyecto, el cual fue determinante para el texto constitucional definitivo.
2. El Consejo de Estado, órgano consultivo, dedicado al estudio del anteproyecto entre enero de 1978 y julio de 1980. El Consejo elaboró el proyecto de la nueva Constitución, basado en el anteproyecto con ciertas enmiendas.
3. La Junta de Gobierno, el Presidente de la República y los ministros de las carteras más importantes, en forma paralela al estudio del anteproyecto por el Consejo de Estado, estudiaron el proyecto desde marzo de 1980 hasta agosto del mismo año. El 10 de agosto el General Pinochet anunció que la Junta de Gobierno, en el ejercicio de la potestad constituyente, había aprobado la nueva Constitución, y que convocaba a plebiscito para el día 11 de septiembre con el objeto de que la ciudadanía ratificara el nuevo Código Político. Como resultado, el 67,04% de la población votó afirmativamente, el 30,19% se pronunció por el rechazo y hubo un 2,77% de votos nulos⁵⁸. La Constitución fue promulgada el 21 de octubre de 1980 y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981.

En cuanto a las características más importantes de la Constitución de 1980, en su aspecto sustantivo (omitiremos un pronunciamiento for-

⁵⁷ Texto extraído de CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Ed. Univ. Católica de Chile, T. I, Santiago, 2002, p. 87.

⁵⁸ *Ibídem*, p. 91.

mal), apreciamos un fuerte contenido valórico, resaltando la dignidad de la persona humana y sus derechos connaturales o innatos. También se resguarda la seguridad nacional, el bien común y la separación de lo político y lo social. Además se deduce en forma importante el principio de subsidiariedad del Estado, reconocido como base institucional y concretado principalmente en el ámbito de la gestión empresarial. Se establece un carácter servicial del Estado hacia la persona individual. Por último, se reconoce la autonomía de las organizaciones sociales o instituciones privadas frente al gobierno.

La Constitución de 1980 contiene un catálogo de garantías y derechos muy detallista. En este listado se contienen garantías que quizás podrían ser omitidas por estar incluidas en otras o por ser parte del núcleo constitucional, como aquellas que son manifestaciones de la libertad o la igualdad. Sin embargo, no hay que dejar de reconocer nuestra realidad histórica y nuestro gran apego a los textos escritos y en este sentido, el artículo 19° de la Constitución no deja de constituir un gran avance al zanjar ciertas dudas que existían con anterioridad a su vigencia, en cuanto a la protección constitucional de ciertos derechos. Además nuestro modelo ha sido copiado por otras constituciones latinoamericanas como por ejemplo la del Perú, en lo que se refiere al Orden Público Económico.

La Carta Fundamental de 1980 reconoce e innova, en relación a la de 1925, en las siguientes materias:

- Derecho al respeto y protección de la vida privada y pública, así como a la honra de la persona y su familia (artículo 19, N° 4).
- Derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19, N° 5).
- Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19, N° 8).
- Libertad de emitir opinión e informar sin censura previa (artículo 19, N° 12).
- Libertad de afiliarse y desafiliarse de cualquiera asociación (artículo 19, N° 16).
- Derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19, N° 21).
- Derecho a no ser discriminado arbitrariamente por el Estado en materia económica. La ley puede autorizar determinados beneficios o gravámenes siempre que no signifiquen tal discriminación (artículo 19, N° 22).

- Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo ciertas excepciones (artículo 19, N° 23).
- Garantía de la no afectación de los derechos en su esencia (artículo 19, N° 26).

Por otra parte, la Constitución de 1980 explicita ciertos derechos que sólo estaban contemplados implícitamente en la Constitución de 1925, o bien, amplía el ámbito de éstos. Así por ejemplo:

- Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer (artículo 19, N° 1).
- Igualdad ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (artículo 19, N° 2).
- La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. El derecho a un proceso previo y legalmente tramitado. Garantía de un procedimiento e investigación racionales y justos (artículo 19, N° 3).
- Derecho a la seguridad individual, complementario de la libertad ambulatoria (artículo 19, N° 7).
- Derecho a la protección de la salud y al libre e igualitario acceso a ella (artículo 19, N° 9).
- Derecho a la educación. Promoción de la educación parvularia. Educación básica obligatoria financiada por el Estado (artículo 19, N° 10).
- Libertad de trabajo y su protección. No discriminación por causa diversa a la capacidad o idoneidad personal. Derecho a la negociación colectiva (artículo 19, N° 16).

Se puede apreciar, por lo tanto, la existencia de numerosos preceptos nuevos en la Constitución de 1980, destacando aquellos que integran el Orden Público Económico, que van –en lo sustancial– desde el numeral 20° al 26° del artículo 19⁵⁹ (respectivamente: igualdad de tributos y cargas públicas; derecho a desarrollar actividades económicas; prohibición de discriminación en materia económica; libertad para adquirir bienes; derecho de propiedad; propiedad intelectual o industrial; prohibición de afectar los derechos constitucionales en su esencia), sin perjuicio de

⁵⁹ En doctrina es prácticamente indubitado que estos numerales del artículo 19 de la Constitución contienen normas propias de Orden Público Económico. En este sentido vid, entre muchos otros citados en el presente trabajo, CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, *Derechos, Deberes, Garantías*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004; y NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, y GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO, *Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año 4, N° 4, 1996, pp. 7-21.

otros numerales conexos a ellos, como por ejemplo el 16° en torno a la libertad de trabajo y el 19° a propósito de las organizaciones sindicales.

Además en materia de Orden Público Económico, hay variadas normas fuera del artículo 19, que forman parte de aquél, como por ejemplo ciertos numerales del artículo 63 relativo a las materias de ley, artículo 65 en lo relativo a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en la formación de la ley, artículo 67 sobre proyecto de ley de presupuestos, y los artículos 108 y siguientes sobre el Banco Central.

Al hacer una breve síntesis histórica, hay que señalar que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución planteó la conveniencia de incorporar a la nueva Constitución normas que dijieran relación con la institucionalidad económica. A este conjunto de normas se les denominó Orden Público Económico y aunque la Comisión tuvo el propósito inicial de destinar un capítulo de la Constitución a este tema, esta idea fue en definitiva abandonada, pues se consideró que se corría el peligro de consagrar con jerarquía constitucional una determinada política económica, de modo que habría sido necesario reformar la Constitución cada vez que se quisiera modificar aquellas políticas, lo cual habría debilitado y rigidizado el sistema constitucional, y esto claramente no era lo que perseguía el Constituyente. Pero, por el contrario, el establecimiento de ciertas normas relativas a la institucionalidad económica, dentro del contexto del modelo político y social de la época, era de alta conveniencia para conjugar la actividad económica de los individuos, grupos intermedios y el Estado, estableciendo principios fundamentales como la libertad económica, la no discriminación económica y otros que mencionaremos a continuación.

Esto explica que las normas relativas al Orden Público Económico se encuentren dispersas en nuestra Constitución Política, lo cual no quita su absoluta vigencia y aplicación.

Finalmente, en materia de recursos, la nueva Constitución avanza con respecto a la anterior, fundamentalmente a través de la creación del Recurso de Protección, el cual permite que las garantías reconocidas en los numerales del artículo 19 que indica artículo 20 tengan vigencia y aplicación práctica y no sean una mera declaración dogmática. Así, en lo relativo al Orden Público Económico están comprendidas en el recurso las garantías de los numerales 21°, 22°, 23°, 24° y 25° del artículo 19 de la Constitución.

Además se introduce el recurso del artículo 12 en relación a la pérdida o recuperación de la nacionalidad y se amplía el Recurso de Amparo (artículo 21) y, en cuanto al Requerimiento de Inaplicabilidad, originalmente de competencia de la Corte Suprema, no puede dejar de men-

cionarse la relevante reforma constitucional de 2005, que traspasó su conocimiento y fallo al Tribunal Constitucional, transformando al TC en el principal órgano jurisdiccional a cargo del resguardo de la supremacía constitucional⁶⁰.

Finalmente, aunque no fue creación directa de la Constitución de 1980, cabe destacar la creación, por la Ley N° 18.971 (Diario Oficial de 10 de marzo de 1990) del Recurso de Amparo Económico. Este último, tiene por objeto exclusivo la protección de toda vulneración al artículo 19 N° 21 de la Constitución, norma que garantiza la libertad para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

No podemos concluir esta parte sin hacer presente que existen algunos autores chilenos que cuestionan la existencia del Orden Público Económico en la Constitución Política, llegando a sostener que este es un concepto “absurdo”, “inútil”, “ambiguo”, “equivoco” o “indeterminado”⁶¹. Sin embargo, estimamos indubitada la existencia de un Orden Público Económico en la Constitución de 1980, cuyo concepto es bastante claro. Esta conclusión se desprende tanto de la historia fidedigna del establecimiento de la Carta Fundamental de 1980, como de lo expuesto por la doctrina mayoritaria existente en el país, y –como se confirmará en este trabajo– así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional chileno durante los más de 30 años de jurisprudencia que analizaremos (1980-2012).

Estimamos, junto con la doctrina mayoritaria, que, a todo evento, el OPE forma parte de la Constitución material. En efecto, creemos que

⁶⁰ Al pasar a ser el TC el encargado de resolver los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, pasó de tener un ingreso anual inferior a 50 causas (años 1981 a 2005), a tener el año 2006 ingresos por 236 causas, de las cuales 206 correspondieron a inaplicabilidades, transformándose esta atribución del art. 93, N° 6, CPR, en su principal labor jurisdiccional, cuestión que las estadísticas confirman hasta el día de hoy (año 2007: 320 ingresos, de los cuales 286 fueron inaplicabilidades; año 2008: 376 ingresos, de los cuales 235 fueron inaplicabilidades; año 2009: 289 ingresos, de los cuales 242 fueron inaplicabilidades; año 2010: 304 ingresos, de los cuales 259 fueron inaplicabilidades).

Estas cifras han sido extraídas de las cuentas públicas anuales del TC, que se encuentran publicadas en el sitio web institucional: www.tcchile.cl

⁶¹ En este sentido ver, entre otros, RUIZ-TAGLE, PABLO, *Orden Público Económico, Subsidiariedad y la Alternativa Democrática*, en “La República en Chile, Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano”, LOM Ediciones, Santiago, 2006; STREETER PRIETO, JORGE, *Principios de Derecho Económico: el Paradójico Orden Público Económico*, en Revista de Derecho Económico, N° 60-61, Universidad de Chile, Santiago, 1983; MASBERNAT MUÑOZ, PATRICIO, Y HURTADO CONTRERAS; JOSÉ TOMÁS, *Crítica al Concepto de Orden Público Económico*, en Revista de Derecho Público, N° 66, 2004, Universidad de Chile.

los elementos de interpretación axiológico y teleológico, así como la interpretación armónica de la Carta Fundamental –interpretación sistemática– permiten determinar a ciencia cierta su existencia, así como la consagración del principio de subsidiariedad en la Carta de 1980⁶². No está demás recordar que la Constitución Política no puede ser interpretada en forma literalista y que a ella no le son directamente aplicables las reglas de interpretación que establecen los artículos 19 y ss. del Código Civil, pues ello simplemente podría dejar sin efecto derechos humanos básicos frente al Estado y a las demás personas.

El recurso al espíritu de la Constitución y a la historia de su establecimiento nos llevan a la misma conclusión. Sólo una interpretación literalista, que no se condice en absoluto con principios constitucionales básicos como el de supremacía de la persona humana, el principio pro homine y el de interpretación favorable a los derechos, puede concluir que ni la letra ni el espíritu de la Constitución de 1980 contemplan un OPE, fundado, a su vez, en la vigencia en la misma Carta Fundamental del principio de subsidiariedad.

2.2.5. PRINCIPIOS Y MANIFESTACIONES DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Como ya lo mencionamos, las principales normas que configuran el Orden Público Económico se encuentran consagradas en la Constitución Política de 1980. Del estudio de estas normas se desprenden las diferentes manifestaciones, principios o elementos de aquél, los cuales deben ser interpretados armónicamente. Estos principios son fundamentales ya que determinan el contenido y fin del Orden Público Económico y además son base interpretativa de las normas constitucionales como de toda otra norma de rango inferior, estableciendo así una institucionalidad económica del más alto rango en nuestra Carta Fundamental de 1980.

Estos principios, manifestaciones o elementos son enunciados y reconocidos de distintas maneras por la doctrina, pudiendo agruparse del siguiente modo⁶³:

⁶² Sobre los elementos de interpretación constitucional aludidos, vid, entre otros, VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO, *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 31, LOM Ediciones, Santiago, 2006; y QUINTANA BRAVO, FERNANDO, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

⁶³ Cfr. FERNANDOIS VÖHRINGER, ob. cit.; GUERRERO DEL RÍO, ob. cit.; e YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, ob. cit.

1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: Es un principio rector del Orden Público Económico. En esta parte nos remitimos a lo ya expuesto en el punto 1 de este Capítulo Primero.

2. PRINCIPIO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA: La primacía del hombre por sobre el Estado, fundada en que la sociedad y el Estado existen para la perfección del hombre, hace necesaria la plena libertad de éste desde su nacimiento, en la familia, en la formación de grupos intermedios y en la consecución de todos los fines que se proponga. Este principio está contenido en el artículo 19, número 21, inciso 1°, CPR, que consagra *“el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*. El número 21, nuevo en la Constitución de 1980, constituye una declaración que tiene por objeto evitar todo obstáculo a la libertad económica, y debe ser concordado con el número 7 sobre libertad personal y 16 sobre libertad de trabajo. Este principio de la libertad económica también tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA: El principio general de la igualdad ante la ley, se encuentra contenido fundamentalmente en el artículo 19, número 2, inciso final, CPR, que prescribe: *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”*. Este principio, también debe ser aplicado en el campo económico, en el sentido que el Estado debe asegurar la igualdad de oportunidades para participar en la actividad económica, así como la no discriminación a favor o en contra de una persona o grupo, sin perjuicio del establecimiento de ciertas discriminaciones justas o no arbitrarias en ciertos casos especiales.

Diversas garantías del artículo 19 se fundan en el principio de igualdad, pero en relación al Orden Público Económico la más importante es la contenida en su número 22°.

De este modo, podemos apreciar el bloque fundamental o núcleo básico del Orden Público Económico que viene dado por el principio en comento, acompañado de los dos anteriores, a saber: subsidiariedad-libertad-igualdad.

4. PRINCIPIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: Éste, junto a los anteriores, es un principio de alta trascendencia que da contenido al Orden Público Económico. No es objeto de este trabajo hacer un análisis en detalle de este tema, pero si es menester señalar que la propiedad privada es requisito para lograr la autonomía de los grupos intermedios, reconocida en el artículo 1° de la Constitución. Esto significa que si el hombre, por su primacía sobre el Estado, puede formar cuerpos intermedios con derecho de autogobernarse y desarrollar actividades econó-

micas, lo lógico es que el producto de esa actividad pertenezca a quien la ha desplegado.

El derecho de propiedad está consagrado en el artículo 19, número 23, CPR, que señala “*la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (...)*”. También en el número 24 que consagra “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (...)*”. Por último el número 25 asegura el derecho de propiedad del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, así como la propiedad industrial.

5. PRINCIPIO DE LA JUSTICIA E IGUALDAD ANTE LOS TRIBUTOS: Está contemplado en el artículo 19, número 20, CPR, que exige “*la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas*”. El actual texto constitucional, además, agrega en el inciso segundo la idea de que la ley no puede establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, ya que, si así fuera, se estaría afectando el principio de igualdad y el derecho de propiedad. Además los tributos no pueden ser expropiatorios ni confiscatorios y no pueden ser prohibitivos de la actividad económica, ni deben dificultarla.

6. PRINCIPIO DE LA DISCIPLINA Y LIMITACIÓN DEL GASTO FISCAL: Tomando como referencia la experiencia ocurrida en el sistema político institucional previo a la Constitución de 1980, en que se generó gran inestabilidad en lo económico, junto a la experiencia de los países más desarrollados, el Constituyente hizo presente la necesidad de asegurar la estabilidad micro y macroeconómica del Estado, para lo cual es fundamental el control del gasto público. La idea es evitar que el Estado incurra en exceso de gastos, produciendo inflación e inestabilidad económica.

Algunos ejemplos, no taxativos, de este principio son los siguientes:

- La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de tributos y contratación de empréstitos o celebración de cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado (artículo 65, inciso cuarto, números 1° y 3°, CPR).
- Sólo son materias de ley las que autoricen al Estado, a sus organismos y a las Municipalidades para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda (artículo 63, número 7, CPR).
- Las normas relativas a la Ley de Presupuestos, fundamentalmente el artículo 67 CPR que dispone en sus incisos segundo y cuarto que

“el Congreso Nacional no podrá autorizar ni disminuir la estimación de los ingresos; sólo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente (...). No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto”.

Por su parte el artículo 19 número 22 en su inciso final obliga a incorporar la estimación del costo de los beneficios indirectos en la ley anual de presupuestos.

De este modo, ha quedado excluida la posibilidad de que se introduzcan gastos públicos si no es por medio de una ley y con los demás requisitos que prescribe la Constitución. Además se ha restringido la discrecionalidad administrativa en esta materia, para propender de este modo, a que existan decisiones responsables y que los gastos se encuentren debidamente financiados.

7. PRINCIPIO DE LA POLÍTICA MONETARIA Y CAMBIARIA INDEPENDIENTE: Con el fin de evitar la emisión de moneda manejada o influenciada por consideraciones políticas, así como la inestabilidad económica producida por la excesiva dependencia del gobierno que tenía el Banco Central, lo que también llevó a que en el pasado hubieran grandes endeudamientos del Fisco para con el instituto emisor, se hizo necesario consagrar en la Constitución de 1980 la autonomía e independencia del Banco Central.

Con este objeto se creó el actual Capítulo XIII de la Constitución, cuyo artículo 108 dispone que *“existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional”.*

Este organismo es el encargado de manejar la política monetaria y cambiaria en forma independiente y responsable. La responsabilidad se manifiesta en el artículo 109 que señala que *“el Banco Central sólo podrá efectuar operaciones con instituciones financieras, sean públicas o privadas. De manera alguna podrá otorgar a ellas su garantía, ni adquirir documentos emitidos por el Estado, sus organismos o empresas. Ningún gasto público o préstamo podrá financiarse con créditos directos o indirectos del Banco Central, salvo en caso de guerra exterior o de peligro de ella (...)”.*

8. PRINCIPIO DE LA REVISIÓN JUDICIAL ECONÓMICA: Para hacer realidad los principios enunciados anteriormente se hace necesaria la existencia de mecanismos para recurrir a los tribunales en caso de vulneración de ellos. Estos mecanismos se hacen indispensables y por ello se consideran como parte integrante del Orden Público Económico.

Arturo Fermandois define el principio de la revisión judicial económica como *“aquel que exige a todo ordenamiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales, que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la Constitución”*⁶⁴.

Manifestaciones de este principio están dadas por la instauración del Recurso de Protección en el artículo 20 de la Constitución de 1980, aplicable expresamente a la protección de las garantías constitucionales económicas.

También ampara los principios del Orden Público Económico el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley y el requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto de proyectos de ley, decretos con fuerza de ley o decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Presidente de la República (artículo 93 CPR).

Por último, el Recurso de Amparo Económico creado por la ley número 18.971, ampara exclusivamente el principio de la libertad económica contemplado en el numeral 21° del artículo 19 de la Constitución.

⁶⁴ FERMANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., p. 81.

CAPÍTULO SEGUNDO

1. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1.1. ART. 19, N° 21, DE LA CONSTITUCIÓN

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

21°. 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.

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;”.

1.2. ORIGEN HISTÓRICO. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La idea de incorporar el derecho del número 21° del artículo 19 de la Constitución de 1980, surgió en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, fundamentalmente en aquellas desarrolladas entre junio y julio de 1978, referentes al Orden Público Económico.

A continuación extractaremos los párrafos más importantes de las actas de dichas sesiones, que nos permiten determinar la historia fidedigna del establecimiento de esta garantía⁶⁵.

⁶⁵ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Vol. 11, sesiones 371-417, mayo a octubre de 1978, pp. 2898, 2899, 2901 a 2910, 2920 y 2924.

1.2.1. SESIÓN 388ª, DE 27 DE JUNIO DE 1978

“El señor ORTÚZAR (Presidente) manifiesta que corresponde ocuparse en las materias que deberá contener el anteproyecto de Constitución con relación al Orden Público Económico. Informa que la señora Romo entregó sobre el particular una minuta que dice lo siguiente: 1. Libertad y libre iniciativa para desarrollar las actividades económicas como expresión de la libertad personal. Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad, ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública.

(...) 3. De la limitación del campo de actividades del Estado como consecuencia del principio de subsidiariedad. El Estado no podrá en forma directa, ni indirectamente por medio de empresas de su dominio o dependencia, desarrollar actividades industriales o comerciales, con la excepción de aquellas que expresamente le sean autorizadas por una ley específica. Dicha ley deberá ser aprobada con un quórum especial. El Estado, en su actividad empresarial, recibirá el mismo trato que los particulares, no podrá contratar préstamos con el Banco Central y sus necesidades de financiamiento deberán resolverse mediante los recursos ordinarios de créditos y a través de los canales normales de colocación.

(...) El señor Guerrero, Fiscal del Banco Central, estima importante establecer en la Carta Fundamental los siguientes principios básicos:

1. El de la libertad económica, el cual se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de trabajo o profesional, con las siguientes características: a) Sólo por ley podrá establecerse restricciones a la actividad productiva o comercial y siempre que se trate de regulaciones objetivas de policía, de sanidad, etc. b) libre intercambio comercial, tanto interno como externo, sólo gravados con impuestos o aranceles que en ningún caso deberán alcanzar un monto que los haga prohibitivos. c) las prohibiciones para el comercio, tanto interno como externo, solo podrán establecerse por ley y únicamente por razones de seguridad o de circunstancias muy excepcionales (...).

4. El de la acción subsidiaria del Estado, que para concretarse exige establecer lo siguiente: a) cualquier creación de servicios públicos o de empresa del Estado debe hacerse por ley. b) la participación del Estado, mayoritaria o minoritaria, en la gestión o en la propiedad de las empresas, debe ser autorizada por ley (...).

El señor ORTÚZAR (Presidente) opina que no será posible incluir en un solo Capítulo todas las normas relativas al Orden Público Económico, porque hay muchas que necesariamente estarán insertas a lo largo de todo el texto constitucional —señala el caso de las garantías a los derechos de propiedad y al trabajo—, pero que podrá configurarse una perspectiva al respecto una vez que se estudie el conjunto de disposiciones sugeridas. (...) Señala que la primera idea propuesta en la mi-

nuta que entrego la señora Romo dice relación a la libertad y a la libre iniciativa para desarrollar actividades económicas como expresión de la libertad personal. Manifiesta que el proyecto de preceptiva constitucional habla de que ‘Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad, ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública’. Expresa dudas en cuanto a la necesidad de consagrar esta garantía, porque estaría comprendida, a su juicio, en los términos amplios de la referente a la libertad de trabajo.

La señora ROMO recuerda que en la reunión anterior se analizó la conveniencia de extender expresamente las garantías al aspecto económico, lo que sería una de las innovaciones que se aportan.

(...) El señor BERTELSEN opina 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.

(...) La señora ROMO hace hincapié en que el Estado, mediante disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de las actividades económicas (...). Concuerta, en consecuencia, con la proposición del señor Bertelsen.

El señor GUZMÁN estima indispensable, primero, consagrar en la Carta Fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico, como el medio preferente natural que tiene una comunidad de progresar, desarrollarse; y segundo, preceptuar en forma más explícita el carácter subsidiario de la acción del Estado. (...) A su juicio, el principio de subsidiariedad no se agota con respeto a la autonomía de las sociedades intermedias, sino que exige también que el Estado no incurra en campos susceptibles de ser desarrollados por particulares en forma eficaz y conveniente. Sugiere incluso una referencia más explícita al principio de subsidiariedad en el capítulo I, haciendo hincapié en el contenido y no en el principio mismo. También considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el Capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho a la propiedad privada sobre toda clase de bienes (...). Puntualiza que otra posibilidad para consagrar la libre iniciativa en el campo económico sería la de encabezar el Capítulo relativo al Orden Público Económico con la referencia a que la estructura económico-social del Estado de Chile se afirma en ese pilar fundamental, inamovible y de validez permanente, pues se trata de un principio derivado de la naturaleza humana.

El señor ORTÚZAR (Presidente) concuerda con la idea del señor Guzmán, por estimar que implicaría explicitar garantías que en cierto modo ya consignaban la libre iniciativa en el campo económico. Respecto del planteamiento tendiente a consagrar expresamente la subsidiariedad en el Capítulo I, se declara conforme, pero reconoce la dificultad de llevarlo a cabo, por ser un principio que estará implícito en todo el texto constitucional.

(...) El señor BERTELSEN estima que previamente debe resolverse si se va a establecer o no en la Constitución un Capítulo dedicado al Orden Público Económico. Observa que, en caso positivo, deberá elaborarse una preceptiva ordenada, orgánica, encabezada por los principios básicos que se vayan desarrollando; y que si, en cambio, se establece a través del texto fundamental una serie de nociones congruentes relativas a materias de Orden Público Económico, la tarea de la Comisión será más fácil, por cuanto se limitará a la revisión de ciertas normas constitucionales existentes o a la inclusión de algunas nuevas. Reitera su posición contraria a establecer dicho Capítulo, y recuerda que en un informe elaborado por la Fundación Adolfo Ibáñez antes de incorporarse a la Comisión sostuvo que el Orden Público Económico debe ser el resultado de las disposiciones constitucionales que inciden en la actividad económica, permitiendo que en ésta se desarrolle la libertad humana (...).

El señor ORTÚZAR (Presidente) propone iniciar el estudio de las disposiciones en forma separada. Informa que la primera preceptúa que ‘toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad’. Añade que, en primer lugar, tiene dudas en cuanto a si se trata de cualquier actividad o de cualquier actividad económica, sobre todo si se considera que se estimó necesario ampliar la garantía del derecho al trabajo. Señala que a continuación la norma dice: ‘ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres, el orden y la salubridad pública’. Advierte que deberá resolverse si lo anterior se establece como una garantía constitucional nueva, su ubicación.

El señor BERTELSEN declara que no puede menos que estar de acuerdo con la inclusión de una garantía constitucional tan amplia respecto de la libertad personal. Sin embargo, recuerda que para otro tipo de actividades ya se ha hecho una consagración específica en la Carta Fundamental, por lo que estima indispensable precisar que en este caso se trata de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.

(...) El señor ORTÚZAR (Presidente) dice que, conforme a la enmienda sugerida, la norma quedaría en los siguientes términos: ‘Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o a través de una empresa’, —a su juicio, la expresión ‘que organice o adquiera’ está de más— ‘sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública’.

El señor BERTELSEN propone decir ‘la libertad para desarrollar actividades económicas, sea en forma personal o a través de empresas’.

El señor ORTÚZAR (Presidente) (...) indica que la disposición diría: ‘Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad económica, sea en forma individual o asociada, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública’.

El señor BERTELSEN prefiere que en el encabezamiento de la garantía se diga ‘la libertad para...’, en lugar de ‘el derecho para...’, lo cual, en su concepto, de mayor amplitud a la disposición y la deja congruente con las que se refieren a la ‘libertad de trabajo’, a ‘la libertad de enseñanza’, etcétera.

El señor ORTÚZAR (Presidente) (...) la primera parte de la disposición queda aprobada en los siguientes términos: ‘La libertad para desarrollar cualquier actividad económica, sea en forma individual o asociada’.

(...) Somete a debate la segunda parte del precepto que reza así: ‘...sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública’.

El señor CARMONA advierte que las expresiones ‘moral’ y ‘buenas costumbres’ son prácticamente sinónimas.

El señor GUZMÁN recuerda que, en general, la Comisión ha evitado la referencia a las ‘buenas costumbres’, manteniendo únicamente la mención de la ‘moral’, en la mayor parte de las garantías constitucionales.

–Se acuerda suprimir los términos ‘las buenas costumbres’.

(...) Se aprueba el inciso en los siguientes términos: ‘Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice’”.

1.2.2. SESIÓN 389ª, DE 27 DE JUNIO DE 1978

“Se acuerda incorporar entre las Garantías Constitucionales, inmediatamente antes de la libertad para adquirir el dominio y del derecho de propiedad, la norma siguiente: ‘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 lo declare así. Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley así lo autorice, la que requerirá de una quórum especial’”.

1.3. SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 19, N° 21, DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA

No está demás partir este acápite con una cita al profesor español Luis María Díez-Picazo, quien enseña que *“el valor o bien jurídico protegido por la libertad de empresa [consagrada en el art. 38 de la Constitución Española] es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado y, en definitiva, de una sociedad abierta. Las actividades de producción y distribución de bienes o servicios están, así, constitucionalmente abiertas a los particulares. Desde un punto de vista histórico, la libertad de empresa se afirmó en polémica con los postulados económicos del Antiguo Régimen, que se condensaban en el mercantilismo —el cual no era sino una doctrina de dirigismo estatal— y en la necesidad de pertenecer al gremio o corporación correspondiente para poder ejercer la mayoría de las actividades productivas. La libertad de empresa es, por tanto, la versión contemporánea de lo que los primeros liberales reclamaban bajo la denominación de ‘libertad de industria y comercio’. Es significativo que la famosa expresión ‘laissez faire’ fuera originariamente lo que, según se cuenta, los comerciantes franceses pidieron a Colbert, el célebre ministro de Luis XIV, cuando les preguntó qué podía hacer por ellos. Dicho esto, hay que añadir que la libertad de empresa también ha chocado frontalmente con los fundamentos mismos del comunismo hasta su colapso en 1989, así como con la teoría y práctica de los regímenes intervencionistas y corporativistas de toda índole”*⁶⁶.

En Chile, Enrique Evans de la Cuadra nos explica que *“la Constitución de 1925 consagraba la libertad de trabajo lo que (...) también hace la de 1980. Pero ésta quiso, además, y de manera muy específica, asegurar el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, sólo con las limitaciones que luego veremos. Para estudiar la significación jurídica y la trascendencia práctica de este precepto [art. 19, N° 21, CPR], digamos, primero, que las personas que ejerzan una actividad económica deben someterse a las leyes que la regulen. Pues bien, ‘regular’ una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado en la economía, el legislador puede llegar hasta obstaculizar o impedir, a través de facultades excesivas a organismos fiscalizadores, por ejemplo, la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía constitucional o crear las condiciones para que, de hecho, sea el Estado o la autoridad pública la que termine asumiendo el ejercicio de actividades que, legítimamente, pueden desarrollar los particulares. Una legislación que procure o produzca esos efectos sería abiertamente inconstitucional”*⁶⁷.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 510.

⁶⁷ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1999, pp. 140-141.

Agrega que “si la Constitución asegura a todas las personas el derecho de desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas legales que regulan la respectiva actividad, y con las limitaciones que luego veremos, la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra (...)”⁶⁸.

En cuanto a las limitaciones del derecho que nos ocupa, sostiene Enrique Evans que “no pueden desarrollarse actividades económicas que contraríen la moral, el orden público o la seguridad nacional. Corresponderá en definitiva, a los tribunales de justicia pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de ejecutar actos que sean objetados por afectar los bienes jurídicos señalados. No creemos que sea posible una ley que complemente estas limitaciones, ya que, o bien aborda como criterio general la explicación de los conceptos de moral, orden público, etc., lo que no parece propio de la trata legislativa, o bien busca precisar las actividades específicas que será prohibidas, lo que implica entrar en una regulación casuista imposible de concebir”⁶⁹.

Por último, Evans señala que “la Constitución declara su reticencia frente al Estado Empresario. Por ello entrega a la ley, que debe ser de quórum calificado, el autorizar al Estado o a sus organismos, de la Administración Central, autónomos, empresas del Estado o entidades en que el Estado tenga alguna forma de intervención, para que ejerzan actividades empresariales o participen en ellas. Igualmente, sólo una ley, del mismo quórum, podrá establecer para el Estado o sus organismos un trato diferente, en una actividad económica, del que la legislación común otorga a los particulares”⁷⁰.

Enrique Navarro Beltrán, comentando la garantía del artículo 19, N° 21, CPR, señala que “de este modo, la Constitución garantiza a todos los ciudadanos, como consecuencia del principio fundamental de la libertad e igualdad de los hombres en dignidad y derechos –consagrado en el artículo 1°– el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, enmarcado dentro de ciertos límites esenciales, como son: la moral, el orden público, la seguridad nacional y el respeto a las normas legales que las regulen”. Agrega que, en la discusión de la norma constitucional en las sesiones de la CENC (especialmente sesiones 384, 388, 389, 393 y 398), se enfatizó “el propósito de consagrar una nueva

⁶⁸ Ibídem. p. 141.

⁶⁹ Ibídem. p. 142.

⁷⁰ Ibídem. p. 142.

disposición que fuera una proyección de la libertad personal y concreción de la subsidiariedad del Estado”⁷¹.

Por su parte, Ivan Aróstica Maldonado señala que “*en esta perspectiva de Estado subsidiario que viene echando raíces desde la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974, según puede apreciarse de la regla transcrita [art. 19, N° 21, CPR], su propósito no ha sido otro que limitar la realización de actividades empresariales por organismos estatales, o su participación en ellas. Aparece inequívocamente de sus propios términos y de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición constitucional citada que, mientras la titularidad y protagonismo en el quehacer económico pertenece a los privados, la realización de actos comerciales o industriales por el Estado y sus organismos asume un claro carácter excepcional*”⁷².

El mismo autor sostiene que “*cierto es que la Constitución de 1925 contemplaba una incipiente garantía en materia económica, al proclamar que ‘Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así’ (art. 10 N° 14 inciso 3°). Mas, cómo no admitir que, a poco de entrar en vigencia, la parca formulación literal de esta cláusula se revelaría como insuficiente y pronto comenzaría a ser sobrepasada en la práctica, puesto que no consideró que ese derecho a la libertad de empresa terminaría siendo anulado en los hechos, por un estatismo omnipresente que copaba todos los espacios donde la iniciativa privada podía desplegarse en plenitud. La ya escasa garantía empezaría a diluirse progresivamente a partir de la década de los 30, hasta casi desaparecer del todo con la embestida socialista de los años 1970-1973. (...) Por contraste, queda claro, desde un comienzo del gobierno militar que asume en 1973, el afán de concretar un ideario filosófico-jurídico que revirtiera la situación descrita (...)*”⁷³.

Agrega Iván Aróstica que, conforme quedaría plasmado en la Constitución de 1980, elemento esencial del Estado de Derecho es la primacía de la persona humana, en tanto tiene derechos superiores al Estado que así deben ser reconocidos. En este sentido, la Carta Fundamental, ya en las bases de la institucionalidad consagra la “*igualdad*” y “*libertad*” de las personas, las que se proyectan en distintos ámbitos, incluyendo, por

⁷¹ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Protección y Amparo de la Libertad Económica en Chile e Hispanoamérica*, en Revista Chilena de Derecho, número especial, actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Santiago, 1998, p. 186.

⁷² ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *Acción de Amparo Económico. Acerca del Recurrente y el Recurrido*, en Gaceta Jurídica N° 181, Santiago, 1995, p. 8.

⁷³ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, en Ius Publicum N° 1, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1998, pp. 105 y 106.

cierto, el plano económico. Luego, al Estado le está proscrito invadir la esfera de los particulares, haciendo así la Constitución de 1980 operativo el principio de subsidiariedad e insertando un “orden público económico”, que incluye la garantía contenida en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución⁷⁴.

Agrega el autor que el art. 19, N° 21, es uno de los pilares en que se asienta o reposa la Constitución Económica de 1980 y, entrando al análisis de esta garantía constitucional, señala que *“en tanto derivación consecuenencial del derecho primario a la libertad, el derecho que nos ocupa no puede ser entendido como producto de una liberalidad o simple regalía proveniente del Estado. Antes bien (...), la Constitución no lo concede ni otorga, sino sólo lo recoge a modo de ‘reconocimiento’ (...). El punto de partida asumido supone admitir la titularidad privada originaria sobre todos los rubros económicos, sin excepción. Entiéndase bien: el desarrollo de ‘cualquiera’ actividad económica lícita, sin distinción, pertenece iure proprio y ab initio a los particulares. De donde se sigue que este derecho tiene cabida y recibe aplicación incluso cuando el legislador condiciona el acceso a ciertas actividades, primordiales para la comunidad, a una previa ‘concesión de servicio público’ que se ha de obtener de la autoridad, como es el caso, por ejemplo, del suministro eléctrico, la distribución de agua potable, o la transmisión telefónica”*⁷⁵.

Añade el profesor Aróstica que el art. 19, N° 21, al estar dentro “de los derechos y deberes constitucionales”, consagra una regla jurídica exigible, que adquiere imperatividad directa e inmediata por versar sobre un derecho subjetivo, generando las consiguientes obligaciones correlativas del Estado, de acuerdo al artículo 5°, inciso segundo, y al artículo 6° de la Constitución⁷⁶. Así, *“este deber de abstención que la Constitución impone al Estado, y que conlleva el respeto efectivo del derecho mencionado, es congruente con la vertiente denominada pasiva del principio de subsidiariedad que informa al Código Fundamental, el cual veda al Estado exceder sus funciones naturales (labores de policía, defensa nacional y relaciones exteriores, u otras que envuelvan una coordinación general) para absorber cometidos que correspondan a los privados y las comunidades menores”*⁷⁷.

Entrando al contenido y regulación de la garantía constitucional en comento, explica el profesor Aróstica que *“(1) por excepción, una actividad puede ser prohibida única y exclusivamente merced a alguna de las tres causales que taxativamente prevé el constituyente, a saber, por ser contraria a la moral, al*

⁷⁴ Cfr. ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas...*, pp. 106 y 107.

⁷⁵ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas...*, p. 108.

⁷⁶ Cfr. ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas...*, p. 110.

⁷⁷ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas...*, p. 111.

orden público o a la seguridad nacional, y que (2) por regla general, toda actividad económica que no sea considerada como tal, debe reputarse lícita de suyo, sin perjuicio de que pueda ser regulada por el legislador”⁷⁸. En cuanto a esto último, precisa que “cuando el art. 19 N° 21 hizo alusión a las ‘normas legales que la regulen’ no quiso solamente reiterar ese mismo mandato de ceñirse, como es de ordinario, a los preceptos legales que sirven de ‘complemento’ al derecho en estudio, pues ello sería una repetición superflua e innecesaria, sino que quiso denotar que ciertas y determinadas actividades económicas pueden quedar afectas a una normación específica (ley reguladora), que se superpone a aquella preceptiva básica y general (leyes marco). Un segundo dato a tener presente es la garantía o protección normativa con que cuenta este derecho: regular esas concretas actividades económicas, vale decir el ejercicio legítimo del derecho a desarrollarlas, es materia de exclusiva reserva legal”⁷⁹.

Teodoro Rivera Neumann indica que “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 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. (...) 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”⁸⁰.

⁷⁸ Ibídem, p. 113.

⁷⁹ Ibídem, pp. 112 y 115.

⁸⁰ RIVERA NEUMANN, TEODORO, *Reflexiones en torno a la Libertad de Empresa en la Constitución de 1980*, en “20 años de la Constitución Chilena 1981-2001”, Universidad Finis Terrae, Santiago, 2001, pp. 403-404.

Agrega el autor que *“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 la 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. (...) 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”*⁸¹.

Añade que *“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 (...). 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”*⁸².

Consigna, además, Rivera Neumann que el reconocimiento del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en el artículo 19, N° 21, de la Constitución, *“fue reforzado por las diversas normas limitativas y restrictivas para el ejercicio de actividades económicas por parte del Estado y de sus organismos (...). 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”*⁸³.

En cuanto a los elementos esenciales de la libertad de empresa, sostiene que *“un objetivo prioritario del ejercicio de cualquier actividad económica es la producción de bienes o servicios con el objeto de generar beneficios, sean estas utilidades, remanentes u otros. (...) comprende necesariamente el derecho de acceder al mercado ofreciendo bienes y servicios (...) 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 competencia y los derechos de los consumidores, como a cambiar de rubro o retirarse de él, optando por concluir las actividades empresariales”, al tiempo que el derecho en comento “puede ser ejercido en forma individual o grupal, sea como persona natural o mediante un ente jurídico (...). Ello conlleva, así,*

⁸¹ Ibídem, p. 412.

⁸² Ibídem, p. 414.

⁸³ Ibídem, p. 414.

*el principio de libre organización, adopción de sus decisiones y autoridades [de la empresa] 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 cualquier 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 (...) 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, fijando las políticas comerciales (...)*⁸⁴.

Y, en relación a las limitaciones a la libertad de empresa, expresa Rivera que el constituyente las estableció en forma taxativa “y confió al legislador una actividad restringida, pues sólo puede regular una actividad, más no entrabar o menoscabar su ejercicio en términos que contravenga la garantía general del artículo 19, N° 26, de la Constitución (...)”. En este sentido, cita al TC en cuanto a que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo “en forma prudente, y dentro de latitudes razonables” (STC Rol 53), y afirma que esas “latitudes razonables” implican “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 (...). 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”⁸⁵.

José Luis Cea Egaña indica que “en su inciso 1° el numeral 21 [del art. 19 CPR] contempla la libre iniciativa económica. Claramente existe ahí una manifestación constitucional de prioridad del sector privado como agente empresarial configurándose así, en la práctica, la política de mercado. En consecuencia y correlativamente, aparece la subsidiariedad del Estado, es decir, su carácter supletorio de la actividad empresarial privada. Esto queda confirmado en el inciso 2°, el cual, al referirse al Estado empresario, lo hace con carácter complementario del sector privado. (...) siendo la regla general la contenida en el inciso 1°, como asimismo, que la iniciativa empresarial libre allí prevista no es un derecho absoluto, resulta que el centro de las dificultades radica en el concepto y ámbito de las regulaciones estatales a que debe o puede ser sometido el ejercicio de aquella. Afirma-

⁸⁴ Ibídem, pp. 416-417.

⁸⁵ Ibídem, pp. 417-418.

mos al respecto que existen límites constitucionales a esas regulaciones, de manera que no pueden ser invocadas para invertir la subsidiariedad (...). Es importante subrayar, entonces, que el rasgo supletorio de la intervención estatal no se refiere sólo a la retracción en sus actividades empresariales, sino que también a que no puede el Estado regulador convertirse en prioritario, sobre la base de regimentar agobiadoramente a la iniciativa empresarial privada”⁸⁶.

En relación a la regulación legal, expresa José Luis Cea que “*el desarrollo de la actividad empresarial debe tener lugar respetando las normas legales que la regulan. La libertad aquí, como en los más variados aspectos de la actividad privada en el Estado de Derecho, no es absoluta o ilimitada. La locución ‘normas legales’ crea un problema de interpretación (...). En efecto, algunos la consideran como disposición abarcadora de las normas jurídicas más diversas, incluidas las administrativas, v.gr., el reglamento, las resoluciones y las instrucciones. Pero en realidad se trata únicamente de normas legales, en el sentido propio o estricto del término, ya que la ley es la única clase de disposición idónea para regular el ejercicio de un derecho fundamental. Se está, por ende, dentro del principio de reserva legal fuerte o indelegable, excluyente de la potestad reglamentaria y, con mayor razón aún, de las reglas de jerarquía inferior. Surge entonces un segundo problema, consistente en responder a la pregunta ¿qué es regular? El verbo ‘regular’ se refiere a 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. (...) Pues bien, es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa empresarial privada, objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes (...). Ciertamente que regular es una obligación inherente al legislador, dado que nunca un derecho tiene carácter ilimitado ni es de ejercicio absoluto. Sin embargo, al regular la ley debe mantenerse dentro de los parámetros de racionalidad, generalidad, abstracción y cualidad básica o de criterios generales que la singularizan. Cumplidos esos requisitos de isonomía o igualdad, cuanto sigue en adelante es cuestión o asunto secundario y adjetivo, cuya disciplina incumbe normar a través de la potestad reglamentaria”⁸⁷.*

Por otro lado, Luz Bulnes Aldunate indica que la garantía del artículo 19, N° 21, constitucional tiene su antecedente en la convicción de la CENC de que el nuevo ordenamiento jurídico que daría la Constitución de 1980 requería contemplar normas fundamentales “*destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre, necesaria para el desarrollo del país*”. Lo anterior, como conse-

⁸⁶ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 486.

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 487-488.

cuencia –en palabras de la misma CENC– de “la necesidad de incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de empresas del Estado”, contemplando así el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental la garantía de las personas de desarrollar su libre iniciativa privada, pudiendo el Estado, sólo excepcionalmente, desarrollar actividades económicas o participar en ellas. Concluye Luz Bulnes que “el constituyente del 80, junto con consagrar la libertad de trabajo y su protección, ha establecido expresamente otro derecho individual que viene a ser su complemento, como también expresión de la libertad personal y tiene por fundamento dar un resguardo a la libertad económica protegiendo la iniciativa privada y demarcando con precisión cuando el Estado puede entrar a intervenir en la actividad empresarial, imponiéndole ciertas condiciones que permitan proteger el principio rector de la iniciativa privada y de la subsidiariedad del Estado”⁸⁸.

Agrega que “en cuanto a las limitaciones o prohibiciones que puedan afectar este derecho, cabe señalar que presentan una sustancial diferencia con las que pueden aplicarse a la libertad de trabajo, pues respecto del derecho consagrado en el artículo 19 N° 21, las limitaciones o prohibiciones sólo pueden sustentarse en la moral, el orden público o la seguridad nacional, en cambio, tratándose de la libertad de trabajo la ley puede imponer prohibiciones por razones de interés nacional. En cuanto a si las limitaciones que pueden afectar al derecho para desarrollar cualquier actividad económica (...) pueden ser impuestas por la ley o también cabe a la autoridad administrativa ordenarlas, a nuestro juicio, el segundo planteamiento sería el correcto, pues el constituyente no ha entregado específicamente esta materia al legislador por el artículo 60 de nuestra Carta Fundamental y bien sabemos que en la Constitución de 1980 la competencia legislativa debe estar indicada en forma expresa”⁸⁹.

La misma autora concluye “a) que las limitaciones o prohibiciones al derecho para desarrollar cualquier actividad económica puedan ser ordenadas por la autoridad administrativa; b) que la autoridad administrativa debe estar premunida de las correspondientes facultades legales de acuerdo al artículo 62 inciso 4 N° 2 que señala que las funciones y atribuciones de los servicios públicos deben establecerse por ley”⁹⁰.

Humberto Nogueira Alcalá expone que el contenido esencial de la libertad de desarrollar actividades económicas “implica la libertad para emprender, la libertad de desarrollar la libre iniciativa económica privada dentro

⁸⁸ BULNES ALDUNATE, LUZ, *El Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, en *Revista de Derecho Público*, N°s 37-38, enero-diciembre 1985, Universidad de Chile, pp. 150 y 152.

⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 157-158.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 158.

del marco jurídico constitucional, lo que posibilita la libertad de los operadores privados (personas y cuerpos intermedios) para disponer autónomamente de realizar emprendimientos económicos con o sin fines de lucro, la libertad de inversión y la libertad de contratación, las políticas de precios y seguros, determinando la organización de los recursos, la forma jurídica lícita que adoptará la actividad económica (sociedades, cooperativas, empresas cogestionadas o autogestionadas), y la determinación de los fines de ella, tales como actividades primarias, secundarias o terciarias (desarrollando actividades extractivas mineras, pesqueras u otras, agrícolas, forestales, industriales, comerciales, de servicios, entre otras), la libertad de acceder al mercado, la libertad para actuar y permanecer en el mercado y la libertad para salir del mercado, cesando la actividad económica, dentro del marco constitucional y las regulaciones legales dictadas conforme a la Carta Fundamental. Tal libertad no es absoluta y tiene como límites los derechos fundamentales de los trabajadores y el bien común, los cuales son cautelados por las regulaciones jurídicas pertinentes y las orientaciones generales de dirección de política económica de los respectivos gobiernos”⁹¹.

En cuanto a las prohibiciones a esta garantía (moral, orden público, seguridad nacional), Nogueira precisa que la profesora Luz Bulnes es de la tesis de que estas prohibiciones pueden explicitarse por el gobierno a través de su potestad reglamentaria prevista en el actual artículo 32, N° 6, CPR, lo que se concretaría tanto mediante la potestad reglamentaria autónoma, como mediante la potestad reglamentaria de ejecución, aplicándose por los tribunales de justicia⁹². En opinión de Nogueira, “*el legislador puede interpretativamente establecer criterios básicos generales sobre la aplicación de estas prohibiciones, de acuerdo al artículo 63 N° 20 de la Carta Fundamental, quedando dicha legislación bajo el control de constitucionalidad tanto preventivo como reparador del Tribunal Constitucional previsto en el artículo 93 de la Carta Fundamental, todo ello sin perjuicio que será siempre el juez el que aplique la norma respectiva o directamente la Constitución*”⁹³.

Y en cuanto a los límites de la garantía de la libertad económica privada, el autor expresa que tiene “*algunos límites expresos explícitos que están determinados constitucionalmente en el artículo 19 N° 21, inciso 1° de la Constitución, como son ‘las normas legales que la regulen’; además de los límites explicitados por otras disposiciones constitucionales, tales como la función social de la propiedad que se determina por configuración legal según determina el artículo 19 N° 24 de la Constitución; la protección del medio ambiente, precisado*

⁹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo 4, *Constitución Económica, Derechos Patrimoniales y Amparo Económico*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010, p. 29.

⁹² Vid supra lo expuesto por la profesora Luz Bulnes.

⁹³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derechos...*, p. 37.

por el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental; los derechos de los trabajadores precisados en los artículos 19 N° 16, 18 y 19 de la Constitución y las exigencias del bien común (artículo 1° de la Constitución). A su vez, se encuentran los límites implícitos intrínsecos, que no están expresados en el texto constitucional, pero que emanan del contenido implícito en el texto constitucional de que esta actividad económica se desarrolla necesariamente en una economía de mercado, la que opera bajo la regla de la competencia, de donde emanarán entre otras limitaciones la legislación antimonopolios (Decreto Ley N° 211 (...)); la legislación protectora del medio ambiente; la legislación protectora de la salud pública, entre otras. Así, la libertad para desarrollar actividad económica debe concretarse dentro de las normas legales que la regulen, que legitiman la intervención de los poderes estatales de dirección de la economía en procura del bien común y del deber de asegurar el derecho a las personas de participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, que prescribe el artículo 1° de la Constitución”⁹⁴.

A continuación, consigna Nogueira –siguiendo al TC (STC Rol N° 467, C° 27°)– que *“la competencia para regular, limitando o restringiendo el ejercicio del derecho, es única y exclusivamente, en nuestro ordenamiento jurídico, del legislador. La actividad reglamentaria sólo puede actuar en esta materia por remisión legislativa, especificando, complementando o ejecutando el mandato legal, sin invadir el campo de reserva legal, vale decir, únicamente puede desarrollar los aspectos específicos señalados en la remisión, sin contradecir ni exceder el mandato legal, de lo contrario se incurrirá en infracción de la Constitución por vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución. (...) Dentro de las regulaciones legales que introducen límites o restricciones a la actividad económica privada se encuentran la legislación e instituciones que protegen la salud pública, la libre concurrencia y la legislación antimonopolios, la legislación protectora de los consumidores, la legislación sobre veracidad de la publicidad comercial, la legislación protectora de la seguridad nacional, la legislación sobre inversión extranjera, la legislación laboral y de seguridad social, entre otras regulaciones legislativas. (...) Dentro de los límites y restricciones para la actividad económica de los operadores privados se encuentra también la reserva de actividad económica a favor del Estado, en el ámbito minero, a manera ejemplar (...). En todo caso, la libertad de desarrollar actividad económica no puede ser afectada en su contenido esencial por la actividad reguladora del legislador; como ocurre con todos los demás derechos asegurados constitucionalmente”⁹⁵.*

Por último, en cuanto a la actividad empresarial del Estado, Los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá señalan que *“el inciso 2° del numeral 21 regula las*

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 41-43.

⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 37-38.

condiciones que deben cumplir el Estado y sus organismos para desarrollar una actividad económica. Como es fácil apreciar, y así se infiere de la lectura las actas, esta preceptiva representa una reacción contra el excesivo intervencionismo estatal en el ámbito económico. El desarrollo de actividades empresariales o la participación en ellas por parte del Estado o de sus organismos, queda condicionado a una autorización previa del legislador de quórum calificado, y en todo caso, dichas actividades, para evitar una competencia desleal con el sector privado, estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares. (...) Como todos los derechos, el que se analiza está sujeto a límites: la actividad económica no puede ser contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. En todo caso, en su ejercicio deben respetarse las normas legales que la regulen. El término ‘regular’ significa ‘ajustado y conforme a regla’, esto es, conforme a un ‘estatuto, constitución o modo de ejecutar una cosa’. A fin de no hacer de este derecho una mera declaración lírica, el constituyente lo incluyó entre aquellos susceptibles de ser tutelados por el recurso de protección. Pero el legislador fue aún más lejos, creó lo que la doctrina ha denominado ‘recurso de amparo económico’”⁹⁶.

Por su lado, Arturo Fermandois Vöhringer señala que “la libertad económica, de empresa, de industria y comercio o cual sea la denominación de la acción de emprender actividades lucrativas, debe ser interpretada en armonía con los principios constitucionales del OPE, y primeramente con aquéllos de las autonomías sociales y la subsidiariedad”, agregando que para comprender la garantía del art. 19, N° 21, inc. primero, CPR, “nacida bajo la óptica del derecho preferente del individuo a intervenir en la actividad económica, resulta funcional la siguiente sistematización de derechos:

- a. Derecho a emprender actividades económicas.*
- b. Derecho a que las actividades económicas emprendidas por las personas sólo se limiten en nombre de la moral, el orden público y la seguridad nacional.*
- c. Derecho a que [la] actividad económica sólo se regule por ley, y no por normas de rango inferior: principio de reserva legal”⁹⁷.*

En cuanto a la prohibición (“actividades contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”) y a la regulación (“respetando las normas legales que la regulen”) de las actividades económicas, Fermandois indica que “una primera lógica afirmación que debe efectuarse es que constitucionalmente la prohibición es más severa que la regulación. Mientras la primera impide el ejercicio de una actividad bajo todo respecto, la segunda sólo somete a la actividad al imperio de una normativa que le señala el cómo debe ejercerse”, y añade el

⁹⁶ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, Y OTROS, ob. cit., pp. 297 y 298.

⁹⁷ FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, T. I., 2ª edición, Santiago, 2006, pp. 117 y 120.

autor que “*La Constitución autoriza básicamente al legislador para ‘regular’ las garantías constitucionales; para ‘limitarlas o restringirlas’ en determinados casos y, en general, para ‘complementarlas’ o desarrollarlas, mediante leyes orgánicas constitucionales en este último caso. Las fuentes de esta clasificación emanan del mismo número 26° del artículo 19°, que habla de ‘regulen o complementen’, ‘o que las limiten en los casos que ella (la Constitución) lo autoriza’; del inciso primero del N° 21 y del inciso segundo del N° 8 del mismo artículo*”. Es claro, entonces, que el legislador no goza de facultades para operaciones distintas de las anotadas, y que si excede en este restrictivo mandato, la ley será, además de inconstitucional, nula absolutamente por aplicación de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Constitución”⁹⁸.

Luego, en cuanto a la *regulación* de la actividad económica, Ferman-
dois destaca la STC Rol N° 167, en que el Tribunal Constitucional con-
signó que regular “no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el
libre ejercicio del derecho” (C° 12°). Y en cuanto a la *prohibición* de las mismas
actividades, en razón de la moral, el orden público o la seguridad nacio-
nal, el autor concluye que dichas prohibiciones deben ser impuestas por
regla general por el juez y por la vía represiva, pudiendo sólo excep-
cionalmente el legislador estatuir parámetros generales de prohibición,
calificando fundadamente las causales de inmoralidad o inseguridad. En
todo caso, señala, jamás podría una norma de rango administrativo pro-
hibir por sí una actividad económica determinada⁹⁹.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

2.1. CONCEPTO Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

2.1.1. STC ROL N° 146-92-CDS, DE 21 DE ABRIL DE 1992. CASO “PUBLICIDAD CAMINERA 1”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte
de los miembros en ejercicio de dicha Corporación a fin de que el TC
declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 357, del Ministerio de
Obras Públicas, de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos
de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los
caminos públicos del país.

⁹⁸ Ibídem, pp. 138 y 139.

⁹⁹ Cfr. FERNANDOIS VÖHRINGER, ob. cit., 2ª edición, pp. 140 y 145.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 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”*¹⁰⁰;

2.1.2. STC Rol N° 226-95-CPT, DE 30 DE OCTUBRE DE 1995. CASO “LEY SOBRE LIBERTAD DE INFORMACIÓN”

Requerimiento de Diputados que representan más de la cuarta parte de dicha Corporación para que el TC declare inconstitucional el artículo 1°, inciso tercero; el artículo 9°, inciso primero; el artículo 20, inciso segundo, y el artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre “Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo”.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 41°. *“Que, en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas”*;

C° 42°. *“Que, el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1°, y que reitera su artículo 5° al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*;

¹⁰⁰ En el mismo sentido, STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”, C° 9°; y STC Rol N° 427-04-CPT, de 17 de diciembre de 2004. Caso “Transferencia Refinería Las Ventanas”, C° 9°.

2.1.3. STC Rol N° 280-98-CPT, DE 20 DE OCTUBRE DE 1998. CASO “IMPUESTOS TABACO Y GASOLINA”

Requerimiento de treinta y un Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 22°. *“Que los requirentes también han señalado que los artículos 1° y 2° del proyecto violan el inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución que establece ‘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’.*

El profesor Raúl Bertelsen precisa su concepto expresando:

*‘Este derecho, denominado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República ‘libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica’ y usualmente ‘derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita’, 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 (...)’*¹⁰¹;

2.1.4. STC Rol N° 467-06-INA, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. CASO “EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”, pendiente ante la Corte de Apelaciones de Arica.

¹⁰¹ En el mismo sentido STC Roles N° 1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acumulados), de 21 de junio de 2011. Caso “Televisión Nacional de Chile”, C° 38°.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 14°. *“Que sabido es que el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República establece que ‘El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza’, agregando que ‘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’. Se trata de una norma fundamental ‘destinada a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país’ (Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución). Del mismo modo, se ha consignado que la disposición constitucional supone un reconocimiento explícito al principio de subsidiariedad ‘conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada’ (Informe Final del Consejo de Estado). De forma tal que, como lo ha señalado este mismo Tribunal, ‘solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares’; agregándose que ‘de allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado’ (Rol 134, considerando 5°, 9 de septiembre de 1991). De manera que dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 21 excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental, constituyendo así 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’ (Rol 167, considerando 9°, 6 de abril de 1993). Como también se ha encargado de señalar este mismo Tribunal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad ‘al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado’ (Rol 352, 15 de julio de 2002, considerando 7°)”¹⁰²;*

2.1.5. STC Rol N° 513-06-INA, DE 2 DE ENERO DE 2007. CASO “LACALLE SOZA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Hernán Lacalle Soza y otros respecto del inciso segundo del artículo

¹⁰² En el mismo sentido, STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”, C° 9°.

primero transitorio de la Ley N° 20.017, en la causa Rol N° 577-2006, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 19°. *“Que el segundo de los motivos de agravio constitucional que aducen los requirentes lo constituiría la afectación a la garantía de libre emprendimiento de actividades económicas a que daría pábulo la aplicación en este caso de la norma legal impugnada. A este respecto es útil recordar que esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho (...);*

2.2. CASOS DE INFRACCIÓN A LA LIBERTAD DE EMPRESA

2.2.1. STC Rol N° 146-92-CDS, DE 21 DE ABRIL DE 1992. CASO “PUBLICIDAD CAMINERA 1”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación a fin de que el TC declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, que prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país.

Estiman los requirentes que este decreto supremo, al prohibir la colocación de carteles con propaganda comercial dentro de la faja adyacente de 300 metros medidos desde la cerca del predio, en los caminos públicos del país (reservando dicha faja únicamente para los carteles informativos de los servicios que se ofrecen en la carretera), pudiendo instalarse únicamente más allá de la aludida faja y previa autorización administrativa, constituye en definitiva una regulación que hace imposible la actividad económica relacionada con la publicidad. Así, el decreto impugnado infringe, al entender de los actores, entre otros, el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política, toda vez que se está regulando una actividad económica a través de un decreto supremo, en circunstancias que corresponde hacerlo al legislador.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 7°. *“Que la cuestión concreta sometida al conocimiento de este Tribunal dice relación con los siguientes puntos:*

A) Que la prohibición de instalar avisos publicitarios y de propaganda comercial en las fajas adyacentes de los caminos públicos atentaría contra el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República que es del tenor siguiente: 'la Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen'.

Se estaría, por decreto supremo, a juicio de los requirentes, prohibiendo la actividad económica representada por la publicidad y la propaganda comercial en las fajas adyacentes de los caminos lo que iría contra la protección que la Constitución otorga a la libre iniciativa privada y que se refleja en la consagración de un nuevo derecho constitucional, cual es el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (...)."

C° 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"*¹⁰³;

C° 9°. *"Que, del tenor del artículo 19, N° 21, 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 a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad"*¹⁰⁴;

C° 10°. *"Que, el decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, prohíbe el desarrollo de la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos ya definidas, con lo que se ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia";*

C° 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 esta-*

¹⁰³ En el mismo sentido, STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso "Publicidad Caminera 2", C° 9°.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, STC Rol N° 226-95-CPT, de 30 de octubre de 1995. Caso "Ley sobre Libertad de Información", C° 43°; STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso "Empresa Portuaria de Arica", C° 26°; y STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso "Lacalle Soza", C° 20°.

blece ‘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”¹⁰⁵;

(...) C° 13°. “Que, de acuerdo al artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica son las que se sustentan en el orden público, la moral y la seguridad nacional.

El decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, cuya constitucionalidad se cuestiona, no se fundamenta en ninguno de los conceptos mencionados, muy por el contrario, tanto el Presidente de la República en su contestación, como la Contraloría General de la República argumentan sosteniendo la necesidad de proteger el medio ambiente y además de que se trataría de un caso en que la ley permite que la autoridad administrativa reglamente ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos garantizados por la Carta Política.

No invocan, en consecuencia, los únicos sustentos que permitirían prohibir el desarrollo de una actividad económica. Las normas reglamentarias no están facultadas conforme al artículo 19, N° 8, que consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, para restringir, limitar o prohibir el ejercicio de los derechos constitucionales, pues esta atribución es exclusiva de la ley. Además, para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debe estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental antes transcrito”;

C° 14°. “Que, en mérito de lo expuesto, resultan las siguientes conclusiones:

- 1. el decreto supremo N° 357, de 1992, ha prohibido el ejercicio de una actividad económica que es la publicidad y la propaganda comercial en las fajas adyacentes de los caminos,*
- 2. esta prohibición no tiene como fundamento ni el orden público, ni la moral, ni la seguridad nacional,*
- 3. la Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, atribución que no corresponde al administrador,*

¹⁰⁵ En el mismo sentido, STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”, C° 15°; STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 26°; y STC Rol N° 480-06-INA, de 27 de julio de 2006. Caso “Iberoamericana de Energía”, C° 11°.

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*”;

C° 15°. *“Que de las conclusiones señaladas precedentemente se desprende con toda claridad que el decreto supremo N° 357, de 1992, se aparta de las disposiciones del artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, violentando también el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución Política, que establece: ‘Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes’*”;

2.2.2. STC ROL N° 167-93-CDS, DE 6 DE ABRIL DE 1993. CASO “PUBLICIDAD CAMINERA 2”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación a fin de que el TC declare inconstitucionales los números 3° y 4° del Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, que modifica el Decreto N° 1.319, de 1977, que aprueba el Reglamento del artículo 39 del Decreto N° 294, de 1984, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960, Ley de Caminos.

Estiman los requirentes que este decreto supremo, al disponer –en su N° 3°– que la distancia entre los letreros será como mínimo de mil metros (antes era de trescientos metros), contados a lo largo del camino, y –en su N° 4°– que la definición de puntos peligrosos se extiende a las curvas peligrosas; zonas de escuela, etc, infringe, entre otras, la garantía constitucional contenida en el N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Luego, al tenor de este precepto constitucional, la inconstitucionalidad es evidente ya que se está regulando una actividad económica a través de un decreto supremo, en circunstancias que cualquier limitación o regulación del ejercicio de las garantías constitucionales debe efectuarse a través de preceptos legales, esto es, de leyes en sentido estricto y no de decretos con fuerza de ley ni de disposiciones emanadas de la potestad reglamentaria.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 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”;

C° 10°. *“Que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”*¹⁰⁶;

C° 11°. *“Que, un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que lo regulen”;*

C° 12°. *“Que, si bien por ‘regular’, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘Ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión ‘las normas legales que la regulen’, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución”*¹⁰⁷;

(...) C° 14°. *“Que, regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículos 19, N° 21, de la Constitución Política”*¹⁰⁸;

C° 15°. *“Que, a mayor abundamiento cabe señalar que este Tribunal por sentencia de 21 de abril de 1992 resolviendo sobre la constitucionalidad del decreto supremo N° 357, de 19 de febrero de 1992, estableció: ‘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 cons-*

¹⁰⁶ En el mismo sentido, STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 14°.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 26°; y STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”, C° 20°.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 26°; y STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”, C° 20°.

titucional, 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 como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse”;

C° 16°. “Que, en mérito de lo expuesto puede concluirse que:

1. el decreto supremo N° 327, de diciembre de 1992, en sus números 3° y 4° limitó el derecho a desarrollar una actividad económica;
2. la atribución de limitar el derecho indicado en el número anterior le corresponde al legislador y no al administrador;
3. sobre la materia el Tribunal ya se había pronunciado en la sentencia mencionada en el considerando anterior”;

C° 17°. “Que, de las conclusiones señaladas precedentemente, se desprende que el decreto supremo N° 327, del Ministerio de obras Públicas, de 1992, en sus números 3° y 4°, se aparta de las disposiciones del artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, violentando también el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución Política (...);

2.2.3. STC ROL N° 185-94-CPR, DE 28 DE FEBRERO DE 1994. CASO “LEY DE BASES DEL MEDIO AMBIENTE”

La causa versa sobre el control preventivo y obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente, aprobado por el Congreso Nacional.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 11°. “Que el artículo 49 del proyecto es materia de ley orgánica constitucional, y como tal ha sido aprobado por ambas ramas del Congreso Nacional, pero el precepto adolece de inconstitucionalidad por varias causales.

‘En efecto, el artículo 49 (...) se refiere a ‘las Situaciones de Emergencia Ambiental’. Dice su texto: ‘Se establecerán regulaciones especiales de carácter permanente para las emisiones, las que serán aplicadas cuando se sobrepasen los niveles de contaminación que originan situaciones de emergencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32. Estas regulaciones especiales tendrán por objeto que los índices de calidad ambiental, en el área afectada, recuperen su nivel de normalidad. Para ello, establecerán emisiones totales máximas, que sólo regirán durante el período necesario para lograr dicho objeto.’

‘Excepcionalmente, sólo cuando resulte indispensable para recuperar los niveles de normalidad de los índices de calidad ambiental y exclusivamente por el

período necesario para ello, dichas regulaciones podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental.'

'Las regulaciones especiales a que se refiere el inciso anterior, se establecerán por decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro Secretario General de la Presidencia, del Ministro de Salud y de los ministros sectoriales correspondientes. Este decreto señalará las autoridades encargadas de su aplicación y fiscalización y establecerá las obligaciones de medición y control que correspondan.'

'El procedimiento a seguir para la dictación de estas regulaciones especiales deberá ceñirse a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 32.'";

C° 12°. *"Que dicho precepto vulnera la Constitución en cuanto dispone que las regulaciones especiales que se establezcan conforme al artículo 32 del mismo proyecto, por decreto supremo y de acuerdo a un reglamento, 'podrán comprender restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisión a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental' (inciso tercero). Y la vulnera:*

a) Porque según la Constitución Política en su artículo 19, N° 8, inciso segundo, que dice: 'La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente', ello es de reserva legal; es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;

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

e) Finalmente, porque al pretender establecer restricciones totales o parciales, y prohibiciones totales o parciales, al ejercicio de derechos fundamentales de las personas, se afecta el contenido esencial de ellos, lo que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 19, N° 26, de la Constitución, lo que hace que se in-

frinjan asimismo sus artículos 6° y 7°, 1°, inciso cuarto y 5°, inciso segundo, en relación con su artículo 19, N°s 24 y 21”;

C° 13°. “Que, en consecuencia el artículo 49 del proyecto remitido es inconstitucional”;

2.2.4. STC Rol N° 207-95-CPT, DE 10 DE FEBRERO DE 1995. CASO “DEUDA SUBORDINADA”

Requerimiento de Diputados que representan más de la cuarta parte de dicha Corporación para que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada.

Señalan los requirentes que el proyecto priva a los accionistas preferentes a que alude el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley N° 18.401, del derecho de acordar por mayoría absoluta de las acciones presentes o representadas que gocen de preferencia en la Junta General de Accionistas, no repartir dividendos, produciéndose por el solo ministerio de la ley su capitalización y emitiéndose con cargo a ella acciones preferidas con derecho al total de los dividendos que dicho cuerpo legal establece. Como consecuencia de ello, al derogarse el inciso cuarto aludido, se privaría a los accionistas de un derecho que les corresponde tanto por un contrato como por la ley, contraviniéndose el artículo 19, N° 24, de la Constitución Política de la República, al confiscarse y privarse a los accionistas preferentes de los Bancos comerciales con deuda subordinada para con el Banco Central, de su facultad de no repartir dividendos y capitalizar de pleno derecho y en conformidad a la ley, las utilidades.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 68°. “Que, por otra parte, este Tribunal ha tenido en consideración las normas contenidas en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República, debido a que las facultades adquiridas por los particulares al momento de transformarse en titulares de acciones preferidas, se encontraban amparadas por las disposiciones contenidas en la Ley N° 18.401. Por lo tanto, el ejercicio del derecho a participar en la propiedad del capital de los bancos con deudas subordinadas se hizo sobre la base del imperio de las normas legales que las regulaban. Precisamente, esas referidas normas legales fueron las que hicieron posible para los titulares de las acciones preferidas y los que los sucedieran en el dominio acogerse al estatuto jurídico especialmente creado por la citada disposición legal, teniendo también presente para estos efectos lo ya expuesto en los considerandos trigesimotercero, trigesimoctavo y trigesimonoveno de esta sentencia, alusivos a la regulación incorporada a los contratos de los adquirentes de dichas acciones”;

C° 69°. *“Que no resulta posible, en consecuencia, que la invocación de la antedicha norma constitucional sirva para justificar el proyecto de ley en examen. La regulación legal de toda actividad económica y las modificaciones que se introduzcan en el futuro, deben necesariamente armonizarse con el marco fundamental y obligatorio consagrado en la Constitución Política de la República y, consiguientemente, respetar y conciliarse en forma precisa y atenta con los derechos que la misma Constitución asegura a todas las personas. Por lo mismo, una pretendida regulación de una actividad económica debe tener presente los derechos legítimamente adquiridos por las personas al amparo de la norma vigente al momento de su adquisición;”*.

(...) C° 71°. *“Que en el caso de autos se está en presencia ciertamente de una situación que afecta a particulares, a sus contratos de adquisición de acciones bancarias, a los efectos de tales contratos y a los derechos emanados de esos contratos celebrados bajo el imperio de una ley que los establece y los tipifica. La norma que los afecta y que se pretende derogar por el proyecto materia de autos, compromete directamente esa relación contractual y ese derecho de propiedad, ya que en el resto de las disposiciones establecidas para tratar la problemática de la banca endeudada no se introduce alteración, como ha quedado expresado en el considerando sexagésimo de esta sentencia, quedando así incorporada la norma impugnada al campo del derecho privado y al respeto consiguiente de los derechos adquiridos de las personas y específicamente a la seguridad del artículo 19, numeral 24, de la Constitución Política”;*

C° 72°. *“Que, en íntima conexión con lo anterior, es conveniente hacer un alcance a la pretendida argumentación de que se estaría en presencia de una norma de orden público, en lo que se intenta sustentar una aplicación de sus disposiciones por encima de derechos adquiridos. Debe a este respecto recordarse la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo consideró como ‘El arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, Ob. cit. Tomo XI. A su vez el Profesor José Luis Cea Egaña, al tratar del orden público económico, indica que es éste el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de las actividades económicas se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar,*

controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”;

C° 73°. “Que, por su parte, los Profesores Francisco Cumplido y Mario Verdugo, refiriéndose específicamente a la cuestión que se analiza, en un informe en derecho acompañado a los autos, señalan: ‘Precisado que el orden público comprende las normas establecidas para organizar las relaciones económicas en sus aspectos fundamentales, resta por señalar qué aspectos de las disposiciones que rigen el proceso de aumento de capital y capitalización de utilidades deben quedar comprendidas dentro de este concepto. En resumen, las normas de la Ley de Bancos y de la Ley de Sociedades Anónimas sobre capitalización son de orden público, específicamente de orden público económico, en la medida que establecen formalidades, requisitos y procedimientos para el acuerdo que modifica los estatutos para aumentar el capital, y como tales rigen in actum’. Y agregan: ‘Las normas sustantivas sobre el ejercicio de la libertad contractual, por lo contrario de las que reglamentan las formas, modalidades y condiciones en que esta libertad debe manifestarse, son normas de orden privado. En la especie las reglas sobre capitalización contenidas en el artículo 10 de la tantas veces citada Ley N° 18.401 son de derecho privado e incorporaron al patrimonio de las instituciones bancarias deudoras y de sus accionistas preferentes la facultad –bien incorporal– de capitalizar con el sólo acuerdo de la Junta de Accionistas, ya sea con acciones de pago o representativas de dividendos no repartidos, sus respectivas instituciones financieras en los términos señalados en esa norma’”;

C° 74°. “Que, de lo expuesto en los considerandos anteriores de esta sentencia, se desprende claramente que no resulta atendible la ubicación de la norma que se pretende derogar en el orden público económico. En efecto, los adquirentes de las acciones con preferencia tantas veces referidos, asumieron la calidad de tales y, conjuntamente, contrajeron los derechos y obligaciones establecidos en la legislación vigente, en virtud de los correspondientes contratos privados de suscripción de acciones preferidas emitidas por las instituciones bancarias con deuda subordinada, dentro de un ámbito preciso y determinado y con un efecto particular, como fue el que configuró la Ley N° 18.401 y, específicamente, en el inciso cuarto de su artículo 10”;

2.2.5. STC Rol N° 226-95-CPT, DE 30 DE OCTUBRE DE 1995. CASO “LEY SOBRE LIBERTAD DE INFORMACIÓN”

Requerimiento de Diputados que representan más de la cuarta parte de dicha Corporación para que el TC declare inconstitucional el artículo 1°, inciso tercero; el artículo 9°, inciso primero; el artículo 20, inciso segundo, y el artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre “Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo”.

Señalan los requirentes que estas cuatro disposiciones del proyecto vulneran la Constitución en dos sentidos diferentes. Por una parte, constituyen una infracción de ella, al consagrar dos derechos en la legislación que la Carta no consulta: *“el derecho a la información y el derecho a aclaración o rectificación frente a la omisión”*. Por otra parte, exponen que la Constitución Política al establecer el derecho de rectificación como derecho fundamental, en el inciso tercero del N° 12 del artículo 19, delimitó la esfera del ejercicio de tal *“garantía”* a la circunstancia positiva de haber sido una persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social y jamás extendió el citado derecho al indefinido campo del silencio o de la omisión, lo que sólo habría podido hacer si hubiese consagrado el derecho a la información.

Agregan que las normas cuestionadas del proyecto, consideradas tanto en su conjunto como aisladamente, vulneran los derechos constitucionales que protegen a quienes han ejercido libremente el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señala la ley, o han establecido, operado o mantenido canales de televisión o emisoras de radio y otros medios de comunicación social, transgrediendo, entre ellos, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin discriminaciones arbitrarias. En este sentido, indican que el derecho a ser informado y la extensión de la rectificación hasta la omisión constituyen una limitación muy severa a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica legítima sin ser objeto de discriminaciones arbitrarias en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 41°. *“Que, en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas”;*

C° 42°. *“Que, el derecho reconocido por el artículo 19, N° 21, es consecuencia, por lo tanto, de esa primacía de la persona, que establece de manera precisa y plena de consecuencias jurídicas la Constitución en su artículo 1°, y que reitera su artículo 5° al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas*

e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan, además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”;

C° 43°. “*Que, como lo ha expresado este Tribunal (Roles 146 y 167), el ejercicio del derecho fundamental que reconoce y asegura el referido N° 21 del artículo 19 citado, ha de realizarse sin contravenir la moral, el orden público o la seguridad nacional ‘respetando las normas legales que las regulen’ (inciso primero), es decir las normas que el legislador y sólo el legislador dicte al efecto, pero en caso alguno éste puede, bajo pretexto de regular una actividad económica, llegar a impedir su libre ejercicio”;*

C° 44°. “*Que, a juicio de este Tribunal, el artículo 43 del proyecto deberá ser declarado inconstitucional en lo que se refiere a su inciso segundo, en razón de infringir sus letras a) y b) el artículo 19, en sus numerales 21 y 26, y 24. En efecto, al disponer el proyecto en análisis que ciertos hechos que describe el inciso segundo del artículo 43 aludido son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el artículo 1°, inciso primero, del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (letra a) de dicho inciso segundo), vulnera el derecho de emprender (artículo 19, N° 21, inciso primero) es decir, de desarrollar cualquiera actividad lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé”;*

C° 45°. “*Que, debe igualmente hacerse presente, que la limitación que tanto la letra a) como la letra b) del inciso tercero, de dicho artículo 43 del proyecto, disponen en cuanto a la posesión de porcentajes llamado ‘control’ por este precepto afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19, N° 21, inciso primero, imponiendo exigencias que afectan al contenido esencial de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19, N° 26, pues impiden su libre ejercicio; por lo cual debe entenderse que dichas letras a) y b) referidas, también vulneran el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental”.*

2.3. LÍMITES DE LA GARANTÍA. CASOS EN QUE NO SE INFRINGE LA LIBERTAD DE EMPRESA

2.3.1. STC Rol N° 219-95-CPT, DE 31 DE JULIO DE 1995. CASO “REAJUSTE PENSIONES”

Requerimiento de Senadores que representan más de la cuarta parte de dicha Corporación para que el TC declare inconstitucional los ar-

títulos 1°, 2°, 6° y 13, inciso segundo, del proyecto de ley que concede un reajuste extraordinario de un 10% de las pensiones que indica, y aumento adicional a la educación subvencionada, tanto municipal como particular, y establece las fuentes para su financiamiento.

Señalan los requirentes que el artículo 1° del proyecto, al modificar el DL 828, de 1974, aumentando el impuesto al tabaco, al subir el guarismo respectivo de “42,9%” a “45,4”, infringe, entre otros, su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República”.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 11°. *“Que los requirentes también han señalado que el artículo 1° del proyecto de ley cuestionado viola la Constitución específicamente los numerales 21 y 26 del artículo 19, que establecen (...)”;*

C° 12°. *“Que la violación al artículo anterior en los numerales señalados, se produce, según los requirentes, teniendo en consideración que la elaboración, producción y comercialización del tabaco gravado por el artículo 1° del proyecto de ley cuestionado constituye una actividad económica lícita la cual, conforme a las disposiciones de dicho artículo del proyecto le imponen una tan elevada carga tributaria que torna ilusorio o, al menos, estorba de manera significativa el ejercicio de dicha actividad”;*

C° 13°. *“Que tal como se ha señalado, al resolver la violación que el requerimiento ha imputado al N° 20, inciso segundo, del artículo 19, de la Constitución, y como se ha indicado en el considerando 8° de esta sentencia el aumento de un guarismo de 2,5% de un impuesto ya existente constituye un juicio valorico para determinar si se está impidiendo el ejercicio de una actividad económica como lo es la del tabaco, pues del mérito del proceso no se concluye que con las tasas actuales que gravan sus productos se impida dicha industria”;*

C° 14°. *“Que por las consideraciones precedentes no puede concluirse por este Tribunal que el incremento de un impuesto, en el porcentaje señalado al actualmente existente, y que ha permitido a la industria del tabaco desarrollar una actividad propia, vulnera los numerales 21 y 26 del artículo 19 de la Constitución”.*

2.3.2. STC RoL N° 280-98-CPT, DE 20 DE OCTUBRE DE 1998. CASO “IMPUESTOS TABACO Y GASOLINA”

Requerimiento de treinta y un Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.

Estiman los requirentes, en lo pertinente, que los artículos 2° y 3° del proyecto de ley, en la medida que aumentan las tasas impositivas a los combustibles y al tabaco, serían contrarios al artículo 19, N° 21, de la Constitución, ya que, especialmente en el caso de la industria y comercialización del tabaco, las actuales tasas de impuesto han trastocado los roles que competen desempeñar en el campo empresarial al Estado y los individuos, añadiendo que cuando un conjunto de impuestos implican que el Estado se apropia del 75,65% del precio final de venta, genera que en concreto sea el Estado, y no los industriales o comerciantes, quien sea el verdadero propietario de la actividad económica, situación que es manifiestamente contraria a un orden público económico basado en la libre empresa y en la subsidiariedad del Estado. Consecuentemente, una ley que incrementa el umbral de los tributos en términos que implica afectar el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, impide su libre ejercicio y es inconstitucional.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 22°. *“Que los requirentes también han señalado que los artículos 1° y 2° del proyecto violan el inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución que establece ‘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’.*

El profesor Raúl Bertelsen precisa su concepto expresando:

‘Este derecho, denominado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República ‘libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica’ y usualmente ‘derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita’, 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’.

Los requirentes hacen consistir el ilícito constitucional en que por la vía de aumentar los tributos se le impone tal carga tributaria a las empresas afectadas que les impide desarrollar su actividad en la forma que les garantiza la Constitución.

Concluyen que esta situación es manifiestamente contraria a un orden público económico basado en la libre empresa y en la subsidiariedad del rol del Estado. En tal medida sería inconstitucional”;

C° 23°. *“Que, históricamente los impuestos impugnados y especialmente al tabaco no han impedido de manera alguna el pleno ejercicio de las actividades económicas de las empresas del giro, lo que constituye un hecho público y notorio el que deriva además de la falta de productos que los sustituyan.*

La evolución de las tasas de los impuestos a la gasolina, los cigarrillos y los cigarros presentan las siguientes características especiales, tanto en el ámbito nacional como en el internacional que es conveniente tener presente y que se demuestra con los cuadros siguientes, de acuerdo al cuadro informativo del Ministerio de Hacienda, titulado Evolución de las Tasas de Impuestos Indirectos 1974-1998:

GASOLINA

1980	1983	1987	1990	1991	1993	1995
22%	27%	3,48 UTM	2,58 UTM	3,6 UTM	3,48 UTM	4,4 UTM

CIGARRILLOS

1974	1978	1982	1995
57%	42,9%	52,9%	55,4%

CIGARROS

1974	1978	1985
40%	26%	46%

Semejante tratamiento se observa, también, en el derecho comparado, donde el tabaco tiene un alto porcentaje de impuesto sobre el precio final. A saber:

<i>Argentina</i>	70%
<i>Brasil</i>	75%
<i>Costa Rica</i>	75%
<i>Bélgica</i>	75%
<i>Dinamarca</i>	84%
<i>Francia</i>	75%
<i>Grecia</i>	73%
<i>Gran Bretaña</i>	78%
<i>Italia</i>	73%
<i>Portugal</i>	81%

Ello no ha afectado la viabilidad de las empresas ya que igualmente, es un hecho público y notorio que, en general, todas ellas han crecido y se encuentran

en una buena posición no obstante los gravámenes discriminados que hasta este momento les afectan.

Por su parte, las distribuidoras de petróleo y sus derivados no van a verse afectadas por esta alza de impuesto ya que, en definitiva serán los usuarios quienes deberán soportarla.

No se ve como el inmenso parque automotriz vaya a disminuir o dejar de circular porque se aumente el impuesto a los combustibles. Ello se traduce en que las empresas del giro podrán continuar desarrollando su actividad económica”;

2.3.3. STC ROL N° 282-98-CDS, DE 28 DE ENERO DE 1999. CASO “TRATADO CHILE-BOLIVIA COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA”

Requerimiento de treinta y cuatro Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 1.412, de 21 de agosto de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se promulgó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22.

Los parlamentarios requirentes –además de invocar la inconstitucionalidad de forma del decreto supremo en su totalidad, por infringir materias de reserva legal– indican, en lo pertinente, que las diversas actividades económicas tienen en la Ley N° 18.525 sobre “*Normas de Importación de Mercaderías al País*” un marco regulatorio legal, que otorga certeza jurídica y a la cual deben someterse para desarrollar su actividad. Luego, con la dictación del citado decreto supremo, el Presidente de la República pretende modificar ese marco regulatorio legal, afectando la garantía constitucional del art. 19, N° 21, de la Carta Fundamental, que, en su inciso primero, reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, respetando las normas legales que las regulen. Esto es, los derechos constitucionales se pueden regular o limitar sólo por normas con rango de ley y no por disposiciones de rango inferior como son los decretos.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 33°. “*Que, por lo demás, la Ley N° 18.525, relativa a ‘Normas Sobre Importación de Mercaderías al País’, publicada en el Diario Oficial de 30 de junio de 1986, que regula el régimen arancelario vigente en el país, incorpora a su normativa los regímenes especiales que se contemplen a través de acuerdos internacionales, tal como lo dispone el inciso segundo de su artículo 1°, debiendo destacarse lo que sobre el particular establece en su artículo 2°, por el que se reconoce que forman también parte de esa ley ‘los derechos que den aplicación al Tratado de Montevideo de 1980, que estableció la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)’.* En consecuencia, los convenios y tratados internacionales

señalados e incorporados como están a la Ley N° 18.525, concurren a regular en el ordenamiento jurídico interno el régimen arancelario vigente”;

(...) C° 36°. “Que, asimismo, en relación con la garantía del N° 21° del artículo 19°, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica respetando las normas legales que la regulen, la que a juicio de los requirentes estaría vulnerada por el Decreto promulgatorio N° 1.412, al alterar el marco regulatorio arancelario fijado por la Ley N° 18.525, igualmente debe ser rechazado con el mérito de lo concluido en el fundamento 33°”.

2.3.4. STC Rol N° 480-06-INA, DE 27 DE JULIO DE 2006. CASO “IBEROAMERICANA DE ENERGÍA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Iberoamericana de Energía Ibener S. A., respecto de diversas disposiciones de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y del DFL N° 1, del Ministerio de Minería de 1982, Ley Eléctrica, en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “*Iberoamericana de Energía Ibener S. A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles*”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

Estima la requirente que los preceptos impugnados serían inconstitucionales porque confieren competencia a la Superintendencia aludida para aplicar sanciones por la infracción de normas legales que no satisfacen el principio de la tipicidad de la falta y de la pena, y también de normas reglamentarias, atentando contra el principio de reserva legal en materia de derecho administrativo sancionatorio, y estableciendo, además, un amplio margen de discrecionalidad a favor de la autoridad fiscalizadora, contraviniendo el artículo 19, N° 3, de la Constitución.

Al formular sus observaciones al requerimiento, la Superintendencia, junto con rebatir la inconstitucionalidad alegada, describe las características especiales de la actividad eléctrica atendido su carácter de servicio de utilidad pública. En este sentido, indica que conforme al artículo 19 N° 21 de la Constitución, la actividad económica debe desarrollarse “*respetando las normas legales que la regulen*”.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 8°. “*Que, en la especie, la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 en relación al 19 N° 26 y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental. Para llegar a esta conclusión basta aceptar la premisa de que las normas que establecen deberes y vinculan sanciones a su incumplimiento, como las descritas en las letras a) y b) del considerando tercero que antecede, limitan el ejercicio del derecho a de-*

sarrollar una actividad económica lícita. En efecto, todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada. En la especie, quien desarrolle una actividad de generación, transporte o distribución eléctrica deberá hacerlo de manera ‘interconectada’ y ‘coordinada’, según lo regula el artículo 81 de la ‘Ley Eléctrica’, bajo amenaza de las sanciones establecidas en el artículo 16 y 16 A, a aplicarse por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 15, ambos de la Ley N° 18.410. De este razonamiento resulta ineludible concluir que los artículos impugnados como inconstitucionales regulan, para el caso, el ejercicio de una actividad económica lícita”;

C° 9°. “Que las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que ‘El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, debe hacerse ‘respetando las normas legales que la regulen’. En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita”;

C° 10°. “Que, congruente con lo anterior, el numeral 2° del artículo 63 de la Constitución, invocado en esta sentencia, al establecer la reserva legal dispuso que eran materias de ley ‘las que la propia Constitución exija que sean reguladas por una ley’. Entre ellas, por las razones ya expuestas, se debe considerar las que regulen el derecho a desarrollar una actividad económica lícita”;

C° 11°. “Que, al razonar de este modo, el Tribunal reafirma lo ya dicho en sentencia de 21 de abril de 1992, Rol N° 146, al resolver sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 357, de 19 de febrero de 1992, en la que señaló: ‘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 como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse;’ (considerando 11)”;

C° 12°. “Que, en consecuencia, las normas que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica, deben estar contenidas en preceptos legales. Igual estatuto ha de aplicarse al resto de las normas que, inseparablemente vinculadas con ellas, establecen que el incumplimiento de tales deberes deben ser

sancionados y las que establecen las sanciones. Es el caso de todas y cada una de las normas impugnadas de inconstitucionalidad en esta causa”;

(...) C° 19°. “Que, de igual forma, de los considerandos anteriores debe seguirse que la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida por la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionatoria de la administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones”;

C° 20°. “Que una vez aceptado que resulta constitucionalmente lícito que un decreto puede detallar una ley que establece deberes administrativos de los administrados, ha de seguirse necesariamente que no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes. En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley, eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella”;

C° 21°. “Que, de este modo, la Constitución otorga y distribuye potestades limitadas a los órganos del Estado para garantizar que su actuación sea en defensa de la persona y de su dignidad, pero suficientes para la consecución del bien común en materias que exigen regulación y fiscalización estatal, como lo es, en la especie, la producción y distribución de energía eléctrica. En virtud de esos principios y conforme a las reglas ya analizadas, la Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales (...);”.

2.3.5. STC Rol N° 479-06-INA, DE 8 DE AGOSTO DE 2006. CASO “MULTAS ELÉCTRICAS”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Compañía Eléctrica San Isidro S. A., Empresa Nacional de Electricidad S. A., Empresa Eléctrica Pehuenche S. A. y Empresa Eléctrica Pangue S. A., respecto del artículo 15 de la Ley N° 18.410, Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, (en adelante, la Su-

perintendencia o SEC), en diversas causas sobre reclamos de ilegalidad de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

Estiman las requirentes que la SEC, amparada en el precepto legal impugnado, les aplicó sanciones de multas por infracciones al Reglamento Eléctrico, vulnerando así los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 11°: *“Que también el principio de legalidad ha de aplicarse en la especie en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, pues ese precepto, conforme a su claro tenor literal y sentido, obliga a que las normas que regulan el ejercicio de una actividad económica lícita estén contenidos en preceptos de rango legal”.*

C° 12°: *“Que resulta evidente que el artículo 15 de la Ley 18.410 limita el ejercicio de una actividad económica lícita, toda vez que permite a la Superintendencia sancionar a quienes desarrollan la actividad de generación, transporte o distribución eléctrica, en caso que esas empresas incurran en algunas de las infracciones que el propio precepto señala. En efecto, de no ser por ese precepto legal, las referidas empresas podrían desarrollar la actividad económica que despliegan, sin estar sujetas a sanciones si infringieran las normas que el propio precepto indica, por lo que estarían libres de esa amenaza y, en consecuencia, significativamente menos reguladas. No cabe duda entonces que la norma cuya aplicabilidad se discute en esta causa regula el ejercicio de una actividad económica lícita”.*

C° 13°: *“Que, si la habilitación para sancionar, que consagra el artículo 15, limita la actividad económica lícita de las personas y empresas que desarrollan la actividad de generación, transporte o distribución eléctrica, forzoso es concluir que tales limitaciones deben estar contenidas, al menos en su descripción esencial, en preceptos legales, en virtud de lo establecido en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental en cuanto dispone que ‘El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional’, debe hacerse ‘respetando las normas legales que la regulen’”.*

C° 14°: *“Que, una vez reiterado por este Tribunal que el principio de legalidad efectivamente rige la actividad sancionadora de la administración, debe aclararse ahora que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias. En efecto, el artículo 32 N° 6 de la Constitución faculta al Presidente de la República para dictar ‘los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;’. El ámbito de regulación de esta potestad reglamentaria de ejecución coincide con aquel que la propia Constitución reserva al dominio legal, si bien le*

está subordinada. Así, en el ámbito reservado al dominio legal es la propia Constitución la que permite la potestad reglamentaria de ejecución, salvo los casos excepcionales en que ella misma dispone mayores restricciones, tal como ha desarrollado ya este Tribunal en el considerando 13° de la tantas veces citada sentencia de 27 de Julio pasado, rol 480”.

C° 15°: *“Que reafirma lo anterior el análisis de las características de generalidad y abstracción propias de la ley. La Constitución de 1980 consagró estas características al establecer, en su artículo 63 el sistema de dominio legal máximo a través de listar las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Si en el sistema de dominio legal máximo de la Constitución de 1980, el legislador debe limitarse a establecer las bases de un ordenamiento jurídico, queda entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, 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’. Reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63”.*

C° 16°: *“Que, como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria no se encuentra excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que sólo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. Como lo afirma la doctrina especializada, ‘... por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales.’ (Cea Egaña, José Luis, los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena; Rev. de Derecho de la Universidad de Valdivia, dic. 1998, Vol. 9, N° 1, pp. 65-104)”.*

C° 17°: *“Que, a igual conclusión de aceptar por regla general la colaboración reglamentaria en materias reservadas por la Constitución al dominio legal, debe llegarse en virtud de lo dispuesto en el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, y tal como ha tenido oportunidad de desarrollar este Tribunal en sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol N° 24, relativo a un requerimiento sobre la Ley de Drogas, el texto del artículo 19 N° 3 exige que la conducta se encuentre ‘expresamente’ descrita en la ley, pero no que esté ‘completamente’ descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno,*

lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable”.

2.3.6. STC Rol N° 467-06-INA, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. CASO “EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, pendiente ante la Corte de Apelaciones de Arica.

La requirente, en lo pertinente, estima conculcada la garantía constitucional contenida en el artículo 19, N° 21, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el precepto cuestionado, al otorgar al Directorio de la Empresa Portuaria de Arica (EPA) la atribución de licitar las labores de movilización bajo sistema monooperador, estaría infringiendo dicho mandato constitucional, habida consideración que, como explica el tratadista don Alejandro Silva Bascuñán, “*lo que la Constitución asegura a todas las personas en la garantía del 19 N° 21 es el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizados en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita bajo el requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad*”. Luego, sostiene la peticionaria, el Estado sólo puede regular pero no limitar dichas actividades, como lo habría hecho en la especie.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 23°. “*Que en cuanto a los vicios de fondo, señala la requirente que el tantas veces aludido inciso segundo del artículo 23 de la Ley 19.542, contravendría el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, desde el momento que la Carta Fundamental faculta al Estado sólo para regular, mas no para limitar la actividad económica, circunstancia esta última que se produciría como consecuencia del llamado a licitación bajo la modalidad de monooperador que ha efectuado la Empresa Portuaria en virtud del referido precepto legal. A ello agrega la circunstancia de que no resulta constitucionalmente posible la delegación de esta materia en un directorio, habida consideración del principio de reserva legal, dado que el ejercicio de toda actividad económica debe efectuarse respetando las normas legales que regulan la misma*”;

C° 24°. “*Que en sus descargos la EPA expone sobre este punto que precisamente la regulación del ejercicio de la actividad de movilización debe efectuarse con estricta sujeción a las normas legales que regulan la misma, esto es, el artículo 23*

de la Ley 19.542, el cual en modo alguno impide el ejercicio de la actividad sino que lo sujeta a una licitación estableciendo una serie de resguardos que protegen la libre competencia. De esta forma concluye la normativa dispone precisamente la forma en que debe desempeñarse la actividad”;

C° 25°. “Que el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República reconoce a todas las personas ‘el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan’, de modo tal que es competencia del legislador regular el ejercicio de la actividad económica lícita”;

C° 26°. “Que, sobre la materia, este mismo Tribunal ha consignado que ‘del tenor del artículo 19, N° 21, 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 a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad;’ (Rol 146, considerando 9°, 21 de abril de 1992). Precizando lo anterior también se ha señalado que ‘regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política;’ (Rol 167, considerando 14°, 6 de abril de 1993). En otro pronunciamiento anterior, el ya citado fallo rol 146, el tribunal declaró 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”. Siguiendo la misma corriente, el también citado fallo rol 167 declara ‘Que, si bien por ‘regular’, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘Ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión ‘las normas legales que la regulen’, pues ello significaría violentar

no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución”;

C° 27°. “Que, por su parte, en relación al alcance de la libertad de emprender este tribunal ha precisado que ‘este derecho, denominado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República ‘libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica’ y usualmente ‘derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita’, 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.’ (Rol 280, considerando 22°, 20 de octubre de 1998). A su vez, la Corte Suprema ha sentenciado, siguiendo a la doctrina especializada, que ‘analizada la norma en estudio desde este punto de vista, el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21° es la libertad que se garantiza a todas las personas sean naturales o jurídicas, para satisfacer sus necesidades múltiples e ilimitadas mediante la utilización de bienes escasos y limitados, no siendo indispensable, ergo, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades.’ (Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de agosto de 2004, confirmado por la Corte Suprema, Rol N° 4732-2005, 26 de septiembre de 2005). Así las cosas, el artículo 19 N° 21 ‘comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto’ (Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 1996, Gaceta Jurídica 192, p. 29); agregándose que ello puede realizarse ‘libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita’ (Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de marzo de 1992, Temas de Derecho, 1993, p. 125-126)”;

C° 28°. “Que en el caso de autos la actividad económica se encuentra precisamente regulada por el legislador; en el artículo 23 de la Ley 19.542, la que señala con absoluta precisión la forma en que debe ejercerse la actividad de muellaje, bajo la modalidad multioperador o monooperador; de modo tal que no resulta atendible la objeción que formula la requirente en cuanto a que se estaría en presencia de una regulación normativa infra legal. Contrariamente a lo que se objeta, no se trata que el directorio de las empresas portuarias por sí y ante sí determine

soberanamente las modalidades de operación del sistema. Es el propio legislador quien se encarga de señalar de manera detallada la forma en que debe ejercerse la actividad económica, cualquiera sea su modalidad, de modo que no cabe sostener que pudiera tratarse en la especie de regulaciones administrativas o de similar calificación”;

C° 29°. *“Que, en efecto, el precepto legal en cuestión detalla los procedimientos que debe seguir el directorio de una empresa portuaria en caso que decida llamarse a licitación bajo el sistema monooperador, siendo especialmente relevante el informe que emita al efecto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano jurisdiccional a quien precisamente se encarga la custodia de dicho bien jurídico en Chile, tal como establece el DL 211, normativa que forma parte del orden público económico a que alude el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República y una de cuyas finalidades es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo a toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos”;*

(...) C° 31°. *“Que de todo lo señalado se desprende que el precepto legal contenido en el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 19.542 no se encuentra en contradicción con el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, desde el momento que el ejercicio de la actividad económica de muellaje que entre otras es realizada precisamente por la empresa requirente en calidad de subcontratista, según consta en autos, la que conserva su condición de empresa habilitada se encuentra regulada expresamente en una norma legal, que señala la forma en que debe efectuarse la misma, de modo de facilitar la libre concurrencia de los diversos entes privados interesados en realizarla, estableciéndose suficientes y adecuados mecanismos para cautelar la libre competencia”;*

2.3.7. STC Rol N° 513-06-INA, DE 2 DE ENERO DE 2007. CASO “LACALLE SOZA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Hernán Lacalle Soza y otros respecto del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017, en la causa Rol N° 577-2006, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Consideran los requirentes que, en su aplicación al caso particular, constituido por un recurso de reclamación interpuesto en contra de las resoluciones N°s 1873 y 1875 de la Dirección General de Aguas, de diciembre de 2005, el precepto cuestionado, al disponer que *“las solicitudes de derecho de aprovechamiento que a la fecha de publicación de la presente ley se encuentren pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas”*,

vulnera –entre otros– el artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política. Lo anterior dado que en la especie existe un conflicto de sucesión de leyes en el tiempo, en el que la aplicación del precepto legal impugnado a la asignación de los derechos de aguas solicitados tanto por los requirientes como por Hidroeléctrica Melocotón Limitada sobre las aguas del río Queuco daría lugar, en opinión de aquéllos, a una transgresión de las garantía constitucional invocada. En esta contienda los reclamantes postulan que corresponde observar en su integridad lo preceptuado por el Código de 1969, en tanto que la Dirección General de Aguas sustenta la aplicación del Código de 1981 y sus modificaciones posteriores, teniendo para ello en cuenta, precisamente, el precepto legal impugnado de inaplicabilidad y el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuya virtud las leyes procesales rigen “*in actum*”. Consideran los actores, también, que el órgano administrativo aludido, al aplicar la norma legal objetada en su desmedro, negándoles la asignación directa de los derechos por ellos impetrados y disponiendo el llamamiento a un remate público para efectuar la adjudicación de los mismos, les estarían imponiendo condiciones más gravosas y diversas a las que el mismo Estado, en cumplimiento de la legislación vigente a la sazón, impuso a peticionarios que solicitaron en la misma época aguas de igual naturaleza.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 19°. *“Que el segundo de los motivos de agravio constitucional que aducen los requirientes lo constituiría la afectación a la garantía de libre emprendimiento de actividades económicas a que daría pábulo la aplicación en este caso de la norma legal impugnada. A este respecto es útil recordar que esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho. Dicho en otros términos, no se vulnera esta garantía en los casos en que su ejercicio supone la obtención previa de una concesión por parte de la autoridad, si ésta no la otorga por motivos legales, como ocurre en el caso de autos, en que es una norma legal la que ordena a la Dirección General de Aguas proceder al otorgamiento de los derechos de agua conforme a un procedimiento de licitación entre los varios peticionarios”;*

C° 20°. *“Que, por otra parte, el referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio. En el caso*

de autos, a juicio de estos sentenciadores, se está en presencia de una actividad económica legalmente regulada, puesto que lo que hace la norma impugnada es precisamente regular la manera en que los interesados pueden obtener el derecho de aprovechamiento de aguas de dominio público. Ahora bien, la regulación legal tiene también sus limitaciones constitucionales, pues con motivo de ella no se pueden afectar los derechos en su esencia ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (numeral 26° del artículo 19 constitucional). Se hace por ello necesario precisar qué ha entendido nuestra jurisprudencia por ‘regular’ y cuándo las limitaciones o restricciones de garantías constitucionales exceden los rangos admisibles por la Constitución.

En lo relativo a la primera cuestión, este Tribunal Constitucional ha expresado que por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la acción de ajustar y conformar a reglas. ‘De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad’. (Rol N° 146, sentencia de 21 de abril de 1992, considerando 9°). En el mismo sentido ha señalado que ‘regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política’. Por otra parte ha dicho que ‘si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo’. (Rol N° 167, sentencia de 6 de abril de 1993, considerandos 12° y 14°).

Respecto de las limitaciones de derechos, este Tribunal ha establecido ciertos estándares que permiten determinar en qué casos se incurre en una restricción inadmisibles desde el punto de vista constitucional. Con tal propósito ha señalado que ‘un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible’. Asimismo ha dicho que ‘se impide el libre ejercicio de un derecho en 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.’ ‘El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular. Finalmente debe averiguarse si el derecho ha sido despojado de su necesaria protección o tutela adecuada a fin de que el derecho no se transforme en una facultad indisponible para su titular’. (Sentencias del Tribunal Constitucional en los roles N°s 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21°; 200, de 14 de noviembre de 1994, considerando 4°; y 280, de 20 de octubre de 1998, considerando 29°).

A la luz de los criterios jurisprudenciales expuestos es posible concluir que, en el caso de autos, estamos en presencia de una regulación legal que no implica conculcación de la libertad de emprendimiento económico. En efecto, el precepto legal impugnado se limita a reglamentar la forma transitoria conforme a la cual se puede adquirir un derecho de aprovechamiento de aguas y, en virtud de ello, desarrollar una actividad económica, en este caso la generación de energía eléctrica. No se advierte, entonces la manera en que el mecanismo de remate de los derechos de agua pueda hacer que la libertad económica de los requirentes ‘deje de ser reconocible’ o se ‘haga irrealizable’ o quede ‘privada de la tutela jurídica adecuada’ o, por último, se ‘torne ilusorio su ejercicio’. Se trata, entonces, de una norma que si bien reduce la opción de los solicitantes de llegar a ser titulares de los derechos de agua solicitados, al obligarlos a concursar en un remate en pos de su obtención, no les impide acceder a tal adquisición ni les ha puesto obstáculos que la hagan imposible”;

C° 21°. *“Que, por otra parte, el derecho a desarrollar una actividad económica haciendo uso de un derecho de aprovechamiento de aguas, supone necesariamente la adquisición previa de ese derecho. Quien no lo ha obtenido de acuerdo a los procedimientos y requisitos que establece la legislación, no puede invocar un supuesto derecho a ejercer actividades económicas a través de él. En la especie los requirentes no han adquirido el derecho de aprovechamiento de las aguas respectivas, por lo que tampoco pueden emprender una actividad económica en la que deban emplear el correspondiente caudal. Si bien ellos pueden argumentar que allí reside la inconstitucionalidad de la norma que impugnan, al ponerles trabas a la obtención del derecho que han solicitado, ya se ha demostrado en el razonamiento precedente que dichas limitaciones no afectan a tal derecho en su esencia ni son caprichosas ni arbitrarias, pues resultan de una norma legal que, fundándose en orientaciones de bien público, ha regulado sobre bases de general y objetiva aplicación el acceso al aludido recurso natural”;*

C° 22°. *“Por las motivaciones expuestas en los tres razonamientos que anteceden, tampoco procede acoger el requerimiento de inaplicabilidad por vulneración del derecho al libre desarrollo de actividades económicas, consagrado en el número 21° del artículo 19 de la Constitución”;*

2.3.8. STC ROLES N°s 694-06-INA Y 695-06-INA (ACUMULADOS), DE 5 DE JULIO DE 2007. CASO “COMPAÑÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES”

Requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. respecto del inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en la parte que impone la indemnización que indica, en relación con los autos sobre recursos de apelación caratulados “*Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

Las dos gestiones en que inciden los requerimientos de inaplicabilidad deducidos tienen su origen en dos expedientes administrativos, en los cuales, la Subsecretaría de Telecomunicaciones sancionó a la requirente con una multa a beneficio fiscal, por haber infringido el artículo 27, inciso segundo, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en cuanto a no haber cumplido con la obligación de indemnizar a sus usuarios por causa de suspensión, interrupción o alteración del servicio público telefónico, conforme al monto y procedimiento establecido en la normativa infringida.

Estima la actora que el precepto impugnado, en su aplicación a las gestiones en que incide, infringiría, entre otros, el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República, ya que el derecho que asiste a las empresas telefónicas a desarrollar lícitamente su actividad económica, se ve afectado desde el momento en que sin un proceso judicial previo, el monto de los perjuicios a indemnizar a los usuarios se le impone a priori y la aplicación o descuento de tal indemnización se deja entregada por el legislador a una mera resolución de la autoridad administrativa.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 10°. *“Cabe igualmente desestimar la alegación fundada en que lo dispuesto por la norma impugnada entrañaría una vulneración a la libertad para desarrollar actividades económicas que consagra el numeral 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Ello por cuanto, en primer lugar, la actividad económica consistente en la prestación de servicio público telefónico no es una de aquellas que puedan emprenderse por los particulares omnímodamente, por su sola y simple voluntad, sino que se trata de una actividad regulada por la ley en los términos que lo prevé la propia disposición constitucional invocada por la requirente. Además, esa regulación legal contempla que esta clase de servicios se prestan al público previa una concesión expedida por la autoridad competente, lo que supone para el concesionario someterse a una serie de exigencias y requisitos establecidos en pos de asegurar la calidad y continuidad del servicio. Otro rasgo caracterizante de la regulación de los servicios de utilidad pública es que la autoridad encargada de velar por su correcta prestación es la facultada por el legislador, en primera instancia, para aplicar la regulación pertinente en la esfera administrativa, lo que incluye el ejercicio de una potestad sancionatoria en el caso de infracciones, sin desmedro de que sus determinaciones sean revisables, a instancias del afectado, en sede jurisdiccional, aspecto que garantiza, en último término una decisión objetiva, imparcial y apegada a derecho del conflicto suscitado entre la autoridad y el concesionario, tal como se ha dejado establecido en el considerando séptimo de esta sentencia”;*

2.3.9. STC ROL N° 804-07-INA, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007. CASO “OPTÓMETRA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Ópticas Santa Victoria Limitada y Jeannye Meneses Cubides, respecto de los artículos 113, inciso primero; 128, inciso primero, y 129, inciso final, del Decreto con Fuerza de Ley N° 725, del año 1967, aprobatorio del Código Sanitario, en relación con la causa caratulada “*Óptica Santa Victoria Ltda. con Secretaría Ministerial de Salud de la Región Metropolitana*”, de que conoce el 29° Juzgado Civil de Santiago.

Las requirentes señalan que solicitaron a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana una autorización sanitaria para la instalación de un establecimiento de optometría, que estaría a cargo de Jeannye Meneses Cubides, optómetra titulada en la Universidad de La Salle en Colombia, cuyo título se encuentra reconocido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, conforme a la Convención entre la República de Chile y la República de Colombia celebrada el 23 de junio de 1921 y publicada en el Diario Oficial de 11 de julio de 1922 como Ley N° 3.860, actualmente vigente, por lo que debe reconocérsele para los efectos del libre ejercicio de la profesión en Chile su título de optómetra. Indican que la Secretaría Regional Ministerial respectiva rechazó dicha solicitud arguyendo que, de acuerdo con los artículos 128 y 128 bis del Código Sanitario y el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud de 1985, “*en Chile sólo los médicos cirujanos pueden ejercer la Optometría midiendo y recetando lentes, no así los optómetras, aun existiendo tratado vigente con Colombia*”. Ante ello interpusieron demanda de nulidad de derecho público en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, acción que constituye la gestión en que incide el requerimiento deducido.

Entre otras alegaciones, estiman las actoras que en su aplicación al caso concreto las normas impugnadas contravienen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, tales como la libertad de trabajo y su protección, garantizados en los numerales 21° y 16° del artículo 19 de la Constitución. Ello, por cuanto no permiten el legítimo ejercicio de la optometría por optómetras legalmente habilitados por las autoridades chilenas al amparo de un tratado internacional vigente, como tampoco el establecimiento de un centro de optometría a cargo de estos profesionales reconocidos, todo lo anterior sin que concurra alguna de las causales consagradas en la Constitución que habilitan para restringir el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 11°. *“Que poder ejercer libremente una profesión implica, en los hechos, desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte, certificados ya por una entidad competente del país concelebrante y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias y que se derivan de las normas generales internas del país receptor o de las especiales que la regulan, materia que abordaremos más adelante. En el caso de los optómetras, profesión que no se imparte actualmente en Chile, habrá que estarse a la formación recibida en la República de Colombia y sobre la base de dichos conocimientos y del ámbito profesional habitual que corresponde, determinar su equivalencia en el orden jurídico chileno”;*

C° 12°. *“Que, sobre el particular, este Tribunal es de la opinión que una correcta aplicación de la Convención Internacional invocada en este requerimiento no conlleva concebir el derecho a ejercitar una profesión liberal sin tener en consideración las condiciones y requisitos que se establezcan para tal efecto en Chile, en la medida que las mismas sean establecidas por ley y se respeten los demás aspectos mencionados con anterioridad. Ello, pues el tratado no regula el ámbito o campo laboral que, de acuerdo al derecho interno, corresponde a cada profesión, sino que su finalidad esencial es validar, sin procesos de reconocimiento, revalidación o convalidación, los títulos y diplomas legalmente expedidos por la autoridad nacional competente. Ello no implica, sin embargo, que la autoridad nacional pueda obviar o desconocer las obligaciones de la Convención, pues debe realizar todos los esfuerzos posibles, actuando en el marco de sus atribuciones y en la forma que establece la Constitución, para materializar en debida forma y de buena fe las obligaciones contenidas en ella”;*

(...) C° 17°. *“Que, para pronunciarse sobre la vulneración de la libertad de trabajo y del derecho a desarrollar actividades económicas, es indispensable establecer el carácter de la optometría como ejercicio profesional y su protección en Chile, en especial a la luz de la aplicación del tratado que invocan los requirentes.*

La profesión de óptico, que no se encuentra formalmente reconocida o regulada en nuestro país, tiene una larga tradición en la República de Colombia y en otros países del mundo, caracterizándose por ser un programa de estudios de nivel técnico o universitario orientado a la formación de profesionales especialistas en la determinación de la refracción ocular, que los autoriza, mediante el instrumental adecuado, a recetar lentes ópticos. En el caso de la profesional que recurre de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sus estudios universitarios la habilitan en la República de Colombia para ejercer su profesión según la Ley N.° 372, de 28 de mayo de 1997 (...);

C° 18°. *“Que el ejercicio de la optometría en Colombia, que se pretende hacer regir en nuestro país irrestrictamente, tampoco se ciñe a un modo de ser inobjetable unánimemente reconocido. Ello se refleja en las consideraciones contenidas*

en la sentencia ya citada de la Corte Constitucional de Colombia, al controlar la constitucionalidad de la Ley de Optometría y señalar que ‘el juez constitucional, al analizar la norma que determina el ámbito atribuido a una actividad profesional relacionada, complementaria o afín a otra u otras, cuando se trata de materias técnicas o científicas cuyos límites son discutibles inclusive en el medio integrado por quienes las profesan –tal es el caso de optómetras y oftalmólogos, cuyas divergencias en torno al campo de acción de cada una de las profesiones ha quedado patente–, no puede descalificar lo dispuesto por la ley, a la cual corresponde constitucionalmente la competencia al respecto’;

(...) C° 20°. “Que la profesión de optómetra no aparece regulada en nuestra legislación y la referencia a ella sólo es circunstancial, consignada en el Decreto Supremo N° 549, de 17 de julio de 1931, que alude a una Cátedra Universitaria de Optometría que se establecerá y al reconocimiento a las personas que hayan ejercido la profesión de optometrista por lo menos durante 10 años en establecimientos ópticos.

Por otra parte, sí se encuentra reglado el ejercicio de la Medicina en los artículos 112 y siguientes del Código Sanitario, en particular cuando se dispone que ‘sólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina quienes posean el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado’ y estén habilitados legalmente para el ejercicio de la profesión; se consigna como objeto de la profesión todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes o consultantes, y –en lo que singularmente interesa a esta causa– se le confía al médico la prescripción de lentes con fuerza dióptrica”;

C° 21°. “Que, en el contexto precitado y bajo el amparo de la libertad de trabajo y del derecho a desarrollar actividades económicas, puede concluirse que el ejercicio de la Optometría en nuestro país es lícito y comprende todas aquellas acciones propias de esta profesión que no se encuentran reservadas en forma exclusiva al médico cirujano en consideración a su capacidad e idoneidad personal”;

(...) C° 26°. “Que del análisis de la normativa sobre prescripción de lentes puede inferirse que desde sus inicios se prohibió expender, vender o distribuir anteojos al público sin receta de médico cirujano debidamente titulado, situación que a partir de la vigencia de la Ley 18.796, de 24 de mayo de 1989, aparece ligeramente innovada con el mandato legal contenido en el artículo 128 del Código Sanitario, que radica sólo en los establecimientos de óptica la fabricación de lentes con fuerza dióptrica ‘de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta médica correspondiente’. Sin embargo, no corresponde en esta sede interpretar el alcance de dicho precepto ni los efectos que provoca el reemplazo de una norma prohibitiva para la prescripción de lentes por una imperativa, que se relaciona con la fabricación de los mismos. La otra conclusión alude a que la prohibición impuesta a quienes no poseyeran el título de médico para practicar el examen de

la vista, contenida en decretos supremos, no se mantuvo en el Código Sanitario y hoy no está expresa ni formalmente vigente”;

C° 27°. “Que para la Carta Política reviste trascendencia la determinación de las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, como lo refleja su atribución a la ley en el número 16 del artículo 19 del texto fundamental. El mandato al legislador se ubica precisamente en el numeral referido a la libertad laboral y en el contexto de las prohibiciones para desempeñar alguna clase de trabajo. Por cierto, si la ley debe determinar las profesiones que requieren grado o título universitario para su ejercicio resulta lógico que pueda regular el contenido y límite de las mismas, fijando las bases esenciales del ordenamiento jurídico que les concierne. Desde ese punto de vista, legítimamente la ley ha definido el marco general de la profesión de médico cirujano y le ha reservado, como se ha dicho, la formulación de diagnóstico, pronóstico o tratamiento en pacientes y consultantes.

En la regulación del ejercicio de una profesión, en cuanto se le reserva el desarrollo de específicas actividades, se está, a la vez, limitando inevitablemente su ejercicio a otras personas que no están amparadas por dicha reserva. Discernir los límites racionales de cada actividad es atribución del legislador; a quien incumbe regular las bases esenciales de todo ordenamiento jurídico, sin otra restricción que el respeto de los principios y derechos constitucionales”;

(...) C° 30°. “Que el constituyente igualmente se ha encargado de indicar que ‘ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así’, enumerando taxativamente las causales por las cuales puede impedirse realizar una actividad laboral, con lo que excluye así toda posibilidad de que autoridad alguna pueda, sobre la base de otros fundamentos, prohibir la libertad de trabajo. Unese a esta precaución constitucional el hecho de que el constituyente permita que sólo el legislador pueda impedir una clase de trabajo, imposibilitando, de esta manera, que una autoridad ajena a la función legislativa pueda adoptar una decisión de esta trascendencia”;

C° 31°. “Que la prohibición antedicha no ha sido transgredida, en este caso, por los preceptos legales cuestionados, pues éstos no contemplan la interdicción general o absoluta para desempeñar la profesión de optómetra, sino que consignan un límite a sus posibilidades de pleno ejercicio, determinado por la atribución, en algunos casos exclusiva y en otras concurrente al desempeño de la medicina”;

C° 32°. “Que, a mayor abundamiento, la Constitución asegura el derecho a la protección de la salud (artículo 19, número 9) y entrega al Estado ‘la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud’, imponiéndole como deber preferente ‘garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley’. Se protege un valor social de suyo trascendente, vinculado directamente al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de

las personas. En consecuencia, la regulación del legislador aparece dotada de fundamentos suficientes en la realización de otros valores constitucionales, que excluyen una discriminación fundada en el mero capricho o una reglamentación que desvirtúe la esencia de un derecho”;

2.3.10. STC ROL N° 755-07-INA, DE 31 DE MARZO DE 2008. CASO “ABOGADO DE TURNO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Sergio Toloza Rodríguez y el Colegio de Abogados de Chile A.G. respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en la causa sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazado por sentencia de 6 de diciembre de 2006 y en apelación ante la Corte Suprema.

El recurso de protección citado fue deducido por el señor Sergio Toloza Rodríguez en contra de la Juez Presidente del Juzgado de Familia de Osorno, por la dictación del decreto económico en virtud del cual lo designó como abogado de turno, sobre la base del precepto legal impugnado, norma que vulneraría diversos derechos garantizados por la Carta Fundamental, entre los cuales se indica la infracción de la libertad para desarrollar actividades económicas lícitas, consagrada en el artículo 19, N° 21 de la Constitución. En este sentido, indican los requirentes que la profesión de abogado no constituye una función pública sino la realización de una actividad económica, precisando que dicha calificación se produce desde el momento en que los abogados ofrecen un servicio al mercado, reciben una contraprestación por dicho servicio y asumen personalmente el riesgo por las contingencias del encargo. Así, corresponde aplicar a la profesión de abogado el estatuto constitucional del artículo 19, N° 21, de la Ley Fundamental. Este se encuentra configurado tanto por la plena libertad para desarrollar la actividad –en razón de la cual nadie puede ser obligado compulsivamente a prestar sus servicios sin una correspondiente contraprestación– como por las causales taxativas que establece la Constitución para prohibir una actividad y, finalmente, por la obligación que impone al legislador el artículo 19, N° 26, de la Ley Fundamental, en el sentido de no afectar mediante la regulación la esencia del derecho.

Alegan que la violación del derecho se produciría puesto que el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales vulnera uno de los elementos esenciales del derecho a desarrollar actividades económicas, al obligar –bajo sanción estatal– a los abogados a prestar servicios gratuitamente, privándoles del lucro o beneficio pecuniario que es connatural a toda actividad económica.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 56°. “*Que también se señala por el requirente que la disposición legal contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales vulneraría la libertad de trabajo y la libertad de empresa, consagradas en el artículo 19, N°s 16 y 21, respectivamente*”;

C° 57°. “*Que la eventual infracción al derecho a desarrollar actividades económicas se produciría como consecuencia de que se obligaría a los abogados –bajo sanción estatal– a desarrollar una determinada actividad económica, la que, además, se efectuaría sin el derecho a una contraprestación pecuniaria. Por su parte, respecto de la libertad de trabajo –que entienden los requirentes se integra con el anterior derecho– ella se vulneraría desde que el turno importaría una práctica forzada de un trabajo o actividad, sin derecho a retribución alguna por parte del Estado, que sería el beneficiario*”;

C° 58°. “*Que en el caso de autos, como se ha señalado, se impone a los abogados una carga que consiste en el ejercicio gratuito de un determinado trabajo excepcional, lo que se relacionaría –en opinión de la requirente– con el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política de la República, que asegura ‘la libertad de trabajo y su protección’, precisando que ‘toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución’. Este derecho fundamental, como lo ha señalado la doctrina, debe entenderse en un sentido amplio, al proteger ‘no sólo el trabajo del asalariado o trabajador dependiente, sino que quedarían comprendidos también los trabajadores independientes’ (Luz Bulnes Aldunate, La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, Revista de Derecho Público, 28, 1980, página 129). Por lo mismo, ‘la justa retribución debe entenderse referida como un concepto amplio, el que comprende tanto al trabajador independiente como al subordinado’ (Héctor Humeres, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I, p. 31)*”;

C° 59°. “*Que la profesión de abogado tiene determinadas particularidades, habida consideración de la función que se realiza a través de ella. Los abogados, tal como lo indica el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, son ‘personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes’. Si bien no son auxiliares de la administración de justicia, cooperan con el servicio judicial, desempeñando ante los tribunales de justicia relevantes funciones. En efecto, como lo ha consignado la doctrina procesal, se trata de personas que ‘desempeñan una función pública y deben colaborar al servicio judicial desempeñando sus funciones con altura de miras y sin olvidar nunca el interés general que están llamados a cautelar’ (Fernando Alessandri R., Apuntes de Derecho Procesal, p. 418). En otras palabras, el abogado es conceptualizado como un ‘verdadero colaborador de la administración de justicia y, en este sentido, se le imponen deberes superiores a los meramente privados’ (Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, p. 194). Se*

trata entonces de una actividad profesional que se relaciona tanto con aspectos de interés particular como público, desde que colabora con la administración de justicia. (...) Como ha quedado explicitado, su carácter especial se constata en la circunstancia de que se trata de la única profesión universitaria cuyo título no es otorgado por las mismas universidades sino que por la Corte Suprema de Justicia, según expresa el artículo 521 del Código Orgánico de Tribunales, precisamente, porque son colaboradores de la administración de justicia”;

C° 60°. *“Que la Carta Fundamental reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona humana a que alude el artículo 1° de la Constitución Política. Como lo recuerda Couture: ‘de asuntos de dinero, el abogado debe hablar con su cliente sólo una vez: concluido el litigio, para ajustar en muy pocas palabras, las menos posibles, la recompensa del trabajo legítimo’ (El Arte del Derecho y otras meditaciones, México, 2002, página 172)”;*

(...) C° 63°. *“Que, además, como lo ha señalado recientemente esta Magistratura (Rol N° 804), poder ejercer libremente una profesión implica, en los hechos, desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las establecidas en la propia Carta Fundamental, debiendo el legislador regular su ejercicio –como en este caso con la carga excepcional del turno gratuito– sin afectar los derechos en su esencia, en los términos que señala el artículo 19, N° 26, de la misma. La doctrina ha precisado que la libertad de trabajo y su protección ‘es un derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley’ (Enrique Evans de la Cuadra, Derechos Constitucionales, Tomo III, p. 10). Ya decía Carnelutti que ‘un hombre obligado es un hombre ligado y un hombre ligado no tiene libertad’ (Arte del Derecho, México, 2002, página 5). En este caso, el trabajo se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa retribución pecuniaria”;*

(...) C° 67°. *“Que, en tal sentido, consta de autos que uno de los requirentes ha sido designado como abogado de turno en dos oportunidades, en menos de medio año, esto es, el 2 de octubre de 2006 y el 28 de febrero de 2007. Si bien no se acreditan los parámetros que se tuvieron en consideración para la designación y si se dio cumplimiento a las normas de precedencia que hacen excepcional y supletorio el turno, ni tampoco las obligaciones que debieron desatenderse para cumplir con la carga del turno, con los consiguientes perjuicios patrimoniales, no aparece que el requirente se haya visto privado de su libertad de trabajo ni de su capacidad de ejercer privadamente su profesión con las dos designaciones acreditadas. Con todo, resulta igualmente evidente que la ejecución de dichas labores no ha podido*

sino producir un menoscabo y un detrimento que debe ser debidamente compensado por el Estado, en su caso”¹⁰⁹.

2.3.11. STC Rol N° 980-07-INA, DE 13 DE MAYO DE 2008. CASO “AGENCIA DE TURISMO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Universal Agencia de Turismo Limitada respecto del artículo 43 de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en relación con los autos sobre denuncia infraccional y demanda civil en los cuales dictó sentencia definitiva el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes y que se encuentran pendientes en apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La norma impugnada dispone que *“el proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”*. Señala la actora que, fundado en este precepto legal, el Juez de Policía Local aludido, acogió la demanda interpuesta en su contra por Valentina Veloso Valenzuela quien le había encomendado la compra de pasajes aéreos a la sociedad Air Madrid, misma empresa que quebró luego de ejecutado el mencionado encargo y antes de que aquella persona hiciera uso de los respectivos boletos. En razón de lo anterior se condenó a la agencia de turismo al pago de una suma de dinero a favor de la demandante, estimando la actora que dicho pronunciamiento judicial se habría fundado en una equivocada interpretación del artículo 43 impugnado.

La requirente sostiene que la aplicación al caso concreto de la norma legal impugnada vulneraría, entre otras, la garantía constitucional del derecho a desarrollar libremente actividades económicas lícitas, reconocido en el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental. Lo anterior dado que su gestión de comisionista para la compra de pasajes aéreos representaría un porcentaje aproximado del 60% o 70% del giro total del negocio que desarrollan las agencias de viajes en el país, por lo cual, si como en el caso de autos y por aplicación del precepto legal impugnado aquellas entidades son obligadas a indemnizar perjuicios deriva-

¹⁰⁹ En este caso se acogió el requerimiento, pero sólo en cuanto se declaró inaplicable la expresión *“gratuitamente”* a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, y sin estimar como infringido el art. 19, N° 21, CPR. En el mismo sentido, STC Rol N° 1.140-08-INA, de 14 de enero de 2009. Caso “Abogado de Turno II”, Cos 46°, 47°, 54°, 58° y 59°.

dos de hechos fortuitos o por hechos de un tercero, verían gravemente comprometido su patrimonio y, como consecuencia, serían obligadas a abandonar el mercado.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 13°. *“Que la primera de las garantías constitucionales que la actora señala como infringidas por la aplicación del precepto legal reprochado en la causa pendiente es la contemplada en el inciso primero del numeral 21° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud la Carta Fundamental asegura a todas las personas ‘el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen’.*

En la especie, a juicio de la requirente, este derecho se vería conculcado por la aplicación de la norma legal objetada, ya que ella traería consigo la imposibilidad práctica de emprender este rubro de negocios al tener que responder su titular de los incumplimientos en que incurra un tercero.

Que esta pretensión debe ser desestimada, en primer lugar, por cuanto el aludido derecho no está concebido, naturalmente, en términos absolutos, sino que el propio constituyente se encargó de advertir que el libre emprendimiento de actividades económicas está supeditado a la observancia de las normas legales que regulen la respectiva actividad, que es lo que en relación con este giro comercial hace el artículo 43 de la Ley de Protección al Consumidor. Además porque, según se ha razonado en los considerandos precedentes de esta sentencia, particularmente en los que van del ordinal noveno al undécimo, al imponer al intermediario la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador final de los servicios, el legislador no ha procedido de manera caprichosa ni injustificada, sino que lo ha hecho con estricto apego a la naturaleza particular del contrato celebrado entre aquél y el consumidor; inspirado además por criterios de justicia en la regulación de una relación entre partes desiguales”;

C° 14°. *“Que de entenderse, como lo hace la requirente, que en esas condiciones el ejercicio de esta actividad comercial no resultaría económicamente atractivo, por el riesgo financiero que conlleva responder de los incumplimientos de un tercero sobre cuya conducta el intermediario no tiene control, le quedaría abierta la posibilidad de desarrollar dicho giro actuando en la forma abordada en el considerando duodécimo que antecede, es decir, como comisionista para la venta por parte del prestador de los servicios, en cuyo caso no asumiría este tipo de riesgo”;*

C° 15°. *“Que, por lo demás, la ecuanimidad con que el legislador ha regulado esta específica modalidad contractual queda de manifiesto en la circunstancia de que se habilite al intermediario que ha respondido frente al consumidor para*

repetir o ejercer acción de reembolso contra el tercero que ha incurrido en el incumplimiento, con lo cual se lo deja indemne del efecto patrimonial adverso que la requirente denuncia”.

2.3.12. STC Rol N° 1144-08-INA, DE 23 DE DICIEMBRE DE 2008. CASO “CÓDIGOS EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Alejandro Vergara Blanco respecto del artículo 2° de la Ley N° 8.828, en la causa sobre juicio sumario caratulado “*Rojas, Patricio, con Editorial LexisNexis Chile Limitada*”, de que conoce el 26° Juzgado Civil de Santiago.

Estima el actor que la norma impugnada, al disponer que las ediciones oficiales de los Códigos de la República sólo pueden hacerse por la Editorial Jurídica de Chile, vulneraría en su aplicación al caso particular, entre otras, la garantía contenida en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución, porque implica excluir del mercado a agentes que realizan una actividad económica lícita, como es la de crear, editar y publicar libros, y permite a un órgano del Estado inmiscuirse en actividades empresariales sometiéndose a una ley diversa a la que se aplica a los particulares; otorgándosele a la Editorial Jurídica de Chile un privilegio monopólico para editar Códigos.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 56°. “*Que, como ya se ha señalado más de una vez, sobre la base de las argumentaciones ya referidas suficientemente en lo que va corrido de esta sentencia, en el petitorio de su requerimiento el señor Vergara Blanco solicita ‘declarar inaplicable para este juicio el artículo 2° de la ley N° 8.828, por ser contrario al artículo 19, N°s 21, 22, 24 y 25 de la Constitución Política de la República, con costas’.*”;

C° 57°. “*Que las normas constitucionales invocadas como quebrantadas aseguran, las dos primeras, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y la igualdad de trato en materia económica; el derecho de propiedad en sus diversas especies, la tercera, y, la última, la libertad de crear y difundir las artes y el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas*”;

(...) C° 60°. “*Que, en consecuencia, ni la actividad económica ni la propiedad del señor Vergara Blanco que son materia de este proceso constitucional, se refieren o recaen sobre la creación o edición oficial de “Códigos de la República”, en el sentido latamente explicado en esta misma sentencia. Por el contrario, en lo que interesa al presente proceso, la actividad económica cuyo libre ejercicio reclama el señor Vergara Blanco, y sobre cuyo producto recae la propiedad intelectual de la que es dueño, consiste en la creación y edición de dos obras literarias que, al*

tenor de los registros respectivos, pertenecen al género de las monografías, esto es, de aquellas obras intelectuales escritas que consisten en una ‘descripción y tratado especial de determinada parte de una ciencia, o de algún asunto en particular’, de acuerdo a la acepción contenida en el Diccionario de la Lengua Española (22ª edición)”;

(...) C° 62°. “Que la actividad económica cuyo desarrollo por parte del requiriente se vería supuestamente afectado y respecto de la cual sería objeto de discriminación arbitraria por parte del Estado, consiste, según se consigna en el requerimiento, en ‘crear, editar y publicar libros’. Más específicamente, se sostiene que la aplicación de la norma cuestionada ‘pretende excluir del mercado agentes que realizan una actividad económica absolutamente lícita consistente en crear, editar y publicar libros bajo la denominación de ‘Códigos’...’ (fs.13).

La norma sobre legalidad de la actividad empresarial del Estado se vería, a su vez, ‘vulnerada ya que el precepto legal impugnado permite a un órgano del Estado inmiscuirse en actividades empresariales sometiéndose a una ley distinta a la aplicada a los particulares (le otorga el privilegio monopolístico de editar sólo él, ‘ediciones oficiales de los códigos’); de hecho, lo que hace esta disposición es excluir de este mercado a los particulares, sin ningún fundamento, permitiendo un monopolio legal que en nada se justifica.’ (fs.13)”;

(...) C° 65°. “Que los preceptos constitucionales de los numerales 21° y 22° del artículo 19, que se alegan infringidos, forman parte del denominado ‘orden público económico’, que si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo. Sobre él este Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores”;

C° 66°. “Que, en efecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal se refirió al orden público económico, señalando que estimaba pertinente al respecto ‘invocar nuevamente la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como ‘el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del orden público económico, en cuanto lo define como el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, como se señalara en el Rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las

iniciativas y actividades en materias económicas...’ (Rol 546, Capítulo I, considerando 8)”;

C° 67°. “*Que, como se dijo, si la facultad de dictar leyes corresponde exclusivamente a los Poderes Colegisladores (y excepcionalmente al Presidente de la República) y no puede ser ejercida por los particulares, resulta fácil concluir que la publicación oficial de los textos legales y las ediciones oficiales que de ellos se hagan, forman parte inseparable de esta función de carácter público, la que podrá ser ejecutada directamente por los Poderes Colegisladores o por un tercero a quien se entregue esa tarea*”;

C° 68°. “*Que, como ya se ha señalado, en Chile la ley ha encomendado esta tarea, en distintas dimensiones de ella: al Diario Oficial, a la Contraloría General de la República y a la Editorial Jurídica de Chile*”;

C° 69°. “*Que es menester dejar perfectamente claro que el régimen de ediciones oficiales de los Códigos de la República, que se ha descrito en esta sentencia, ha sido la opción del Legislador, quien está facultado por las mismas normas constitucionales que se dicen conculcadas para elegir si ejerce directamente esta tarea, se la encarga a un ente público, la delega mediante concesiones en entidades privadas o establece reglas apropiadas para que sea ejercida por cualquiera que cumpla con ellas*”;

C° 70°. “*Que la aludida opción es de carácter político, pues es adoptada por la autoridad política a la cual la Constitución entrega estas potestades, para ser ejercidas de acuerdo con su criterio, a condición de que al hacerlo se ajuste a las facultades y a las formas que le señalan la Constitución y las leyes*”;

C° 71°. “*Que el juicio que pueda formularse sobre la conveniencia o el mayor o menor acierto de las opciones que adopta el Poder Político es necesariamente un juicio de carácter político, y a esta Magistratura le corresponde juzgar en derecho, ejerciendo su jurisdicción para decidir, en los casos y en la forma que señala la Constitución, si al hacer su opción política el Poder Colegislador violó o no la Constitución, y por las razones antes expuestas estimamos que en este caso no lo hizo*”;

C° 72°. “*Que corolario de las consideraciones precedentes es que no puede darse por demostrado que la aplicación del precepto legal impugnado resulte contraria a lo establecido en los números 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución pues, por una parte, el Legislador no ha violado la Constitución al establecer el actual régimen de ediciones oficiales de los códigos, ni este régimen puede llegar a afectar la libertad económica del requirente en el caso concreto, pues, como se precisó oportunamente, sus derechos recaen sobre el desarrollo de actividades económicas por completo ajenas a la creación y edición oficial de los Códigos de la República,*”.

2.3.13. STC Rol N° 1252-08-INA, DE 28 DE ABRIL DE 2009. CASO “BCI CON INSPECCIÓN DEL TRABAJO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el Banco de Crédito e Inversiones S.A., respecto del artículo 12, inciso final, del Código del Trabajo, en la causa caratulada “*Banco BCI con Inspección Provincial del Trabajo de Coquimbo*”, de que conoce el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena.

El requirente indica que el Inspector Provincial del Trabajo de Coquimbo emitió una resolución administrativa por la cual se le imputaba al Banco haber ejercido ilegalmente las facultades del artículo 12, inciso primero, del Código del Trabajo –que permite al empleador alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, en las condiciones que indica–, ante lo cual el Banco hizo uso de la acción de reclamación prevista en el inciso final del mismo artículo para impugnar la resolución antedicha.

Estima el requirente que, en su aplicación al caso concreto, el precepto cuestionado al establecer la posibilidad de recurrir ante el juez, quien resolverá en única instancia y sin forma de juicio, oyendo a las partes, infringe la garantía constitucional del proceso justo y racional (artículo 19, N° 3, CPR), y podría infringir la garantía constitucional de la libertad de empresa, contenida en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 11°. “*Que corresponde entonces ahora referirse a la infracción a la garantía constitucional de la libertad económica, reconocida en el artículo 19, numeral 21, de la Carta Fundamental. Dicha norma consagra ‘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’.* Cabe señalar que la requirente es una sociedad bancaria, de giro especial establecido por la Ley General de Bancos, que, como es de pública notoriedad, ha continuado la realización de sus actividades con toda normalidad, por lo cual en este caso concreto la garantía de la libertad de empresa no se ha visto violentada por la aplicación del precepto impugnado”;

C° 12°. “*Que además cabe señalar que el ejercicio de la actividad económica se enmarca en el derecho fundamental aludido, dentro de los límites de la moral, el orden público y la seguridad nacional, en la medida que se cumple con la legislación que la regula, entre la cual se encuentra el artículo 243 del Código del Trabajo, no impugnado en la especie*”;

2.3.14. STC ROL N° 1448-09-INA, DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2010. CASO “EMPRESA PORTUARIA COQUIMBO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo, respecto del inciso final del artículo 31 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción –que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973–, en un recurso de hecho pendiente ante la Corte Suprema, interpuesto por su parte en contra de la resolución denegatoria del recurso de reclamación dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en un procedimiento no contencioso sobre solicitud de informe de la Empresa Portuaria de Coquimbo para la licitación de un frente de atraque para los sitios 1 y 2 del puerto del mismo nombre.

Estima el requirente que la aplicación de la norma impugnada, en cuanto le impide a los terceros intervinientes –que presentan antecedentes en los procedimientos no contenciosos que sustancia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia– deducir reclamación para ante la Corte Suprema, respecto de los informes y de las resoluciones –referidas a la celebración o ejecución de actos y contratos consultados al Tribunal Antimonopólico– que no fijan condiciones, vulnera los derechos y garantías asegurados en el artículo 19, numerales 2°, 3°, 22° y 26°, de la Constitución.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 20°. *“Que, en cuanto al fundamento y objetivo de la potestad informativa, se ha precisado que ésta dice relación con la protección del bien jurídico de la libre competencia en los mercados monopólicos, concreción de la libertad para ejercer actividades económicas en armonía con las normas legales que las regulen –reconocida y tutelada en el artículo 19 N° 21 de la Carta Política–, para lo cual el legislador le ha entregado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de informar, que se materializa en una declaración acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes a que aluden diversas legislaciones. Se ha manifestado al respecto sobre este punto que: ‘son muy importantes las atribuciones que se le han otorgado en materia de regulación de mercados monopólicos, confiriéndosele en algunos casos potestad para definir en forma obligatoria algunos aspectos de la regulación. Así, por ejemplo, en la Ley General de Telecomunicaciones se establece que el TLDC deberá informar, antes del inicio del respectivo proceso de regulación tarifaria, cuáles servicios quedarán afectos a tal regulación; algo similar ocurre en los mercados eléctrico, sanitario y en las normas que regulan la actividad portuaria’ (Tomás Menchaca: Evolución del antiguo al nuevo sistema’. En Anales de Derecho UC. Temas de libre*

competencia, N° 2, año 2009, p. 13). En el mismo sentido se ha precisado que ‘un significativo número de legislaciones que rigen las denominadas industrias reguladas, generalmente caracterizadas por la presencia de monopolios naturales, contemplan disposiciones que confieren potestades no contenciosas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con la finalidad de que emita declaraciones o informes acerca de la estructura y forma de funcionamiento de determinados mercados relevantes a que aluden tales legislaciones (...). Esta potestad informativa exhibe la particularidad de que versa sobre la descripción de un mercado relevante concreto o un competidor concreto, en un tiempo determinado y sobre la base de determinados antecedentes que le son allegados por la autoridad pública técnica tutelar de la respectiva industria regulada u otras autoridades públicas o interesados en entregar datos, de conformidad con lo previsto en el art. 31 del Decreto Ley 211. De allí que las conclusiones que obtiene este Tribunal Antimonopólico, con motivo del ejercicio de esta potestad informativa, son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis. Por ello, no cabe sostener forma alguna de cosa juzgada judicial o administrativa en relación con la actividad de esta potestad pública informativa’ (Domingo Valdés Prieto, ob. cit, p. 596 a 598)”;

(...) C° 23°. “Que, en el caso de autos, la facultad de absolver consultas y la de informar –que expresamente le otorga al Tribunal Antimonopólico la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, mediante sus artículos 14 y 23– es aún más clara. Cuando el tribunal conoce de una consulta, de conformidad al número 2° del artículo 18 del Decreto Ley N° 211, procede ante una solicitud que voluntariamente le presenta un particular respecto de la licitud, desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, de un hecho, acto o contrato, sea futuro o existente. Y esta potestad exhibe un carácter preventivo, en orden a que advierte al consultante acerca de las consecuencias de la operación consultada sin imponerle una sanción, evitando un posterior litigio y otorgando certeza jurídica respecto de la adecuación o contrariedad entre aquélla y la libre competencia en un mercado particular. El Tribunal de la Libre Competencia tiene esta facultad preventiva por cuanto no es factible para los particulares preestablecer todas las acciones que pueden importar un atentado a la libre competencia. Esta es la finalidad que animó al legislador a otorgarle la comentada atribución al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según consta en la historia fidedigna de la ley en los siguientes términos: ‘la facultad que se entrega al tribunal para absolver consultas es fundamental, puesto que al ser tan amplios los conceptos que la ley contempla, resulta difícil para cualquier particular, antes de emprender, determinar qué conductas resultan atentatorias a la libre competencia. Señaló que su experiencia le permitía afirmar que la absolución de muchas consultas había contribuido a crear un clima de certeza jurídica, constituyendo un importante aporte en la orientación de los agentes económicos y en la reordenación de los mercados’

(*Historia Fidedigna de la Ley N° 19.911, Segundo Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Primer Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía, de 15 de mayo de 2003*);

(...) C° 46°. “Que, en todo caso, en lo que se refiere al establecimiento de la reclamación en los procedimientos no contenciosos, son escasos los antecedentes relativos a su naturaleza y alcance. En efecto, el proyecto de ley del Ejecutivo establecía que las resoluciones o informes que dictara el Tribunal de la Libre Competencia no serían susceptibles de recurso alguno. En el primer trámite constitucional, en el segundo informe de la Comisión de Constitución y Economía Unidas, se acordó que sería procedente el recurso de reposición atendido el siguiente debate: ‘La indicación número 79, del Honorable Senador señor Novoa, propone modificar el inciso segundo, para disponer que tales resoluciones o informes serán susceptibles del recurso de reclamación referido en el artículo 17 L. El Honorable Senador señor Novoa afirmó que, en el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal podrá hacer declaraciones, incluso afirmando que determinado acto o convención es contrario a la libre competencia. Por eso, es necesario contemplar algún mecanismo que permita reclamar –o apelar, conforme a la nomenclatura ahora acordada– de la decisión que se adopte. Anticipó que no tenía inconveniente en que, como alternativa a su propuesta, se adoptara otra fórmula que signifique una mayor rapidez desde el punto de vista procesal. Los señores representantes del Ejecutivo manifestaron su desacuerdo con la indicación, porque se trata de materias no contenciosas, respecto de las cuales no es pertinente conceder tal recurso. Algunos de los señores Senadores integrantes de las Comisiones Unidas observaron que también es posible presentar recursos en asuntos no contenciosos y que, en la especie, por los efectos de estos pronunciamientos, es aconsejable contemplarlos para quienes no se conformen con ellos. Al término del debate, las Comisiones Unidas resolvieron contemplar la posibilidad de interponer el recurso de reposición, en caso de que no se compartan los criterios que formule el Tribunal en el ejercicio de estas atribuciones. El Honorable Senador señor Parra dejó constancia que, pese a que el tema ya ha sido resuelto por las Comisiones Unidas, estima absolutamente inadecuado entregar al Tribunal el conocimiento preventivo de las materias relacionadas con la libre competencia, porque no se condice con su naturaleza de órgano jurisdiccional y debería ser asumido por la Fiscalía Nacional Económica’. Posteriormente, en segundo trámite constitucional, el primer Informe de las Comisiones Unidas de Constitución y Economía precisó que ‘las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto de los recursos de reposición y de nulidad’. Durante la discusión en Sala, el diputado Saffirio, informando del proyecto, expuso que: ‘Las resoluciones o informes que dicte o emita el tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto de los recursos de reposición y de nulidad, sin perjuicio del recurso de protección y amparo económico, si procedieran, por

infracción a lo dispuesto en los N^{os} 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política’. El Senado, sin embargo, rechazó todas las modificaciones y por indicación sustitutiva del Ejecutivo aprobada en la Comisión Mixta se estableció finalmente que ‘las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación’;

C° 47°. “Que de la revisión de la historia fidedigna del establecimiento de la preceptiva legal que se cuestiona resulta evidente que se tuvo en consideración la naturaleza jurídica diversa de las resoluciones y de los informes, habida consideración de que estos últimos revisten el carácter de actos administrativos habilitantes establecidos por el legislador”;

2.3.15. STC Rol N° 1414-09-INA, DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2010. CASO “INCOPESA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Ingeniería y Construcción Pesada Limitada (INCOPESA) respecto del artículo 43, N° 1, de la Ley N° 18.175, que modificó y fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras, en el marco del proceso concursal de que conoce el 5° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

Señalan los requirentes que en mayo de 2008 Ingeniería y Construcciones Santa Laura Limitada solicitó la quiebra de su representada, invocando únicamente el precepto impugnado y acompañando facturas impagas como título habilitante, el cual vulneraría los numerales 2°, 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 18°. “Que el derecho concursal reconoce como valores jurídicos protegidos, entre otros, la seguridad del crédito, la fe pública y la igualdad jurídica de los acreedores para obtener el pago de las obligaciones del fallido. La declaración de quiebra se fundamenta en la cesación de pagos del deudor, traducida en un estado patrimonial (insolvencia) que le impide el cumplimiento íntegro y oportuno de sus obligaciones, lo que, en caso de controvertirse, constituye un conflicto de legalidad estricta, que se conocerá y resolverá por medio de las instituciones procesales establecidas en la legislación mercantil”;

C° 19°. “Que los sistemas procesales aplican como regla general el principio de la bilateralidad de la audiencia, conforme al cual se articula el pleno derecho a la defensa. No obstante, el legislador puede restringir tal principio en tanto, con posterioridad, el procedimiento le garantice al deudor su derecho a la defensa. Esto es precisamente lo que ocurre en el juicio ejecutivo y en el procedimiento de quiebras, en el cual el juez, enfrentado a un título ejecutivo y cumpliéndose las demás exi-

gencias legales, en el primer caso despacha mandamiento de ejecución y embargo, sin notificación previa al ejecutado, y, en el caso de la quiebra, la declara, sin perjuicio de los derechos del fallido, a los cuales se hará referencia más adelante (...);

C° 20°. “Que, por otra parte, para asegurar la vigencia de los bienes jurídicos tutelados, el procedimiento concursal sólo posterga el ejercicio pleno del derecho de defensa y prueba a una etapa procesal inmediatamente posterior a la declaratoria, cual es la tramitación –en vía incidental– del recurso de reposición, sin perjuicio de ser oído previamente el deudor en el denominado “traslado informativo”;

C° 21°. “Que en el ámbito de un sistema económico fundado en la libre iniciativa, el derecho de propiedad y la plena circulación de los bienes, la seguridad jurídica y la efectividad de la cadena de pagos –traducidos generalmente en actos de comercio– son elementos sin los cuales dicho régimen no puede funcionar de manera eficiente. Por dicha razón el precepto impugnado es una norma perteneciente a lo que doctrinariamente se ha denominado el “orden público económico”, respecto del cual este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse. Consiguientemente, como se señalara en las sentencias roles N°s 207, 546 y 811, la vigencia de ese concepto comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de tales actividades se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”;

C° 22°. “Que, al cumplir la legislación concursal una función de garantía del orden público económico respecto del deudor que ejerce una actividad industrial, minera, agrícola o mercantil, el establecimiento de causales específicas de quiebra no violenta la igualdad ante la ley”.

2.3.16. STC Rol N° 1413-09-INA, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010. CASO “SÍNDICO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Jaime Eduardo Rosso Bacovic respecto de los artículos 7°, inciso tercero; 8°, N° 5, y 22, N° 3, de la Ley N° 18.175, Ley de Quiebras, en relación con la causa sobre reclamación judicial interpuesta en contra de la exclusión de la nómina nacional de síndicos, dispuesta en su contra por la Corte de Apelaciones de Santiago.

En la gestión *sub lite* el requirente dirige su reclamación en contra del decreto del Ministerio de Justicia que dispuso su exclusión de la nómina nacional de síndicos y de la resolución de la Superintendencia de Quiebras que le sirve de antecedente.

La exclusión se fundamenta en que el síndico habría cometido el ilícito que señala el artículo 22, N° 3, de la Ley de Quiebras, esto es, intervenir en quiebras que no estén o hayan estado a su cargo.

El requirente alega que la norma legal impugnada infringe, entre otras, la libertad de trabajo y, específicamente, el ejercicio liberal de la profesión de abogado. Sostiene que la prohibición contenida en la norma impugnada no cumple con los requisitos constitucionales del artículo 19, N° 16°, para prohibir un trabajo. Es esta alegación, según se verá, la que el Tribunal Constitucional en su sentencia desarrolla en directa vinculación con el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 21°. *“Que la garantía de la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19 N° 16° envuelve, por una parte, la tutela de ‘la libertad de trabajo y su protección... toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución’ y, por otra parte, que ‘ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así’.*

De acuerdo con la doctrina, la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. Para el empleador, ello le asegura un amplio poder de contratación de su personal; para el trabajador, le permite vincularse autónomamente, acordando las condiciones en que deba ejecutarse la tarea y optando por las modalidades que al respecto establezca el ordenamiento laboral (Irueta Uriarte, Pedro; Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de Investigaciones Jurídicas; Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2006, p. 49, 60, 61, 63). La garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución.

El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución (véase Fernandois Vöhringer, Arturo, y García García, José, ‘Compatibilidad entre el derecho a la libre contratación y la fijación de salarios por ley’, en Revista Chilena de Derecho, vol. 37, N° 2, págs. 353-354).

Este derecho forma parte de la denominada ‘constitución económica’ y debe, por tanto, ‘concordarse con el conjunto de principios que emergen con la Cons-

titución de 1980, especialmente las garantías del artículo 19 que conforman el llamado Orden Público Económico en relación a las bases de la institucionalidad’ (Fernandois Vöhringer, Arturo, y García García, José, ob. cit., pág. 355). Precisamente, en este sentido, se ha agregado que, en el artículo 19 N° 16°, ‘el constituyente de 1980 repite la norma ya establecida por sus antecesoras y le reconoce a toda persona una amplia facultad para desarrollar cualquier trabajo que considere necesario y adecuado para su vida, siempre y cuando sea lícito. La exigencia de licitud evidencia una subordinación de la actividad productiva o industrial a valores indicativos de un ideal, de forma tal que la libertad en comento no puede ser concebida como un principio absoluto. Dicha licitud se expresa en limitaciones clásicas, históricamente variables en su contenido, pero a partir de las cuales se puede ejercer un control judicial o legal, modulando y ordenando el ejercicio de derechos que aparentemente podrían haberse estructurado de manera demasiado amplia.’ (Irureta Uriarte, Pedro; ob.cit.; págs. 92 y 93)”;

C° 22°. “Que, dicho lo anterior, estamos en condiciones de sostener que no se vulnera el artículo 19 N° 16°, en primer lugar, porque la actividad de los síndicos no forma parte de aquellos trabajos que pueden emprenderse libremente. Por el contrario, por razones de orden público, el legislador somete esta actividad a un acto administrativo favorable que se expresa en un registro público (la nómina nacional de síndicos) y protege el interés general que se ve involucrado con un sistema de control a cargo de la Superintendencia. Dicho de otra manera, no hay libertad para ingresar o salir de la actividad económica de los síndicos.

(...) En segundo lugar, es importante distinguir al trabajo libre, que se ampara por el artículo 19 N° 16°, de las demás actividades económicas, que tienen relevancia pública, aunque la ley las haya entregado a sujetos privados, amparadas por el artículo 19 N° 21°. El caso del síndico de quiebras es el de una verdadera función que la ley ha calificado, regulando el ingreso, ejercicio y terminación, con fines de interés público.

Un examen del estatuto legal del síndico permite concluir que la actividad económica de los síndicos es una actividad económica especialmente reglada, es decir, que debe someterse a los mandatos del legislador en todos sus aspectos. Así, se nombran de acuerdo con un procedimiento legal (artículo 16, Ley de Quiebras), el control se establece por la ley (artículo 7°), su responsabilidad se regula en la ley (artículo 38), se les puede exigir caución (artículo 21), las causales de remoción se regulan en la ley (artículo 22), deben rendir cuenta (artículos 29 y 30), las causales de cesación en el cargo se establecen en la ley (artículo 32), su remuneración es reglada por la ley (artículos 33 y 35) y, finalmente, su intervención en la quiebra la decide provisoriamente el juez que declara la quiebra y, después, la junta de acreedores (artículos 52 y 108).

En conclusión, estamos ante una actividad económica especialmente regulada, creada, amparada y controlada por la ley, de forma que no puede considerarse

amparado por la libertad de trabajo que consagra el artículo 19 N° 16°, sino por la garantía de la libertad de emprendimiento del artículo 19 N° 21°, que somete la actividad a lo que la ley establezca”;

C° 23°. “Que, entonces, mal puede afirmarse que se afecta la libertad de trabajo del síndico con su exclusión de la nómina habilitante. El no realiza una actividad libre sino sujeta a una intensa regulación, donde se encuentra la inclusión en un registro habilitante y, consecuentemente, su exclusión de éste.

(...) La ley puede perfectamente establecer requisitos para desarrollar una actividad. Estos pueden estar definidos de manera positiva (cumplimiento de ciertas condiciones) o de manera negativa (ausencia de ciertos impedimentos, prohibiciones, obligaciones, etc.).

(...) Finalmente, la norma no está impidiendo al síndico excluido trabajar, pues puede realizar cualquier otra actividad económica lícita, conforme a sus inclinaciones y talentos. Luego, no se le prohíbe que ejerza su profesión de abogado”;

C° 24°. “Que, en consecuencia, no puede hablarse en el presente caso de un trabajo libre, que estaría obstaculizado por normas legales, sino de una actividad económica que es objeto del establecimiento de ciertos requisitos para desempeñarla y de controles, establecidos por la ley, con el objeto de cautelar el interés general. El legislador ha establecido, dentro de sus competencias privativas, limitaciones constitucionales a una actividad económica especialmente regulada”.

2.3.17 STC Rol N° 1669-10-INA, DE 15 DE MARZO DE 2012. CASO “ENERGÍA DEL LIMARÍ”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la empresa Energía del Limarí S.A. (ENELSA), dedicada al servicio público de distribución de energía eléctrica, respecto de los artículos 5°, letra c), y 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006 del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y de los artículos 15, 124, inciso primero, y 221 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en la causa sobre reclamo de ilegalidad municipal, caratulada “Energía del Limarí S.A. contra la Ordenanza Municipal dictada por la señora Alcaldesa de la I. Municipalidad de Ovalle”, de que conoce la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que rechazó el referido reclamo de ilegalidad presentado por ENELSA.

En lo pertinente, estima la requirente que las normas cuestionadas de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, al facultar a los municipios para, mediante ordenanzas, regular una actividad concesionada, afectan la unidad del ordenamiento jurídico nacional. Asimismo, sostiene que dicho reenvío a la norma administrativa afecta la reserva legal que consagra nuestra Carta Fundamental. También, la empresa sostiene que afecta la igualdad ante la ley el que –conforme a los preceptos impugnados– unos municipios obliguen a soterrar las redes a los concesionarios, y otros no. No se puede prestar el servicio público de distribución de diferente manera, según las reglas impartidas en cada comuna. Las ordenanzas no requieren el parecer de concesionarios ni de autoridades técnicas, afectándose de ese modo la debida coordinación entre todas ellas. Finalmente, la recurrente afirma que lo establecido en los artículos 15, 124 y 221 de la Ley General de Servicios Eléctricos afecta su concesión legalmente obtenida, pues ésta es de uso libre, sin que pueda regularse, modificarse o condicionarse el establecimiento de redes de servicio público por parte de los municipios. El marco sectorial que regula el sector eléctrico no incluye a las ordenanzas municipales. Se altera, entonces, dicho régimen jurídico con una intervención municipal en estos asuntos. Por lo mismo, se vulnera el artículo 19, N^{os} 21° y 24°, de la Constitución.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 66°. *“Que la requirente sostiene, por otra parte, que se afecta el derecho de la concesionaria a desarrollar una actividad económica con la obligación de soterramiento dispuesta por una ordenanza municipal, dictada en base a las normas legales que impugna”;*

C° 67°. *“Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 19 N° 21° de la Constitución convoca a la normativa legal para la regulación de la actividad económica. Las normas impugnadas de la Ley General de Servicios Eléctricos tienen ese rango. Lo mismo todas las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades”;*

C° 68°. *“Que las tres normas impugnadas, no obstante, convocan a normas reglamentarias. Lo hace el artículo 15 de la Ley General de Servicios Eléctricos, al señalar que las concesiones están sometidas ‘a las leyes, reglamentos y ordenanzas’. También el artículo 124 del mismo cuerpo legal, al prescribir que el alcalde puede disponer el soterramiento por decreto. Y el artículo 221 de la propia ley, que permite que los concesionarios abran pavimentos, calzadas y aceras ‘de acuerdo a la reglamentación de las municipalidades’”;*

C° 69°. *“Que en otra parte de esta sentencia establecimos la legitimidad de la potestad normativa de los municipios. Tenemos que analizar ahora que dicha potestad se justifique respecto de las concesiones eléctricas”;*

C° 70°. “Que el concesionario de distribución eléctrica está sujeto a una intensa regulación administrativa. Por de pronto, la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, LGSE) tiene varios reglamentos que la complementan (por ejemplo, D.S. N° 327/1998, Minería, Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos). Enseguida, los concesionarios están sujetos a todas las instrucciones de carácter general que dicte la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículo 3°, N° 34, Ley N° 18.410). Asimismo, son objeto de sanciones por infracciones a las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con la electricidad (artículo 15, Ley N° 18.410)”;

C° 71°. “Que, enseguida, los tres decretos de concesión que se invocan por la Corte de Apelaciones al rechazar el reclamo de ilegalidad, como fundantes de la operación de la recurrente como empresa de distribución eléctrica, fueron expedidos bajo la Ley General de Servicios Eléctricos. Es decir, después de 1981. En los tres se indica que la concesión se otorga en conformidad a lo dispuesto en la Ley General de Servicios Eléctricos (artículo 10, D.S. N° 45/1999; artículo 7°, D.S. N° 159/1996, y artículo 10, D.S. N° 45/1999, todos de Economía). No consta en autos que se haya impugnado esos decretos. En esa normativa legal, a la que queda sujeta la concesión, se encontraban las tres normas impugnadas”;

C° 72°. “Que, por otra parte, la Ley General de Servicios Eléctricos regula el procedimiento para el otorgamiento de las concesiones de líneas de distribución. Este es distinto según si se trata de una concesión provisional o de una concesión definitiva. La provisional la otorga la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículos 19 y 20 de la LGSE) mediante resolución (artículo 11 del mismo cuerpo legal). Permite que el concesionario solicite al juez de letras respectivo el permiso necesario para practicar o hacer practicar medición y estudios para preparar el proyecto definitivo de las obras comprendidas en su concesión (artículo 22, LGSE). No puede exceder de dos años (artículo 21). La definitiva, en cambio, la otorga el Ministerio de Energía, por decreto supremo, dictado por orden del Presidente de la República, previo informe de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (artículos 11, 25 y 29 de la LGSE). Tiene el carácter de indefnida (artículo 31). Y la concesión de servicio público de distribución otorga el derecho a usar bienes nacionales de uso público para tender líneas, aéreas o subterráneas, destinadas a la distribución (artículo 16)”;

C° 73°. “Que mientras el otorgamiento de las concesiones se hace nacionalmente, pues participan en él el Ministerio de Energía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, el ejercicio de esta concesión queda sujeto a las normativas locales. En efecto, ni la Superintendencia ni el Ministerio de Energía consultan a los municipios al momento de definir los caminos, calles y otros bienes nacionales de uso público que ocuparán las líneas de distribución (artículo 19 letra d), y artículo 25, letra e), de la LGSE). Sin embargo, ninguna de estas dos entidades tiene asignada la administración de estos bienes. Estos están entregados

en administración al municipio (artículo 5°, letra c), Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades”;

C° 74°. *“Que por eso, entonces, el ejercicio de la concesión, en cuanto comprenda el uso de estos bienes, queda sujeto a la regulación municipal. Entender que la concesión es suficiente para usar estos bienes implica, por una parte, invadir el ámbito competencial que la Constitución le otorga al municipio, en cuanto a que por ‘satisfacer las necesidades de la comunidad local’ y por ‘asegurar su participación en el proceso económico, social y cultural de la comuna’ (artículo 118), se faculta a la ley orgánica respectiva para que determine ‘las funciones y atribuciones de las municipalidades’, siendo ésta la que le confiere la función de administrar los bienes nacionales de uso público. Por la otra, implica un retroceso en torno al mandato de que la administración del Estado, del cual forman parte el Ministerio de Energía y la Superintendencia, sea funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, establecido en el artículo 3° de la Constitución. La antigua Ley General de Servicios Eléctricos entregaba la facultad de disponer el soterramiento a la autoridad central. Pero desde 1981, con la nueva ley de servicios eléctricos, esto pasó a manos de los municipios”;*

C° 75°. *“Que la intervención que pueda hacer el municipio es respecto del uso de los bienes nacionales de uso público, que administra. Y en este caso particular, respecto del soterramiento de las líneas eléctricas”;*

C° 76°. *“Que, enseguida, la facultad de soterramiento se enmarca en una serie de otras obligaciones o prohibiciones que la Ley Eléctrica establece para los concesionarios. Por ejemplo, no pueden transferir la concesión o parte de ella sin la autorización del Ministerio de Energía (artículo 47, Ley General de Servicios Eléctricos); las servidumbres que pueden imponer a los privados se deben establecer en conformidad a los planos aprobados en el decreto de concesión (artículo 48); los propietarios de las líneas están obligados a permitir el uso de sus postes, torres y otras instalaciones que sean necesarias (artículo 52); en el trazado de las líneas, en lo posible, no pueden cortar o podar árboles (artículo 222); toda la operación del sistema eléctrico es coordinada para garantizar la seguridad y la operación más económica (artículos 118, 137 y 138, LGSE); las concesionarias deben disponer permanentemente de suministro de energía que les permita satisfacer el total del consumo proyectado de sus consumidores (artículo 131); el concesionario debe mantener las instalaciones en buen estado y en condiciones de evitar peligro para las personas o cosas (artículo 139). No es el soterramiento la única obligación que el concesionario debe soportar”;*

C° 77°. *“Que, asimismo, las concesionarias eléctricas tienen facultad para imponer determinadas obligaciones a ciertos particulares. Así, en primer lugar, se encuentra la facultad que tienen las empresas concesionarias para exigir a los usuarios que soliciten servicio dentro del área de concesión, aporte financiero reembolsable para ejecutar ampliaciones de capacidad, o para la extensión de*

las instalaciones existentes hasta el punto de empalme del peticionario (artículos 126, 127 y 128, LGSE). No obstante que en su área de concesión las empresas distribuidoras están obligadas a dar servicio (artículo 125), la ley permite que las empresas puedan solicitar este aporte, previo contrato que deben firmar con el usuario. En este caso, la empresa pide al usuario financiar la obra de ampliación o extensión, tal como la autoridad le ordena el soterramiento. La equivalencia está dada porque para el usuario no obtener el suministro con el cual producir otros bienes, o consumir la energía en el hogar, la industria, el comercio, etc., es una verdadera orden negativa. Es decir, una prohibición de acceso a dicho suministro. En segundo lugar, las concesiones de distribución crean a favor del concesionario el derecho a imponer las servidumbres necesarias para tender líneas a través de propiedades ajenas (artículo 51, LGSE). El dueño del predio afectado tiene la facultad de exigir que las instalaciones no crucen por ciertos lugares especiales (artículo 54) y a que se le pague el valor de los terrenos y una indemnización (artículo 69); pero no puede perturbar el libre ejercicio de la servidumbre (artículo 57); y debe permitir la entrada de inspectores y trabajadores para efectuar reparaciones (artículo 56). Ambas figuras son semejantes al soterramiento, pues la ley permite que la empresa imponga algo a un particular para que pueda llevarse a cabo la distribución de la energía. En el soterramiento, la ley permite que la autoridad local obligue a una empresa a canalizar subterráneamente sus líneas, para administrar el bien nacional de uso público en que se encuentran (calles, caminos, plazas);

C° 78°. “Que, finalmente, la medida de soterramiento no impide el desarrollo de la actividad económica. Por de pronto, porque no es una prohibición de llevarla a cabo. Enseguida, la ley sólo permite dictar la orden de canalizar las líneas, sin afectar el balance económico financiero del concesionario, pues ello se hace con aporte financiero reembolsable a cargo del municipio, en que el concesionario fija su valor y en que el cumplimiento de la medida está condicionado a la entrega de dicho aporte”;

C° 79°. “Que, por tanto, no consideramos que se vulnere el artículo 19 N° 21° de la Constitución”;

2.4. EL ESTADO EMPRESARIO

2.4.1. STC Rol N° 80-89-CPT, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1989. CASO “LEY SOBRE CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS”

Requerimiento de la Junta de Gobierno a fin de que el Tribunal Constitucional resuelva las cuestiones de constitucionalidad que surgieron durante la tramitación del proyecto de ley que da cumplimiento al mandato del entonces artículo 115 de la Constitución. La disposición

citada establece en su inciso primero que la ley determinará la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieran suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales. Durante la tramitación del proyecto, en términos generales, se consideró que el mismo era constitucionalmente idóneo, pero surgieron diversas interpretaciones sobre el alcance del artículo 115 de la Constitución. En este sentido, y entre otras cuestiones debatidas, no hubo acuerdo en las Comisiones Legislativas en cuanto a si era o no necesario incluir a las empresas públicas creadas por ley, entre aquellos entes que pueden verse involucrados en una cuestión de competencia.

El artículo 2° del proyecto señala: *“Para los efectos de esta ley serán considerados autoridades administrativas los Ministros de Estado, los Intendentes, los Gobernadores, los Alcaldes y los jefes superiores y directores regionales de los órganos y servicios a que se refiere el artículo 1° de la ley N° 18.575, con excepción de las empresas públicas creadas por ley.*

Asimismo, se considerará producida de pleno derecho una cuestión de competencia, cada vez que dos o más autoridades administrativas pretendan tener competencia exclusiva para conocer de un mismo asunto o se nieguen ambas a sí mismas competencia para conocer de él”.

Las Comisiones Segunda, Tercera y Cuarta estimaron que el artículo 2°, inciso primero, del proyecto no puede incluir a las empresas públicas creadas por ley, pues ello significaría que tales entidades podrían ejercer potestades públicas lo que sería contrario al artículo 19, N° 21, de la Constitución Política y al artículo 6° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En este sentido, se solicita al TC resolver la controversia planteada sobre si el artículo 2°, inciso primero, del proyecto debe incluir a las *“empresas públicas creadas por ley”*, en conformidad con el artículo 62, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución Política, o si, por el contrario, no puede incluir a dichas entidades de acuerdo al artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental y al artículo 6° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 13°. *“Que, si bien es cierto, que bajo el sistema de la Constitución de 1980, cuando el Estado actúa en la actividad empresarial, las empresas que se crean para tal fin deben ser generadas por ley, la que de acuerdo al artículo 62, inciso cuarto, N° 2 debe ser de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, no es menos cierto que dentro de un criterio armónico de interpretación del texto constitucional, esa disposición debe concordarse con lo establecido en el artículo 19, N° 21 de la Constitución Política, que en su inciso segundo establece: ‘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’.

Del texto de esta disposición se desprende con claridad que tales empresas tendrán como finalidad desarrollar actividades empresariales y deberán ser creadas por ley de quórum calificado, sin perjuicio de la iniciativa de la ley que, en conformidad al artículo 62, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución, corresponderá al Presidente de la República.

De aceptarse el criterio que la Constitución de 1980 contempla dos tipos de empresas públicas, unas destinadas a desarrollar actividades empresariales y que requieren de ley de quórum calificado y otras que el Presidente de la República podría proponer crear por ley, en conformidad al artículo 62, inciso cuarto, N° 2, de la Carta Fundamental, y que serían servicios públicos creados por ley bajo la forma de empresas, ello significaría que el Estado, a través de esta facultad, burlaría lo dispuesto en el artículo 19, N° 21, de la Constitución, pues bastaría para ello con crear empresas públicas bajo la forma de servicios públicos que ejerzan potestades públicas, con lo que quedaría sin aplicación la norma del artículo 19, N° 21, de la Carta, cuya intencionalidad está claramente expresada en su letra, cual es que cada vez que el Estado quiera ejercer actividades empresariales tendrá que hacerlo bajo la forma de empresas creadas por ley de quórum calificado y que se rijan por el derecho común y, en consecuencia, no puedan ejercer potestades públicas”;

C° 14°. “Que, Enrique Evans de la Cuadra en su texto ‘Los Derechos Constitucionales’, Tomo II, página 318, comentando la disposición citada en el considerando anterior, señala: ‘La Constitución declara a la ley que debe ser de quórum calificado, el autorizar al Estado o a sus organismos, de la Administración Central o autónomos, o empresas del Estado o entidades en que el Estado tenga alguna forma de intervención, para que ejerzan actividades empresariales o participen en ellas. Igualmente, sólo una ley del mismo quórum, podrá establecer para el Estado o sus organismos un trato diferente en una actividad económica, del que la legislación común otorga a los particulares. En resumen, Estado empresario sólo por excepción. Trato preferente para el Estado empresario sólo por excepción”;

C° 15°. “Que por las razones aducidas en los considerandos anteriores es constitucionalmente idóneo el artículo 2° del texto sustitutivo del proyecto que excluye a las empresas públicas creadas por ley de la enumeración de autoridades administrativas para los efectos de la ley que da cumplimiento al mandato del artículo 115 del texto constitucional”;

C° 16°. “Que, a mayor abundamiento cabe señalar que el criterio expuesto en los considerandos anteriores es el que ha seguido también la Ley Orgánica Cons-

titucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su artículo 6° establece: ‘El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas’.

2.4.2. STC Rol N° 134-91-CPT, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1991. CASO “ZOFRI”

Requerimiento de Senadores que representan más de la cuarta parte de dicha Corporación para que el TC declare inconstitucional el N° 1 del artículo 3° del proyecto de ley que modifica la Ley N° 6.640, Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción.

Señalan los requirentes que la norma impugnada del referido proyecto de ley, infringe, entre otros, el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, fundando dicha alegación en que la Ley N° 18.846, de 8 de noviembre de 1989, que es de quórum calificado en conformidad con el artículo 19, N° 21 de la Constitución Política, autorizó al Estado, en su artículo 1°, para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique, disponiendo que se constituiría una sociedad anónima que perteneciera en un 99% a la Corporación de Fomento de la Producción y en un 1% al Fisco de Chile. Sin embargo, la misma ley, en su artículo 10, ordenó que esta sociedad anónima estatal se privatizara en su totalidad, en el plazo de 90 días, contado desde la fecha de constitución de la sociedad, venciendo el 30 de mayo de 1990, y siendo ampliado dicho término por la Ley N° 18.983, que lo prorrogó por un año. Ahora, el proyecto de ley cuestionado propone restablecer la vigencia, con carácter permanente, a contar del 1° de enero de 1991, de la facultad de la Corporación de Fomento de la Producción para enajenar sus bienes y, en el artículo 3°, N° 1°, deroga el artículo 10 de la Ley N° 18.846, es decir, elimina la obligación que pesa sobre la mencionada Corporación de enajenar la Sociedad Anónima Estatal Zofri S. A. y, en virtud de esa derogación, la actividad empresarial del Estado se prolonga indefinidamente, sin que exista una ley de quórum calificado que así lo disponga.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 3°. “*Que el artículo 1° de la Ley N° 18.846, de 8 de noviembre de 1989, dispuso: ‘Autorízase al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique’. (...) En consecuencia, el artículo 1° en referencia es una ley de quórum calificado y como tal fue considerada y aprobada en la H. Junta de Gobierno’;*

C° 4°. *“Que el artículo 10 de la misma Ley N° 18.846 dispuso: Artículo 10. El Fisco y la Corporación de Fomento de la Producción venderán al público, desde la fecha de la constitución, el 34% de las acciones de su propiedad en la sociedad anónima a que se refiere esta ley’.*

‘Un 33% será ofrecido en venta directa, por un plazo de 90 días contado desde la fecha de dicha constitución, a los trabajadores de la Junta de Administración y Vigilancia de la Zona Franca de Iquique y a los trabajadores de los usuarios de Zona Franca de Iquique. Para tal efecto, la Corporación de Fomento de la Producción les otorgará un crédito cuyo monto se establecerá en relación a su remuneración y antigüedad y que tendrá un plazo mínimo de cinco años, siendo determinadas por la propia Corporación las demás condiciones del crédito, las que no podrán ser superiores a las del mercado bancario’.

‘El otro 33% será ofrecido en venta directa, por el mismo plazo de 90 días ya indicado, para su adquisición por los usuarios de la Zona Franca’.

‘Vencidos los plazos antes indicados, las acciones que no hubieren sido enajenadas así, serán vendidas al público.’”;

C° 5°. *“Que a este respecto, el requerimiento afirma con razón que la Ley N° 18.846, junto con autorizar en su artículo 1° al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de administración y explotación de la Zona Franca de Iquique y la constitución de una sociedad anónima para la ejecución de esa finalidad, ordenó en el artículo 10 que dicha sociedad se privatizara en su totalidad, señalando la forma y el plazo en que este proceso debería llevarse a efecto. En otras palabras, el aludido artículo 10 tuvo como objetivo y finalidad la pronta privatización de la sociedad anónima creada para la actividad empresarial del Estado con relación a la Zona Franca de Iquique; y dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N° 21 antes transcrito, solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal. Por eso no existe ninguna disposición constitucional que, para la privatización de una empresa estatal exija ley de quórum calificado, como el citado artículo 19, N° 21, lo hace para el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado o de sus organismos. Debe, entonces, concluirse que el artículo 10 de la Ley N° 18.846 no tiene el carácter de ley de quórum calificado”¹¹⁰;*

(...) C° 7°. “Que de esta manera es inevitable concluir que el artículo 10 de la Ley N° 18.846 es una ley común que no necesita de quórum calificado y que, en

¹¹⁰ En el mismo sentido, STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 14°.

consecuencia, otra ley que la modifique o derogue tiene igual carácter y tampoco requiere, para su aprobación en el Congreso, de quórum calificado, como ocurre con el artículo 3°, N° 1° del proyecto de ley que ha derogado dicho artículo 10 de la Ley N° 18.846”.

2.4.3. STC ROL N° 249-96-CPT, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1996. CASO “EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que autoriza el incremento presupuestario para absorber las mayores pérdidas operacionales de la Empresa Nacional del Carbón S.A. (ENACAR).

Estiman los requirentes que, al autorizar el proyecto de ley un incremento hasta la cantidad de \$3.085 millones, transfiriendo tales recursos, por medio de la modificación de la glosa N° 13 del Presupuesto Nacional vigente, para absorber las mayores pérdidas operacionales de ENACAR, y al haberse aprobado esta iniciativa legal bajo un quórum de ley simple o común, se provocó un vicio formal en la tramitación del proyecto, puesto que tal iniciativa debió aprobarse con quórum superior, al incidir en un asunto de Orden Público Económico. En efecto, ENACAR es una expresión del Estado Empresario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, N° 21, y a la disposición quinta transitoria, ambas de la Carta Fundamental. Luego, el proyecto en cuestión constituye una excepción a las normas comunes aplicables a los particulares, ya que si bien constituye una modificación a la Ley de Presupuestos de la Nación, su objeto, tal como se desprende del Mensaje Presidencial, es transferir dichos fondos para absorber las mayores pérdidas operacionales de ENACAR. Así, estiman conculcado el artículo 19, N° 21, de la Constitución, porque este precepto, en su inciso segundo, exige que la autorización al Estado o a sus organismos para participar o desarrollar actividades empresariales tenga por fuente una ley de quórum calificado, y que dicha excepción tenga motivos justificados que autoricen a no someter al Estado a la legislación común aplicable a los particulares.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 2°. *“Que, a juicio de los parlamentarios requirentes, el artículo único del proyecto de ley en análisis vulnera el artículo 19, N° 21, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que prescribe que la participación del Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales sólo podrá hacerse si una ley de quórum calificado los autoriza, quedando en tal caso dichas actividades sometidas*

a la legislación común aplicable a los particulares. Sostienen los requirentes que el incremento de patrimonio que recibirá la Empresa Nacional del Carbón S. A., ENACAR, producto de la percepción de los fondos que el proyecto de ley contempla, constituye una actividad empresarial del Estado y, además es una excepción a las normas comunes aplicables a los particulares en la actividad respectiva pues se trata de un aumento de patrimonio que no gozan otras empresas en esta actividad”;

C° 3°. “Que, de la simple lectura del proyecto de ley en análisis se concluye que éste tiene por objeto entregar a la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, servicio público descentralizado de administración autónoma, con personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio, creada por ley, una suma de dinero que incremente su presupuesto, específicamente la glosa N° 13 que se ha transcrito precedentemente, y cuyo origen como se ha dicho, es la Ley de Presupuestos de la Nación, con el objeto de aportarlo mediante el aumento de capital consiguiente a la Empresa Nacional del Carbón S. A.

Por su parte, Empresa Nacional del Carbón S. A. es una antigua sociedad anónima, actualmente regida por la Ley N° 18.046, de 1981, sobre sociedades anónimas, filial de la Corporación de Fomento de la Producción, por ser esta dueña de más del 90% del capital accionario y cuya anterior razón social era la de Carbonífera Lota Schwager S. A. que cambió su nombre por el de ENACAR mediante resolución de 22 de diciembre de 1973, de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y Compañías de Seguros y Bolsas de Comercio. Es decir, ENACAR nunca ha tenido ni tiene la calidad de empresa pública creada por ley, sino, su origen que mantiene en la actualidad es el de una sociedad anónima regida por la ley del ramo, N° 18.046, y por el Código de Comercio”;

C° 4°. “Que, los ingresos de CORFO, como servicio público que es, se contemplan en el presupuesto de la Nación y si éste señala dentro de los que debe percibir aquellos destinados a aumentar el capital de la empresa privada, ENACAR, de la cual es accionista desde antiguo, con el preciso fin de suplir sus déficit operacionales, no puede ello implicar que esté desarrollando o participando en actividades empresariales.

En efecto, ENACAR es una empresa privada, constituida como sociedad anónima, existente con anterioridad, sin participación del Estado o sus organismos, con un objeto social, organización, funcionamiento, capital y número de acciones preestablecidos. Al acordar el accionista mayoritario, previo cumplimiento de los trámites propios del servicio público que es, incrementar su capital con los ingresos que se le han destinado al efecto, jurídicamente lo que realiza de acuerdo a la ley de sociedades anónimas es una modificación en junta de accionistas de los estatutos de la sociedad anónima ENACAR que antes del aumento tenía un determinado capital dividido en un cierto número de acciones y que después de él, tendrá otro capital y otro número de acciones. En ningún caso se ha modificado el objeto

de la sociedad para destinar estos ingresos a otras actividades diferentes a los que su estatuto como sociedad anónima contempla”;

C° 5°. “Que, por otro lado se concluye además, que es la norma legal que contemple el presupuesto de la Nación, conforme al artículo 64 de la Carta Fundamental, la que le da el financiamiento respectivo al servicio público Corporación de Fomento de la Producción. Dicha ley de presupuestos, de acuerdo a la norma constitucional aludida, no está sujeta, en cuanto a su aprobación, a ningún quórum especial y, consecuentemente, tampoco las partidas de dicho presupuesto que dicen relación a la CORFO y que no impliquen el desarrollo de nuevas actividades empresariales sino solamente capitalizar sociedades en las que participaba con anterioridad como ocurre, según se ha visto, con la Empresa Nacional del Carbón S.A.

Este mismo procedimiento se aplicó en diversas leyes de presupuesto en la partida correspondiente al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción relativa al presupuesto de la Corporación de Fomento de la Producción en que se contemplaron determinadas cantidades destinadas a suplir déficit operacionales de la Empresa Nacional del Carbón S. A. y nunca se pretendió que se estaban desarrollando actividades empresariales que ameritaran una ley de quórum calificado”;

C° 6°. “Que, de los considerandos precedentes es forzoso concluir que no ha habido violación al artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, con el proyecto de ley en análisis, puesto que cuando en el Presupuesto de la Nación se contempla una partida para que el servicio público Corporación de Fomento de la Producción reciba una suma de dinero destinada exclusivamente a aumentar el capital accionario de una sociedad anónima, de la cual es su principal accionista, no está el Estado generando una nueva actividad empresarial ni participando en ella ya que la empresa beneficiaria de este aumento, ENACAR S.A., mantiene su misma actividad y objeto social, por lo que no resulta aplicable el quórum calificado para la aprobación de la ley que así lo autorice”;

2.4.4. STC ROL N° 427-04-CPT, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2004. CASO “TRANSFERENCIA REFINERÍA LAS VENTANAS”

Requerimiento de dieciséis Senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que autoriza a la Empresa Nacional de Minería (ENAMI) para transferir a la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) la Fundición y Refinería Las Ventanas, por contravenir el artículo 19, N°s 2 y 24 de la Constitución Política. En subsidio, piden que se declare la inconstitucionalidad de su artículo 2°, incisos sexto y séptimo, por violentar los artículos 6, 7, 68 y 69 de la Carta Fundamental, como también los incisos tercero, quinto y

sexto del mismo precepto, por infringir el artículo 19, N^{os} 21 y 23, en relación con el artículo 63, inciso tercero, de la Constitución.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 7°. “Que, por otra parte, los actores solicitan la inconstitucionalidad de los incisos tercero, quinto y sexto del artículo 2° del proyecto sublite, reproducidos en la parte expositiva de esta sentencia, por contravenir los numerales 21 y 23 del artículo 19 y 63, inciso tercero, de la Constitución. Sostienen al efecto que tales normas debieron ser aprobadas con la votación requerida por las leyes de quórum calificado, ya que, por una parte, ellas constituyen excepciones a la legislación común aplicable a los particulares consagradas a favor del Estado y de sus organismos al desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, a que se refiere el inciso segundo, segunda oración, del N° 21 del artículo 19 antes indicado y, por la otra, establecen limitaciones y requisitos para la adquisición de determinados bienes, materias propias de normas de quórum calificado conforme a lo previsto en el inciso segundo del numeral 23 del artículo 19 de la Carta Fundamental”;

C° 8°. “Que, en un primer orden de ideas, cabe señalar que, a juicio del Tribunal, las normas del proyecto objetadas no constituyen ‘excepciones a la legislación común’, en los términos que exige el precepto constitucional que se da por infringido, ni tampoco limitaciones a la libre adquisición de bienes. Se trata, en la especie, de modalidades bajo las cuales se autoriza por el legislador la venta que hará ENAMI a CODELCO, razonables y acordes con la finalidad que persigue la primera de estas empresas y que se desea mantener. Ellas, en manera alguna, configuran excepciones o privilegios a favor del Estado y en desmedro de los derechos que la legislación común concede a los empresarios en general. Es más, si los requirentes no objetan el quórum para autorizar la venta, menos parece justificable que cuestionen las modalidades y resguardos que ésta debe asumir, en consideración a las partes de dicho contrato y a la consecución de los fines que éste persigue, cual es, mantener la actividad de fomento de la pequeña y mediana minería”;

C° 9°. “Que, cabe recordar que esta Magistratura en sentencia de 21 de abril de 1992, en autos Rol N° 146, señaló ‘8°. Que, el derecho consagrado en el artículo 19, N° 21, (...) 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”;

C° 10°. “Que, debe igualmente considerarse que las restricciones o limitaciones al Estado están referidas a las actividades que de suyo efectúan los particulares, en circunstancias que la actividad minera que desarrolla ENAMI en Las Ventanas es estatal y el proyecto lo que hace es autorizar la transferencia de esta planta a otra empresa estatal. Por lo tanto, el traspaso de bienes de una empresa del Estado

a otra empresa del Estado no requiere de quórum especial, puesto que no se da la situación necesaria para que ello sea exigible, de acuerdo a las disposiciones constitucionales decisorias de esta litis.

A mayor abundamiento, cabe señalar que las normas del proyecto tampoco implican autorización a ENAMI para desarrollar más actividades empresariales que aquellas para las que ha sido facultada por la ley de quórum calificado, ni podrá desenvolverse de manera distinta en el mercado, ni gozará de ningún privilegio frente a los particulares, ni podrá acogerse a normas diferentes de las que le son aplicables en su desempeño económico”;

2.4.5. STC Rol N° 467-06-INA, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. CASO “EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, pendiente ante la Corte de Apelaciones de Arica.

Estima la requirente que el precepto legal impugnado, en su aplicación al caso concreto y en lo pertinente, vulnera el artículo 19, N° 21, inciso segundo, de la Constitución, en primer lugar, por una razón de orden formal ya que la Empresa Portuaria de Arica carecería de atribuciones para licitar los servicios de movilización en el puerto de Arica, sin que, por tanto, dichas actividades sean concesibles, toda vez que dejaron de pertenecerle al Estado hace casi dos décadas. Luego, si se estimase que el Estado está autorizado para hacerlo, esto quiere decir que habría vuelto a incorporar en el objeto propio de la Empresa las “*actividades de movilización*”, lo que sólo podría haberse efectuado de acuerdo a lo que dispone el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, esto es, mediante una ley de quórum calificado que autorizara a la empresa del Estado para realizar una actividad económica excluida expresamente por una ley anterior, lo cual no ocurrió.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 13°. “*Que, como se ha señalado precedentemente, la requirente sostiene que el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 19.542 contravendría el inciso 2° del artículo 19 N° 21, al pretender el Estado, a través de una de sus empresas, incursionar en actividades empresariales sin haber sido autorizado al efecto por ley de quórum calificado*”;

C° 14°. “*Que sabido es que el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República establece que ‘El Estado y sus organismos*

podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza’, agregando que ‘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’. Se trata de una norma fundamental ‘destinada a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país’ (Informe Final de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución). Del mismo modo, se ha consignado que la disposición constitucional supone un reconocimiento explícito al principio de subsidiariedad ‘conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada’ (Informe Final del Consejo de Estado). De forma tal que, como lo ha señalado este mismo Tribunal, ‘solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares’; agregándose que ‘de allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesario una ley de quórum calificado’ (Rol 134, considerando 5°, 9 de septiembre de 1991). De manera que dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 21 excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. Se trata, entonces, de una preceptiva que es consecuencia del principio de subsidiariedad, consagrado en el artículo 1° de la Carta Fundamental, constituyendo así ‘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’ (Rol 167, considerando 9°, 6 de abril de 1993). Como también se ha encargado de señalar este mismo Tribunal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad ‘al Estado no le corresponde, entonces, absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares, ya sea personalmente o agrupados en cuerpos intermedios. Ello se entiende sin perjuicio, por cierto, de aquellas que, por su carácter, ha de asumir el Estado’ (Rol 352, 15 de julio de 2002, considerando 7°)”;

C° 15°. “Que corresponde dilucidar, como lo sostiene la requirente, si en el caso de autos efectivamente nos encontramos con una actividad empresarial que el legislador ha otorgado al Estado, en los términos que establece el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, caso en el cual es menester la concurrencia de una ley de quórum calificado habilitante”;

C° 16°. “Que el artículo 23 de la Ley N° 19.542, que moderniza el sector portuario estatal, tantas veces citado, dispone como regla general en su inciso 1° que las labores de movilización de carga de los frentes de atraque se encuentran sometidos a un sistema multioperador. Sin embargo, el inciso 2° que corresponde al precepto legal que se impugna en estos autos faculta al Directorio, a través de lici-

tación pública, para implementar excepcionalmente un esquema monooperador en dichos frentes de atraque, debidamente concesionados en conformidad a la ley. En este caso excepcional, la norma legal exige que en los puertos o terminales estatales exista otro frente de atraque que sea capaz de atender la nave de diseño de aquel frente objeto de licitación, siempre que se encuentre operando bajo un esquema multioperador. De no ser así, el directorio deberá contar al efecto adicionalmente con un informe de la Comisión Preventiva Central, quien fijará los términos en que deba realizarse la licitación”;

C° 17°. *“Que para dilucidar el reproche de constitucionalidad que formula la requirente es menester analizar necesariamente el estatuto jurídico que regula la actividad económica de muellaje (...). De este modo, resulta incuestionable que a partir de 1981 las actividades de muellaje se radican en empresarios privados (...)”;*

C° 18°. *“Que la situación anteriormente descrita no se vio alterada con motivo de la dictación de la Ley N° 19.542, que moderniza el sector portuario estatal. En efecto, esta normativa, se enmarca en el cumplimiento de dos propósitos fundamentales. En primer lugar, traspasar la gestión y operación portuaria en los terminales estatales al sector privado, conservando en todo caso la propiedad pública sobre los mismos. Y, adicionalmente, asegurar la inversión privada en infraestructura de la que dichos puertos carecen y que el Estado no se encuentra en condiciones de solventar, todo lo cual ciertamente es concreción del principio de subsidiariedad. Ahora bien, con el propósito de racionalizar la administración de los puertos estatales, la ley procedió a la división de EMPORCHI, creando al efecto diez empresas del Estado encargadas de la administración, explotación, desarrollo y conservación de cada puerto (artículos 1° y 4°). Las labores de muellaje se encuentran expresamente reservadas a los particulares. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley, ‘la prestación de los servicios de estiba, desestiba, transferencia de la carga desde el puerto a la nave y viceversa, y el porteo en los recintos portuarios, comprendidos dentro del objeto de las empresas, deberá ser realizada por particulares debidamente habilitados’. Excepcionalmente, las empresas portuarias ‘estarán facultadas para prestar por sí mismas, en subsidio de los particulares y sólo cuando éstos no estén interesados en realizar tales funciones, los servicios de transferencia y porteo’. Adicionalmente también estarán facultadas para realizar funciones de porteo ‘cuando les sea requerida expresamente por el Estado en virtud de obligaciones contraídas por éste en convenios o tratados internacionales’. Finalmente, las formas o modalidades bajo las cuales las empresas portuarias pueden entregar a los particulares la gestión de sus bienes se materializan a través de contratos de arrendamiento, formación de sociedades anónimas o concesiones portuarias (artículo 7°)”;*

(...) C° 20°. *“Que en conformidad a la ley, las labores de movilización de carga en los frentes de atraque sólo pueden ser desarrolladas por ‘particulares de-*

bidamente habilitados' y no por la propia empresa portuaria, tal como lo preceptúa el artículo 5° de la Ley 19.542 ya transcrito. Ello, por lo demás, también lo señala de manera categórica el mismo artículo 23 que se impugna, conforme al cual 'estos servicios deberán ser prestados por empresas de muellaje habilitadas' (...); de todo lo cual se deduce que siempre las actividades habrán de ser realizadas por las empresas de muellaje previamente autorizadas o habilitadas";

C° 22°. "Que, en consecuencia, todas las labores de movilización de carga, deben ser prestadas 'por empresas de muellaje habilitadas', sea que los frentes de atraque concesionados se encuentren sometidos a un esquema multioperador o monooperador. En este último caso, el precepto legal faculta expresamente al directorio de la empresa portuaria para implementarlo, mediante licitación pública, para lo cual es menester que en los respectivos puertos o terminales estatales de la región exista otro frente de atraque capaz de atender la nave, operado bajo un sistema multioperador, salvo que exista al efecto un informe favorable de la Comisión Preventiva Central, actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que establezca la forma en que deba realizarse la licitación respectiva. Esto último es lo que ha ocurrido en el caso de autos, como se desprende del Dictamen N° 1280, de 16 de enero de 2004, de la Comisión Preventiva Central, en que ésta autoriza a la Empresa Portuaria de Arica para otorgar una concesión portuaria para explotar, mediante el esquema monooperador único, el frente de atraque formado por los sitios 1 a 6 del Puerto de Arica. En otras palabras, ya sea que la labor de movilización de carga de los frentes de atraque se realice a través de un esquema multioperador (que constituye la regla general) o monooperador, siempre los servicios deberán ser prestados por las empresas de muellaje habilitadas y jamás por la propia empresa portuaria; de suerte tal que en la especie no existe actividad empresarial del Estado, permaneciendo las labores de movilización en manos de los particulares. Lo único que ha realizado la empresa portuaria, es resolver entre una de las dos modalidades de operación que prevé la ley y, en conformidad a lo perentoriamente ordenado por el inciso 2° del artículo 23 de la ley 19.542, llamar a una licitación para adjudicar la actividad referida, la que será realizada por la empresa adjudicataria, que ciertamente tendrá el carácter de privada, de modo tal que ni el Estado ni sus organismos se encuentran facultados para ejecutar tal actividad. Por esta razón el segundo reproche de constitucionalidad formulado por la requirente también debe desecharse";

2.4.6. STC Rol N° 577-06-CDS, DE 26 DE ABRIL DE 2007. CASO "ESTERO CARÉN"

Requerimiento de diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, con el objeto de que el TC declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 80, de 26 de agosto de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que

“establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén”.

Indican los requirentes que en el aludido Decreto Supremo antes mencionado se fija una norma de emisión especial para la división El Teniente de la empresa CODELCO, aplicable a los elementos contaminantes molibdeno y sulfatos que se viertan en el estero Carén y que provengan de los residuos industriales líquidos del tranque de relaves del mismo nombre operado en la zona por la referida empresa. Señalan que la dictación de esta norma implica la flexibilización de los estándares de protección ambiental fijados de modo general, en todo el país y para toda la industria, por el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, al permitirse la evacuación de una mayor carga de contaminantes al cauce del estero.

Así, entre otras infracciones constitucionales, estiman los actores que el Decreto Supremo N° 80 viola el inciso segundo del artículo 19, N° 21, pues, si el Estado quiere establecer un régimen de excepción a favor de CODELCO, debe hacerlo, en consecuencia, por ley de quórum calificado y no por un simple decreto como ocurre en este caso.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 2°. *“Que la impugnación del decreto supremo individualizado se fundamenta en haber establecido, en su artículo 5°, como límites máximos permitidos para descargas de residuos líquidos desde tranques de relave al estero Carén, una concentración de 1,60 mg/L para Molibdeno y 2.000 mg/L para sulfatos, los que son superiores a los establecidos con carácter general para las descargas de residuos líquidos a aguas continentales superficiales y marinas en el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que son, respectivamente, de 1 mg/ L para Molibdeno y 1.000 mg/L para sulfatos”;*

(...) C° 4°. *“Que antes de analizar los diferentes vicios de inconstitucionalidad aducidos por los requirentes, es necesario examinar la naturaleza de las normas de emisión y su inserción dentro de los diferentes instrumentos de gestión ambiental que contempla la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente; pues la adecuada comprensión de lo que es una norma de emisión y su diferencia con las normas de calidad ambiental es antecedente indispensable para apreciar el alcance de las potestades que tiene la autoridad administrativa competente para dictar normas de emisión y los límites que enmarcan su actuación”;*

C° 5°. *“Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2°, letra o), de la Ley N° 19.300, se entiende para todos los efectos legales por ‘Normas de emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora’. Dichas normas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 40 de la misma ley, se aprueban mediante decreto supremo que señalará*

su ámbito territorial de aplicación y, en su elaboración, la Comisión Nacional del Medio Ambiente debe considerar las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán”;

C° 6°. *“Que, acorde a lo dispuesto también en el artículo 2° de la Ley N° 19.300, en sus letras n) y ñ), las normas de calidad ambiental son aquellas que establecen los valores máximos o mínimos permisibles para determinados elementos del medio ambiente, siendo las normas primarias de calidad ambiental las que establecen los valores máximos o mínimos de elementos ‘cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población’ (letra n), y las normas secundarias de calidad ambiental, las que establecen los valores máximos o mínimos de elementos ‘cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza’ (letra ñ)”;*

C° 7°. *“Que es coherente con el objetivo de uno y otro tipo de normas de calidad ambiental, destinadas las primarias a evitar riesgos para la vida o salud de los seres humanos, y las secundarias a evitar riesgos para los distintos componentes del medio ambiente o para las especies y ecosistemas del país, que las normas primarias de calidad ambiental, según lo dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.300, sean de aplicación general en todo el territorio de la República, exigencia de uniformidad que, en cambio, no es aplicable a las normas secundarias de calidad ambiental”;*

C° 8°. *“Que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 2°, letras t) y u), 44 y 47 de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, las normas de emisión son, también, un instrumento de gestión ambiental que puede ser utilizado en los planes de prevención y descontaminación, planes éstos que son de obligado cumplimiento en las zonas calificadas como latentes, esto es, aquellas en que la concentración de un contaminante se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental, como asimismo en las zonas calificadas de saturadas, que son aquellas en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”;*

C° 9°. *“Que los órganos del Estado competentes para utilizar los distintos instrumentos de gestión ambiental que contempla la legislación, entre los cuales están las normas de emisión y las normas de calidad ambiental, al hacerlo, deben ajustar su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, para dar debido cumplimiento al principio de supremacía constitucional que establece el artículo 6° de la Carta Fundamental”;*

C° 10°. *“Que aunque, por definición, una norma de emisión establece la cantidad máxima para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora, la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, no exige que, antes de dictar una norma de emisión, se apruebe una norma de calidad ambiental, sea ella primaria o secundaria, normas estas últimas que, como se recordará, es-*

tablecen los valores máximos o mínimos permisibles de determinados elementos del medio ambiente. La aprobación de una norma de emisión, sujeta por cierto en su elaboración a las exigencias legales y reglamentarias pertinentes, está entregada, entonces, a la apreciación que efectúe la autoridad ambiental competente acerca de su necesidad y conveniencia como instrumento de gestión ambiental preventivo en ausencia de una norma de calidad ambiental, sin perjuicio de su utilización en los planes de prevención o descontaminación, para aprobar los cuales, sin embargo, es indispensable que exista una norma de calidad ambiental en peligro de ser sobrepasada o ya sobrepasada por un contaminante”;

(...) C° 12°. “Que la aprobación del Decreto Supremo N° 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, es el instrumento de gestión ambiental que el Gobierno, en ejercicio de sus atribuciones, ha decidido utilizar, sin que esté legalmente obligado, como se ha dicho, a aprobar previamente una norma de calidad ambiental. Esta decisión podrá ser discutida en su mérito, pero no constituye en sí misma una infracción al deber constitucional impuesto al Estado de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza”;

(...) C° 20°. “Que el requerimiento ataca también la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 80, de 2006, por infringir lo dispuesto en el inciso segundo del N° 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que únicamente permite que la actividad empresarial del Estado, o de uno de sus organismos, no se someta a la legislación común aplicable a los particulares cuando por motivos calificados una ley de quórum calificado establezca una excepción, quedándole por tanto vedado a un simple decreto supremo contemplar un régimen de excepción a favor de una empresa del Estado como es Codelco Chile”;

C° 21°. “Que el reproche expuesto debe asimismo rechazarse porque el decreto supremo impugnado no ha creado un régimen de excepción, habiéndose limitado a dar cumplimiento a la norma del artículo 40 de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, que contiene la legislación común aplicable a los particulares y que expresamente señala que el decreto supremo que establezca una norma de emisión señalará su ámbito territorial de aplicación, que es lo que ha ocurrido en la especie”;

2.4.7. STC ROLES N°s 1732-10-INA Y N° 1800-10-INA (ACUMULADOS), DE 21 DE JUNIO DE 2011. CASO “TELEVISIÓN NACIONAL DE CHILE”

Requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos por Jorge Cabezas Villalobos, María Elena Wood Montt y Enzo Yacometti Manosalva (directores ejecutivos de TVN) respecto del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información

Pública, y por Televisión Nacional de Chile (TVN), respecto del mismo artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 y, además, respecto del artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la referida Ley N° 20.285. Los requerimientos inciden en la misma causa sobre reclamo de ilegalidad, caratulada “*Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia*”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

La gestión en que inciden los requerimientos de inaplicabilidad consiste en un reclamo que la requirente TVN interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia, en el cual los directores ejecutivos se hicieron parte como terceros independientes. En dicha gestión sub lite se discute la legalidad de un acuerdo adoptado por el Consejo, con fecha 23 de diciembre de 2009, en que se dispuso que TVN había infringido las normas sobre transparencia activa contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, y se le ordenó que debía informar acerca de las remuneraciones y otros beneficios que percibían por sus funciones los señalados ejecutivos del canal, en su calidad de responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

Los ejecutivos requirentes, en lo sustancial, estiman que la norma que impugnan, en su aplicación al caso particular, infringe su derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución Política.

TVN, por su parte, sostiene que los preceptos legales cuestionados transgreden, además de la igualdad ante la ley, la garantía contenida en el artículo 19, N° 21°, inciso segundo, de la Constitución, que faculta al Estado para ejercer actividades empresariales siempre que una ley de quórum calificado lo autorice y que estas empresas públicas se someten al derecho común, a menos que la misma ley de quórum calificado establezca excepciones fundadas. Así, señalan que TVN fue creada por la Ley N° 19.132, que cumplió con el requisito de ser de quórum calificado, y que el artículo 2° de esta ley, en su inciso segundo, dispone que “*podrá realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones*”, regla que confirma que TVN –en tanto empresa del Estado– debe tener un estatuto igualitario frente a su competencia y someterse a ese régimen común aplicable a los particulares, para poder competir en condiciones de mercado sin estar el Estado Empresario sujeto a más trabas que las inherentes al derecho común. Luego, sostiene TVN que al aplicársele las dos normas impugnadas, de modo de dejárse-

la sometida a la competencia jurisdiccional del Consejo para la Transparencia y extenderle los deberes de información del artículo décimo, letra h), a sus trabajadores, no se satisface la exigencia constitucional contenida en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental, toda vez que se la está sometiendo a controles y deberes de información que son ajenos al derecho privado, sin que exista una justificación razonable para ello.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 37°. *“Que el artículo 19, N° 21°, inciso segundo, de la Constitución establece que: ‘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’”;*

C° 38°. *“Que, sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, de acuerdo a esta norma, ‘solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares. De allí que para poner en movimiento esa excepción sea necesaria una ley de quórum calificado, pero no para el regreso a la norma general, lo cual se logra mediante la privatización de la empresa estatal’ (Rol 134/1991, consid. 5°). Más recientemente se ha sentenciado por esta Magistratura que ‘dentro de la filosofía económica que se expresa en la norma constitucional contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 21° excepcionalmente puede el Estado desarrollar actividades empresariales, autorizado por ley de quórum calificado, siendo en todo caso la regla general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares.’ (Rol 467/2006)”;*

C° 39°. *“Que, autorizado el Estado a realizar actividades empresariales, debe sujetarse a la legislación común aplicable a los particulares, organizándose ya sea como empresa pública o, en su caso, como sociedad estatal, tal como lo ha destacado la doctrina (Iván Aróstica M., Empresas Públicas y Sociedades del Estado, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae 3, 1999, pp. 29 y ss.)”;*

C° 40°. *“Que, en efecto, la forma en que el Estado empresario puede participar en actividades económicas es diversa. De acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, puede ser a través de ‘empresas públicas creadas por ley’, que forman parte de la Administración del Estado (artículo 1°), como igualmente ‘puede participar y tener representación en entidades que no formen parte de su administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que debe ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales’ (artículo 6°)”;*

C° 41°. *“Que, como ha señalado la doctrina, cabe diferenciar las empresas públicas creadas por ley de las sociedades estatales. Las primeras son ‘organismos*

administrativos personificados integrantes de la Administración del Estado, que tienen una organización gerencial (...), que desempeñan una actividad empresarial del Estado (...), de tipo económico y cuya actividad es la prestación de servicios, para satisfacer necesidades públicas'. Se trata, entonces, de 'personas jurídicas estatales administrativas de derecho público, cuya organización es de derecho público y cuya actividad está regida por el derecho privado, puesto que es de carácter comercial o industrial' (Eduardo Soto Kloss, Derecho Administrativo, Temas Fundamentales, 2009, p. 200). Las sociedades del Estado, a su vez, son 'órganos del Estado con actividad empresarial, regidos por el derecho privado en su funcionamiento y creadas por escritura pública, en virtud de una expresa disposición legal que obliga a hacerlo, determinando: quiénes son sus socios (Corfo y Fisco), su capital social, porcentajes de participación de dichos socios, su objeto social, etc.' (Eduardo Soto Kloss, ob. cit., p. 204)";

C° 42°. *"Que, tratándose de Televisión Nacional de Chile, ésta es una persona jurídica de derecho público, constituida bajo la forma de 'una empresa autónoma del Estado', dotada de patrimonio propio (artículo 1° de la Ley N° 19.132). Su objeto es 'establecer, operar y explotar servicios de televisión', pudiendo en general 'realizar todas las actividades propias de una concesionaria de servicios de televisión constituida como persona jurídica de derecho privado, con iguales derechos, obligaciones y limitaciones' (artículo 2°). En cuanto a sus actividades financieras, 'estará sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas' (artículo 24). En cuanto al régimen de fiscalización, la empresa 'quedará sujeta a la tuición y fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros en los mismos términos que las sociedades anónimas abiertas' (artículo 33). A su vez, 'sólo estará afecta al control de la Contraloría General de la República en los mismos casos, oportunidades, materias y forma en que lo estaría una sociedad anónima abierta privada' (artículo 34). Por último, debe tenerse presente que Televisión Nacional de Chile 'se registrará exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas', de modo que 'no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa' (artículo 35). Estas dos últimas disposiciones fueron declaradas como orgánicas y constitucionales por esta Magistratura (Rol 144/1992)";*

C° 43°. *"Que de lo dicho se desprende que, por mandato constitucional, el Estado puede realizar actividades empresariales si es autorizado para ello por una ley de quórum calificado, sometiéndose en tal caso a la legislación común aplicable a los particulares, salvo las excepciones que establezca la ley. Televisión Nacional de Chile es una empresa pública creada por ley, que forma parte de la Administración del Estado, constituida con el propósito de establecer, operar y explotar servicios de televisión, en concordancia por lo demás con lo señalado en el artículo 19,*

Nº 12º, de la Carta Fundamental, que faculta expresamente al Estado para dicho propósito. En cuanto a su régimen jurídico, éste se encuentra establecido en la Ley Nº 19.132, no siéndole aplicables otras disposiciones que rijan a las empresas del Estado, a menos que la legislación futura así lo señale expresamente”;

(...) Cº 47º. “Que, en consecuencia, corresponde analizar si la aplicación de las normas impugnadas, que establecen una excepción a la aplicación del derecho común, resulta discriminatoria y carente de justificación para TVN en el caso de autos o si, por el contrario, cabe dentro de lo dispuesto por el artículo 19, Nº 21º, de la Carta Fundamental. Es preciso dilucidar si esos preceptos persiguen una finalidad amparada por la Constitución, si el tratamiento o medida específica y diferenciadora establecida por la ley es adecuada y necesaria para el logro de tal fin y si resulta razonable en el caso concreto que se analiza”;

(...) Cº 49º. “Que la Ley 19.132, orgánica de Televisión Nacional, le asigna una función pública y, en tanto empresa pública, constituye una forma de intervención del Estado. En consecuencia, existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro. En palabras de Villar Ezcurra, ‘la finalidad de este tipo de actividad no consiste en la ‘sumisión al derecho privado’ (pues esto no es más que un medio o técnica) sino en prestar directamente una actividad de servicio o de producción de bienes. El hecho de que para ello se cree una persona jurídica ad hoc (la empresa pública) y que la actuación de esta persona se someta al Derecho privado no es sino un medio para alcanzar la finalidad de prestación.’ (Villar Ezcurra, José Luis: *Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y actividad de los particulares*, Editorial Civitas, p. 36)”;

Cº 50º. “Que, como se ha afirmado ya en esta sentencia, cabe señalar que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos de Televisión Nacional de Chile responde a un fin lícito y amparado por el principio de publicidad consagrado constitucionalmente en el artículo 8º de la Carta Fundamental. Asimismo, el artículo décimo, letra h), de la Ley Nº 20.285 asegura el derecho de acceso a la información pública comprendido en el artículo 19, Nº 12º, de la Constitución. Tal como se señaló en uno de los informes en derecho acompañados por el Consejo para la Transparencia, ‘no se trata, como se ha dicho, de un objetivo meramente tolerado por la carta fundamental, sino de uno expresamente consagrado como principio rector del ejercicio de las funciones públicas y deber constitucional”;

(...) Cº 52º. “Que la aplicación de los preceptos cuestionados debe considerarse adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública”;

Cº 53º. “Que, en consecuencia, la aplicación de los preceptos en cuestión no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores”;

C° 54°. “Que, a mayor abundamiento, el deber excepcional de transparencia activa referente a las remuneraciones de los altos directivos de ciertas empresas públicas, entre las cuales está TVN, no constituye una diferencia arbitraria, pues ha sido establecida conforme a lo establecido por el artículo 19, N° 21°, de la Constitución, como se analizará en el capítulo siguiente”;

C° 55°. “Que, como se ha señalado en el capítulo V de esta sentencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental y de lo previsto en su ley orgánica, Televisión Nacional de Chile, en tanto empresa pública, se rige por las normas de la legislación común aplicable a los particulares”;

C° 56°. “Que, sin embargo, el propio legislador, en estricta concordancia con lo señalado en el inciso segundo del artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política, ha establecido una excepción y es que debe cumplir con ciertas normativas referidas al régimen de transparencia activa”;

C° 57°. “Que tal excepción es absolutamente acotada, en cuanto no implica un sometimiento total y completo a la normativa legal de la materia, en los términos que señala el artículo décimo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el que fue además declarado como orgánico y constitucional ‘sólo en cuanto se aplica a las empresas públicas creadas por ley’ (Rol N° 1051/2008). No implica un sometimiento total y completo a la normativa legal sobre transparencia”;

C° 58°. “Que, de este modo, tal excepción fue prevista por el legislador, cumpliendo con el quórum calificado que la Ley Fundamental exige y también en concordancia con lo establecido en el artículo 35 de la Ley N° 19.132, desde que expresamente así lo ha señalado. En efecto, se incluyó explícitamente a TVN en el artículo décimo que se cuestiona, ‘para dejar claro que entre esas empresas deben entenderse aun aquellas que por disposición de la ley se exija que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a otras leyes’ (Informe de la Comisión Mixta de la Ley N° 20.285)”;

C° 59°. “Que, como se ha indicado anteriormente, los motivos calificados que tuvo en consideración el legislador dicen relación con la naturaleza jurídica de Televisión Nacional de Chile y la función que le corresponde desempeñar. En efecto, como se señala en el Mensaje Presidencial de la normativa que fijó el estatuto de TVN, correspondiente a la Ley N° 19.132, ‘entre los objetivos de servicio público que debe cumplir la empresa se destaca el alcance nacional de su red de estaciones o canales de televisión que debe permitir a todos los habitantes del país la posibilidad de disponer de, al menos, un servicio de televisión. Este propósito se vincula con las necesidades de integración nacional y es un componente de la seguridad nacional en zonas de frontera o lugares aislados del territorio nacional’. Del mismo modo, se hace presente que ‘el logro de la igualdad competitiva requiere, además, la aprobación de normas de transparencia en la operación de la empresa que el proyecto de ley incluye en su articulado. Este factor debe permitir la fiscalización pública de su actividad y constituye una garantía que busca evitar

los hechos acaecidos en el pasado reciente’ (Mensaje de 7 de agosto de 1990). Ello incluso motivó que una senadora señalara la necesidad de ‘quedar establecido en este mismo proyecto de ley qué antecedentes debe publicar Televisión Nacional de Chile, porque ése es un factor de transparencia de la acción de la empresa’ (senadora señora Feliú, sesión de 7 de enero de 1992)”;

C° 60°. “Que, igualmente, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se señaló que si bien se deseaba ‘dar autonomía de gestión y de administración’, como la tiene toda empresa del Estado, ‘también se quiere que pueda orientar su acción a satisfacer necesidades de servicio público para toda la nación’ (sesión N° 22, 14 de noviembre de 1991)”;

(...) C° 62°. “Que, sin perjuicio de lo anterior, se fijó también como criterio el que TVN debía autofinanciarse y competir en igualdad de trato con los demás canales. Así, se procuró ‘generar las condiciones para que la televisión pública no tenga privilegios con relación a los demás canales, pero que tampoco sea objeto de tratos discriminatorios respecto de sus competidores’ (Ministro Secretario General de Gobierno, señor Correa, sesión del Senado de 7 de enero de 1992). En el Senado también se destacó que ‘dentro de los objetivos que perseguía el Gobierno al enviar este proyecto de ley al Congreso estaba –como lo señaló el Presidente de la República en su Mensaje– dotar a Televisión Nacional de Chile de un marco jurídico que asegurara su naturaleza de empresa autónoma del Estado, independiente del Gobierno y de cualquier otro poder o influencia, que le permitiera al mismo tiempo servir a los intereses de la comunidad nacional y participar sin discriminaciones en la libre competencia con las otras empresas de televisión’ (senador señor Papi, sesión de 7 de enero de 1992)”;

C° 63°. “Que la información acerca de las remuneraciones de la plana directiva de una empresa no forma parte del secreto empresarial, tal como lo ha configurado el artículo 86 de la Ley N° 19.079, modificado por la Ley N° 19.996, de 2005, en concordancia con los estándares de la Organización Mundial del Comercio, pues aquél se refiere al ‘conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva’. Incluso en una acepción amplia del secreto empresarial, conforme a la cual comprendería la información sobre bases de datos de clientes y proveedores, estrategia comercial, información contable y financiera y normas o código de conducta de los empleados, no llegaría a cubrir el ítem en cuestión”;

C° 64°. “Que en cuanto al régimen de fiscalización, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la norma, ‘dentro del conjunto de instancias fiscalizadoras a que estará sujeta Televisión Nacional de Chile, se comprenden facultades de la Cámara de Diputados y las que posee el Consejo Nacional de Televisión. Además, en cuanto a los estados financieros, será fiscalizada por la Superintendencia de Valores y Seguros, y en lo referente a la correcta inversión de los fondos

públicos que excepcionalmente se entreguen, estará sujeta a la supervisión de la Contraloría General de la República’ (senador señor Páez, sesión de 7 de enero de 1992)”;

C° 65°. *“Que así es posible señalar que la Ley de Acceso a la Información Pública establece una excepción, cumpliendo con las formalidades constitucionales (tener el carácter de una ley de quórum calificado) y teniendo presente motivos calificados que justifican dicho régimen, todo ello en correspondencia con los principios de publicidad y acceso a la información reconocidos en los artículos 8° y 19, N° 12°, de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que la transparencia en la función pública se relaciona además con las bases del régimen democrático previsto en el artículo 4° de la Constitución Política de la República”;*

C° 66°. *“Que cabe tener presente lo discutido durante el debate de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el sentido de que ‘si bien deben aplicarse, en principio, las disposiciones que rigen a las sociedades anónimas, el principio subyacente en esta materia es que a las empresas públicas les cabe una responsabilidad distinta, por tratarse de entidades pertenecientes a todos los chilenos, quienes, en consecuencia, tienen el derecho preferente a saber qué ocurre en su interior’ (senador señor Larraín, discusión particular)”;*

C° 67°. *“Que también se tuvo en consideración otorgar a Televisión Nacional de Chile, en todo lo que no fuera expresamente reglado por la ley que la creó, un tratamiento similar al de los demás actores privados. En tal sentido, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia destacó en el Senado de la República que ‘después de una larga discusión, hubo coincidencia en que se debía reglar esta materia. Su idea fundamental es que las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que la participación accionaria del Estado sea superior al 50 por ciento o en que tenga mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile (...), queden sujetas a las disposiciones consagradas en el proyecto, que son similares a las que hoy rigen en las empresas privadas respecto a la información que deben proporcionar a las Superintendencias respectivas, a las cuales puede acceder cualquier ciudadano. Es decir, en materia de transparencia pasiva, Televisión Nacional de Chile no tendrá ninguna obligación adicional a las que imperan en Chilevisión o Megavisión, con las cuales compite, pero tampoco ninguna menos (...). En esto se sigue la filosofía del Estado empresario, que se encuentra consagrada en la Constitución’. Igual posición reiteró en la Cámara de Diputados, al enfatizar que ‘el ciudadano tendrá derecho a conseguir de la empresa pública exactamente la misma información que hoy puede obtener de una empresa privada’”;*

C° 68°. *“Que, de este modo, las limitaciones establecidas se encuentran en íntima relación con la naturaleza jurídica de la empresa pública creada por ley, en este caso, Televisión Nacional de Chile. Consecuencia de lo anterior es la circunstancia de que la administración de dicha corporación la ejerce un directorio,*

compuesto de siete miembros, seis de los cuales son designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, y el Presidente del mismo será de libre designación del Ejecutivo, pero teniendo presente que su ‘idoneidad garantice el debido pluralismo en el funcionamiento de la corporación’ (artículo 4° de la Ley N° 19.132)”;

C° 69°. *“Que de lo señalado se concluye que no resulta contrario a lo dispuesto en la Constitución Política de la República y, en especial, a su artículo 19, N°s 2°, 4° y 21°, la circunstancia de que deba transparentarse cierta información, según lo establece el artículo 10, letra h), cuestionado en autos, todo ello sin perjuicio de que el sentido y alcance de dicha disposición y la determinación de a quiénes específicamente obliga, deba en definitiva ser fijada en la instancia pertinente, en la especie, en la Corte de Apelaciones de Santiago”.*

CAPÍTULO TERCERO

1. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

1.1. ART. 19, N° 22, DE LA CONSTITUCIÓN

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

22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;”.

1.2. ORIGEN HISTÓRICO. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La idea de incorporar el derecho del número 22° del artículo 19 de la Constitución de 1980, surgió en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, fundamentalmente en aquellas desarrolladas entre junio y julio de 1978, referentes al Orden Público Económico.

A continuación extractaremos los párrafos más importantes de las actas de dichas sesiones, que nos permiten determinar la historia fidedigna del establecimiento de esta garantía¹¹¹.

¹¹¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Vol. 11, sesiones 371-417, mayo a octubre de 1978, pp. 2898, 2899, 3000 a 3006, 3088, 3096, 3101 y 3108.

1.2.1. SESIÓN 388ª, DE 27 DE JUNIO DE 1978

“El señor ORTÚZAR (Presidente) manifiesta que corresponde ocuparse de las materias que deberá contener el anteproyecto de la Constitución con relación al Orden Público Económico. Informa que la señora Romo entregó sobre el particular una minuta que dice lo siguiente: (...) 2. igualdad de condiciones para ejercer la actividad económica entre chilenos y extranjeros. Principio de la no discriminación. Sólo en virtud de una ley se podrán establecer subsidios que favorezcan a un sector, empresa o personas determinadas. Dicha ley deberá ser aprobada por un quórum especial (...). La minuta dice a continuación: (...) Ideas Generales: (...) 2. Igualdad ante la ley: hacerla expresamente extensiva a las materias económicas (...)”.

1.2.2. SESIÓN 393ª, DE 4 DE JULIO DE 1978

“El señor ORTÚZAR (Presidente) (...) expone que la Comisión estimó innecesario introducir el precepto sobre igualdad de condiciones para ejercer actividad económica, ya que lo consideraba comprendido en la garantía constitucional relativa a la igualdad ante la ley, que incluye la norma que dice: ‘ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer discriminaciones arbitrarias’. Recuerda que el problema surgió cuando se inició el estudio de la proposición que prescribe: ‘Sólo en virtud de una ley se podrán establecer subsidios –la Comisión lo sustituyó por beneficios– que favorezcan a un sector, empresa o persona determinada. Dicha ley deberá ser aprobada por un quórum especial’.

(...) El señor GUZMÁN pregunta a los señores Ministros si es necesario consagrar una disposición especial sobre igualdad ante la ley referido al plano económico. Agrega que, fundándose en que ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer discriminaciones arbitrarias, la Corte Suprema tendrá perfecta claridad para conocer, por la vía del recurso de inaplicabilidad, de cualquier reclamo que se formule contra una ley que establezca discriminación arbitraria en cualquier orden o materia, y se podrá recurrir, mediante el recurso de protección, ante los tribunales a fin de subsanar cualquiera infracción de la autoridad administrativa en este sentido. Dice que una expresión alternativa a discriminaciones arbitrarias podría ser discriminaciones injustas toda vez que referirse simplemente a discriminaciones es, a su juicio, excesivo y puede tender a la injusticia (...).

La señora ROMO destaca la necesidad de establecer expresamente en la Constitución la igualdad en materia económica, en vista de que tradicionalmente la Corte Suprema ha interpretado con criterio restrictivo la normativa legal de tipo económico, y agrega que, en la otra materia, el espíritu es que no haya discriminación.

El señor BARAONA (Ministro de economía) (...) manifiesta que lo que se pretende es que la autoridad administrativa y la ley, ante situaciones idénticas, no

den a uno lo que son incapaces de dar a todos, pero que eso no significa que no pueda existir una legislación que aplique un tratamiento tributario absolutamente diverso a distintas personas, según la zona geográfica o su condición particular. Dice que, tomando en cuenta que todos los gastos públicos tienen que ser ordenados por la ley, la idea es que la autoridad administrativa, por la vía del subsidio, no pretenda establecer diferencias entre los favorecidos.

(...) El señor ORTÚZAR concluye que la idea es que el trato sea igual para todos en materia económica, a menos que una ley disponga algo diverso en casos calificados.

(...) El señor BERTELSEN (...) piensa que debe tenerse en cuenta que en el derecho chileno hay una disposición general respecto de la igualdad ante la ley, y que han ido dictándose normas destinadas a proteger más eficazmente ciertas igualdades que exigen un tratamiento especial o que, por no haber sido objeto de una protección suficiente, es necesario recalcar, como ha ocurrido en el caso de las relativas a las cargas públicas, a la admisión a los empleos públicos, ante la justicia y entre el hombre y la mujer, todas las cuales, en un sentido amplio, estaban incluidas en la primera. Destaca la conveniencia de que en materias económicas, por lo tanto, aunque sea un poco redundante, se consagre una disposición constitucional, expresamente referida a la igualdad, y sugiere que diga que la Constitución asegura a todos los habitantes la igualdad de trato en materias económicas, salvo que la ley autorice expresamente algún beneficio a un determinado sector o zona geográfica, con lo que se evita que una autoridad disponga un tratamiento diverso.

(...) La señora BULNES dice (...) que el principio de igualdad ante la ley, tal cual estaba consignado, obedece a una condición de la ley cual es su generalidad, que tiene su contrapartida en la extensión cuando se tratan ciertas igualdades en la Carta Fundamental. Señala que así ocurrió cuando, con el transcurso del tiempo, se hizo necesaria la extensión y el trato especial de ciertas igualdades, como la igualdad ante los cargos públicos por el crecimiento de la Administración, o cuando surgió la necesidad de aplicar impuestos en forma directamente vinculada a la necesidad de ampliar la igualdad relativa a las cargas públicas. Considera que hoy día no se puede arreglar el problema de la economía ni el aspecto financiero con una norma general, y por ello, se declara partidaria de mantener la norma tal cual estaba consignada, en términos generales, y de establecer una disposición especial relativa a los aspectos económico y financiero.

(...) El señor LORCA manifiesta que, con todo lo general que puede ser la igualdad ante la ley, no se ha producido el efecto que previó el Constituyente al establecer ese principio, y por ello, para aplicarla en toda su amplitud en el aspecto económico, considera indispensable especificarla mediante un precepto constitucional.

El señor GUZMÁN (...) recuerda que la disposición surgió como un imperativo derivado de la evidencia de que el principio de la igualdad ante la ley no había

sido valorado suficientemente por los tribunales de justicia en lo relativo a evitar las discriminaciones injustas causadas por las leyes y los actos de autoridad. Considera indispensable la referencia a la autoridad debido a que ésta, cuando hace uso de la potestad reglamentaria, establece diferencias o discriminaciones, y destaca que cualquiera norma que establezca diferencias entre categorías de ciudadanos, por razones justificadas, es perfectamente concorde con el principio de la igualdad ante la ley. Aclara que, por otra parte, al aludir a la autoridad no sólo se están refiriendo a la administrativa, sino que a toda la autoridad de la República. Reconoce que se cometen arbitrariedades e injusticias, pero reconoce imposible que se pueda establecer la posibilidad de negar a la autoridad la facultad de establecer diferencias o discriminaciones justas, por cuanto la potestad reglamentaria está permanentemente haciendo diferencias precisamente para resguardar la justicia”.

1.2.3. SESIÓN 397ª, DE 11 DE JULIO DE 1978

“El señor ORTÚZAR da lectura a la primera proposición del señor Guerrero, Fiscal del Banco Central:

‘La Constitución asegura a todas las personas.

La igualdad de tratamiento en materia económica. Las normas que regulen las actividades económicas deben ser impersonales y de aplicación general para todas las actividades y personas.

Excepcionalmente, una ley especial podrá autorizar expresamente, determinados beneficios directos a favor de algún sector o de alguna zona geográfica o establecer gravámenes que afecten a uno o a otra. Podrá, además, autorizar franquicias u otros beneficios indirectos, en cuyo caso una estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.

Cualquier persona que se considere perjudicada por alguna disposición que estime discriminatoria en estas materias, podrá recurrir a los Tribunales Ordinarios de Justicia para solicitar que se ponga término a la discriminación sea dejando sin aplicar la norma, o haciéndola también extensiva al solicitante’.

El señor GUZMÁN (...) juzga del caso distinguir claramente lo relativo a la ley de lo tocante a la autoridad administrativa. En el caso de la primera, le parece evidente que no cabe sino el recurso de inaplicabilidad, y en el de la segunda, el de protección. En este contexto, cobra plena relevancia, a su juicio, la disposición (...) en virtud de la cual ‘ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer discriminaciones arbitrarias’. Recuerda que el término ‘discriminación’ posee doble aceptación, como que, por una parte, significa diferencia, distinción, y, por otra, envuelve la idea de ‘diferencia o distinción injusta, infundada, arbitraria o sin un antecedente que le confiera validez’. Explica que ésa fue la causa por la cual se añadió el calificativo ‘arbitraria’, el cual, en su opinión, podría ser sustituido

por ‘injustas’, si es que se reputare que éste es más preciso y más adecuado a la finalidad aquí tenida en vista: la de facultar inequívocamente a los tribunales de justicia –sea a la Corte Suprema, tratándose del recurso de inaplicabilidad contra una ley, sea a los restantes tribunales ordinarios, tratándose del recurso de protección contra un acto de la autoridad administrativa– para declarar que una discriminación es arbitraria o injusta, y, en consecuencia, hacer efectiva aplicación del principio de igualdad ante la ley.

La señora BULNES (...) en cuanto a los defectos que se desea prevenir, piensa que ellos están cubiertos con toda la reglamentación de lo contencioso-administrativo, con el recurso de protección y con la ampliación dada al recurso de inaplicabilidad. Agrega que también es preciso considerar que existirá el tribunal Constitucional, el cual se pronunciará, en forma preventiva, sobre la posible inconstitucionalidad de los proyectos de ley.

El señor ORTÚZAR estima indispensable precisar que excepcionalmente una ley podrá autorizar en forma expresa determinados beneficios por causas justificadas; pero que si ello importa una discriminación arbitraria e injusta, podrá recurrirse a la Corte Suprema para que declare inaplicable tal ley. Enfatiza que la finalidad de la norma es procurar que, aún cuando no se trate de una discriminación arbitraria, se requiera de una ley para otorgar un beneficio directo a sectores o actividades o zonas geográficas determinadas”.

1.2.4. SESIÓN 398ª, DE 11 DE JULIO DE 1978

“El señor ORTÚZAR advierte que (...) sobre la posibilidad de que excepcionalmente una ley pueda autorizar en forma expresa determinados beneficios directos o indirectos, siempre que fuera por causa justificada, ello significa trasladar el debate sobre si la causa es justificada o no lo es al Tribunal Constitucional, junto con la posibilidad de un permanente conflicto entre ese organismo y el Parlamento, en circunstancias que tal calificación es privativa del legislador, como en el caso específico de expropiación por causa de utilidad pública. Añade que, por esa razón, sería conveniente cambiar el sentido de esa disposición.

Sobre la base de la proposición concreta del señor Bertelsen y con algunas modificaciones de forma, se aprueba la siguiente disposición:

‘Sólo en virtud de una ley especial podrán autorizarse determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o de alguna zona geográfica o establecer gravámenes que afecten a una u otra, siempre que no signifiquen una discriminación arbitraria.

En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá acompañarse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

1.3. SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 19, N° 22, DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA

Como sabemos, esta garantía es también nueva en la Constitución de 1980, y se agregó, fundamentalmente, porque la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución creyó necesario el establecimiento de la igualdad específicamente en el campo económico. Si bien el artículo 19, número 2°, inciso final, de la Carta de 1980, prescribe que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, lo cual implicaría una protección a las personas contra toda clase de leyes y actos o resoluciones arbitrarias de la autoridad, sea cual fuere, ya que la Constitución no distingue, la CENC al debatir el tema del Orden Público Económico, consideró importante recalcar en una norma especial el principio de igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar a los particulares en el ámbito económico, asegurando de este modo la plena vigencia del principio de igualdad en el campo económico.

En la Constitución del 80, además, la igualdad ante la ley del artículo 19, número 2, se ha ido singularizando en diversas especies, como por ejemplo la igualdad laboral en el número 16 y la igualdad tributaria en el número 20 del artículo 19 CPR. Esto se debe a que, como se señalaba en las sesiones de la Comisión de Estudio, en Chile la Jurisprudencia no ha singularizado las igualdades y, en general, ha interpretado las garantías constitucionales en forma bastante restrictiva. Así, un precepto tan general como “*la igualdad ante la ley*” podía no encontrarse concretado de la manera debida. Por esto se estimó conveniente la singularización de la igualdad en preceptos particulares, que abarcaron sus diferentes ámbitos de aplicación, para facilitar la interpretación y reafirmar la fuerza vinculante de ella en sus diversos campos, entre ellos el económico.

La garantía de la no discriminación arbitraria en materia económica tiene por objeto que no haya, en situaciones idénticas, ni personas, grupos o sectores perjudicados en relación con sus competidores o con otros grupos o sectores. La expresión “*igualdad en el trato*” era, por lo demás, la que se empleó en el texto del anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. En su texto final, en cambio, la Constitución habla de la “*no discriminación arbitraria*”. Con esta garantía la Constitución prohíbe al Estado o cualquier entidad que cumpla funciones públicas hacer distinciones o diferenciaciones caprichosas o infundadas entre los agentes económicos. Al hablar el precepto de “*la no discriminación arbitraria*” se está valiendo de una idea o concepto similar al de igualdad, pero recalcando la idea de negación o prohibición, por esto se prefirió la última redacción. De este modo “*igualdad*” es lo mismo

que “no discriminación arbitraria”, pero la última expresión deja más en claro el mandato negativo.

El profesor Enrique Evans de la Cuadra señala que *“puede apreciarse que la Constitución de 1980 hace una doble exigencia de racionalidad, de razonabilidad. La primera al proscribir, en el número 2 del artículo 19, toda distinción arbitraria de la ley o de cualquier autoridad; la segunda, el prohibir, en el número 22 del mismo artículo, toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Este último derecho limita la acción y la intervención del Estado en la vida económica nacional. La Constitución prohíbe otorgar privilegios o crear o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción, diferenciación entre las actividades económicas que no tengan como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad”*.

*“Por consiguiente, cualquier intento del Estado, de cualquier organismo o autoridad, aunque ejerza funciones encomendadas por la ley, o del legislador, por imponer gravámenes, restricciones o cargas que no tengan una clara e indiscutible justificación objetiva, fundada en hechos y no en temores o en suspicacias administrativas de connotación subjetiva, constituye una discriminación arbitraria e inconstitucional. Hay implícita, en consecuencia, en el número 22 del artículo 19, una limitación a la discrecionalidad administrativa, la que constituye un saludable instituto en un Estado de Derecho”*¹¹².

Humberto Nogueira, por su parte, señala que *“a través de esta norma, constituida como derecho subjetivo y como componente objetivo de nuestro sistema constitucional, se busca hacer operativo el derecho general a la igualdad ante la ley en el ámbito de la Constitución económica, evitando las decisiones arbitrarias del Estado y de sus organismos en relación a los operadores económicos privados”*¹¹³. Agrega que *“dicha norma constitucional es primera vez que se establece en nuestro ordenamiento constitucional, reforzando la aplicación en materia económica del principio general de igualdad ante la ley, pacificando con norma expresa lo que algunos sectores pudieren cuestionar sobre la aplicación del derecho a la igualdad ante la ley al Estado y sus organismos, lo que en la doctrina contemporánea es un punto pacífico, ya que los derechos fundamentales son derechos con efectos erga omnes, además de constituir elementos objetivos del orden constitucional teniendo fuerza normativa y aplicación inmediata, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y*

¹¹² EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Tomo III, Santiago, 1999, p. 203.

¹¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica*, en VVAA., *Estudios sobre Justicia Constitucional*, Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 148.

*de cada uno y todos los órganos y autoridades del Estado, de los cuerpos intermedios y de las personas. Asimismo, su incorporación constitucional y su ubicación como derecho fundamental obedece a las desconfianzas históricas del pasado sobre la actuación del Estado en materia económica, generándose normas beneficiosas para sí mismo en perjuicio de los operadores económicos privados*¹¹⁴.

El mismo autor señala que “*el principio de no discriminación arbitraria puede formularse de la siguiente forma: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna unidad económica o empresa pública o privada puede ser preferida a otras*”, y añade que “*la no discriminación arbitraria que tiene como fuente general la igualdad ante la ley, constituyendo sólo una especificación de ella en el ámbito económico y empresarial, tiene un carácter relativo y proporcional. En efecto, cuando se establece una diferenciación basada en grupos de entidades económicas o una diferenciación referida a circunstancias económicas que se traduce en tratamiento desigual de quienes se encuentran en dicha situación, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al principio de proporcionalidad, ya que este trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos*”¹¹⁵.

A continuación, haremos un análisis del texto del art. 19, N° 22, CPR, norma que se divide en dos incisos, con significados y efectos distintos, por lo cual comentaremos por separado cada uno de ellos.

Así, el inciso primero ordena “*la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica*”. Aquí se contiene la formulación básica de la garantía.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define “discriminar” como: *separar; distinguir; diferenciar una cosa de otra*. Este sentido sería el atribuido por el Constituyente a la voz del inciso primero. Ahora bien, hay que clasificar la discriminación en:

1. **DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA**, que es aquella injusta, irracional, que niega beneficios a quienes legítimamente tienen derecho a ellos o impone gravámenes a quienes no merecen soportarlos.
2. **DISCRIMINACIÓN JUSTA**, que es aquella razonable, que se justifica por razones de incentivo y desarrollo nacional.

Esta clasificación es fundamental ya que, como veremos después, el inciso segundo permite discriminar justa y razonablemente. Lo que el artículo 19 número 22° prohíbe es la discriminación arbitraria.

¹¹⁴ Ibídem, p. 148.

¹¹⁵ Ibídem, pp. 151 y 154.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define “arbitrariedad” como el *acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho*, y “arbitrio” como la *voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho*. Jurídicamente, la arbitrariedad también se relaciona con la ilegalidad, en el sentido de un actuar abusivo, caprichoso, donde se procede sin ley o contra ley, es un poder ejercido sin justificación.

En cuanto a la discriminación económica arbitraria, ésta es definida por el profesor Arturo Fermandois como aquella *“acción del Estado que confiere beneficio o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan. La arbitrariedad importa una equivocación estatal en la determinación de los destinatarios de los efectos económicos”*¹¹⁶.

Finalmente, el profesor Evans de la Cuadra entiende por discriminación arbitraria, en relación al inciso primero aludido, *“toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, o por el Estado y sus órganos y agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”*. Previene el autor que *“ni el Estado ni cualquiera entidad que cumpla funciones públicas puede asilarse en facultades que les haya otorgado la ley para efectuar esas discriminaciones. Si la ley contiene diferencias arbitrarias, es inconstitucional; si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad, especialmente del sector económico o de instituciones, como las diversas Superintendencias, discriminar arbitrariamente a una persona, el acto gubernativo así emitido sería nulo por violar el precepto en análisis (19 número 22) y conforme a los artículos 6° y 7° de la Constitución (nulidad de derecho público), cualquier tribunal ordinario podría declarar esa nulidad y, eventualmente, sancionar civil y penalmente a los autores, todo ello sin perjuicio del recurso de protección que pueda hacer valer el afectado”*¹¹⁷.

El inciso segundo del número 22 del artículo 19 establece que *“sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”*.

¹¹⁶ FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, T. I., Santiago, 2001, p.210.

¹¹⁷ EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos...*, T. III, p. 202.

En este inciso, la Constitución faculta a la ley para autorizar determinados beneficios a favor de algún sector, actividad o zona, o para crear gravámenes especiales para uno u otras. Preciso es dejar en claro que este inciso no constituye una excepción al principio general del inciso primero, porque no está autorizando las discriminaciones arbitrarias, sino que sólo fija un estatuto constitucional de los beneficios y gravámenes económicos estatales, cuando éstos no sean aplicados a la totalidad de la población. Pero, siempre teniendo en cuenta, que las leyes que establezcan dichos beneficios y gravámenes, quedan sometidas a un doble imperativo de constitucionalidad: el que emana del inciso final del número 2 del artículo 19 (ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias) y el que señala el inciso segundo del número 22 (sólo en virtud de una ley y siempre que no signifique discriminación arbitraria).

Este inciso segundo tiene las siguientes características:

1. Quedan prohibidas las discriminaciones arbitrarias. La expresión “*tal*” queda referida al carácter arbitrario que pueda tener una discriminación.
2. Se elimina la posibilidad de que la autoridad administrativa, por norma de rango inferior a la ley, establezca beneficios para personas, entes o actividades determinadas, ya que sólo se permite el establecimiento de éstos por medio de ley ordinaria. Es un caso de reserva legal.
3. Los beneficios o gravámenes deben estar destinados a algún sector, actividad o zona geográfica. La expresión “*algún*” implica la eliminación de todo beneficio que pudiera extenderse a toda la colectividad, por lo tanto no puede entenderse comprensivo el beneficio o gravamen que establezca la ley, de todos los sectores económicos, todas las actividades económicas o todas las zonas geográficas.
4. La estimación de costo de las franquicias o beneficios indirectos debe incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos. Por lo tanto, todo beneficio indirecto aprobado por ley, será necesariamente un tema de discusión de la Ley de Presupuestos, lo cual fuerza una evaluación periódica de dichos costos. Además, se evita con esto el aumento desmesurado en la concesión de beneficios, ya que éstos muchas veces no implican un costo para el Estado, sino sólo una disminución de ingresos.

Al hablar el inciso segundo de franquicias o beneficios directos o indirectos, nos lleva a la necesidad de distinguir estos conceptos. Al respecto, José Luis Cea Egaña puntualiza que “*los beneficios directos equivalen a los subsidios en que el Estado agrega directamente una cantidad de dinero al destinatario. En los beneficios indirectos, en cambio, el Estado deja de cobrar una*

*cantidad. Ambos producen el mismo efecto, pero en el primer caso se paga dinero y el segundo se rebajan tributos*¹¹⁸.

Por su lado, los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, hacen presente que “*el inciso 1° del N° 22 se incluyó con un propósito bien concreto: asegura la plena vigencia de la igualdad en el trato que el Estado y sus organismos deben dar a los particulares en el ámbito económico. Esta garantía no es sino la singularización del principio de la igualdad ante la ley, consagrado también como garantía constitucional en el N° 2 del artículo 19, y cuyo propósito específico es poner a cubierto a todas las personas de una desigualdad en los efectos que originen las acciones o medidas que adopten el Estado o sus organismos al ordenar o desarrollar una actividad económica, comercial o empresarial. El vocablo ‘trato’, de acuerdo a lo que consta en actas, debe interpretarse como el efecto del manejo que el Estado o sus organismos hacen en materia económica. La expresión ‘el Estado y sus organismos’ comprende tanto al órgano ejecutivo como al legislativo y a la administración central y la descentralizada*”.

Agregan que “*el inciso 2° establece una excepción al principio enunciado: se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, bajo las siguientes condiciones:*

- a. Siempre que ello no implique una discriminación arbitraria (...).*
- b. Sólo se permiten las distinciones o discriminaciones –que no revistan carácter arbitrario– cuando se establezcan por ley (...).*
- c. La autorización que se le otorga al legislador para establecer beneficios o gravámenes está circunscrita o limitada a que siempre los destine –los beneficios o gravámenes– a algún sector, actividad o zona geográfica.*

Es importante recalcar que la expresión ‘algún’ implica por si misma eliminar todo beneficio que pudiera extenderse a toda colectividad.

*Cualquiera que sea el sentido que se les dé a los conceptos de sector, actividad o zona geográfica, no pueden entenderse comprensivos de todos los sectores económicos, de todas las actividades económicas o de todas las zonas geográficas (...). Por último, cabe puntualizar que la historia de la norma demuestra que la intención de los comisionados fue eliminar la posibilidad de que la Administración estableciera beneficios para personas, entes o actividades determinados, y que en este supuesto los beneficios o gravámenes deben establecerse por ley*¹¹⁹.

¹¹⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *II Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Univ. Católica de Chile, Santiago, 1995, p. 264.

¹¹⁹ VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, Y OTROS, ob. cit., pp. 299 y 300.

1.4. EJEMPLOS DE LEGISLACIÓN ACOGIDA AL INCISO SEGUNDO DEL N° 22 DEL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN

1.4.1. LEY N° 18.392. ESTABLECE RÉGIMEN PREFERENCIAL ADUANERO Y TRIBUTARIO PARA LA ZONA TERRITORIAL QUE INDICA. D.Of. 14.01.1985

Esta ley señala que a contar de la fecha de su publicación y por el plazo de 50 años, se establece un régimen preferencial aduanero y tributario para el territorio de la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, ubicado al sur de siguiente límite: la costa sur del Estrecho de Magallanes, definida por las líneas de base rectas, desde el Cabo Pilar en su boca occidental, con inclusión de la isla Carlos III, islotes Rupert, Monmouth, Wren y Wood e islas Charles, hasta tocar, en el seno Magdalena, el límite entre las provincias de Magallanes y Tierra del Fuego; el límite interprovincial referido, desde el seno Magdalena, hasta el límite internacional con la República Argentina. La zona preferencial indicada comprende todo el territorio nacional ubicado al sur del deslinde anteriormente señalado, hasta el Polo Sur.

Gozarán de las franquicias que se establecen en la ley las empresas que desarrollen exclusivamente actividades industriales, mineras, de explotación de las riquezas del mar, de transporte y de turismo, que se instalen físicamente en terrenos ubicados dentro de los límites de la porción del territorio nacional indicado, siempre que su establecimiento y actividad signifique la racional utilización de los recursos naturales y que asegure la preservación de la naturaleza y del medio ambiente (artículo 1°).

Luego señala que dichas empresas estarán exentas del Impuesto de Primera Categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta por las utilidades devengadas o percibidas en sus ejercicios comerciales, incluyendo los ejercicios parciales que desarrollen al principio o al final del período fijado en el artículo precedente (artículo 2°).

En seguida agrega que podrán importarse, con goce de los beneficios contemplados en el artículo siguiente, por las empresas mencionadas, toda clase de mercancías extranjeras, necesarias para sus procesos productivos o de prestación de servicios, materias primas, artículos a media elaboración y partes o piezas que se incorporen o consuman en dichos procesos. Además, podrán importarse, de igual forma, las maquinarias y equipos destinados a efectuar esos procesos, o al transporte y manipulación de las mercancías de dichas empresas, como también los combustibles, lubricantes y repuestos necesarios para su mantenimiento (artículo 3°).

Finalmente, menciona que la importación de las mercancías a que se refiere el artículo anterior no estará afecta al pago de derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que se cobren por las Aduanas (artículo 4°).

1.4.2. LEY N° 19.420. ESTABLECE INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS PROVINCIAS DE ARICA Y PARINACOTA. D.Of. 23.10.1995

Esta ley establece que los contribuyentes que declaren el Impuesto de Primera Categoría de la Ley de Impuesto a la Renta sobre renta efectiva determinadas según contabilidad completa, tendrán derecho a un crédito tributario por las inversiones que efectúen en las provincias mencionadas, destinadas a la producción de bienes o prestación de servicios en ellas.

Al mismo beneficio tendrán derecho los contribuyentes acogidos al régimen preferencial establecido por el artículo 27 del decreto con fuerza de ley número 341, de Hacienda, de 1977, sobre Zonas Francas, siempre que declaren el Impuesto de Primera Categoría, a contar del año comercial en el cual tengan derecho al crédito. Estos contribuyentes podrán volver a optar, a contar del año comercial siguiente del cual terminen de recuperar el crédito, al régimen tributario que contempla el referido decreto con fuerza de ley, respecto de la exención del Impuesto de Primera Categoría.

El crédito será equivalente al 30% del valor de los bienes físicos del activo inmovilizado que correspondan a construcciones, maquinarias y equipos, incluyendo los inmuebles destinados preferentemente a su explotación comercial con fines turísticos, directamente vinculados con la producción de bienes o prestación de servicios del giro o actividad del contribuyente, adquiridos nuevos o terminados de construir en el ejercicio, según su valor actualizado al término del ejercicio.

También tendrán derecho al crédito los contribuyentes que inviertan en la construcción de edificaciones destinadas al uso habitacional, de más de cinco unidades, ubicadas en las áreas a que se refieren las letras a) y c) del artículo 19 (perímetro urbano de la ciudad de Arica y áreas declaradas como centros de interés turístico por el Servicio Nacional de Turismo), con una superficie construida no inferior a 1000 m² (artículo 1°).

La ley también autoriza el establecimiento en esas zonas de recintos denominados centros de exportación para el ingreso, depósito y comercialización al por mayor de mercancías. La administración y explotación de los centros de exportación será entregada por el Estado mediante

licitación, a través del Ministerio de Hacienda, a las personas naturales o jurídicas que cumplan los requisitos respectivos (artículo 10°).

A los centros de exportación podrán ingresar mercancías nacionales y materias primas, partes y piezas extranjeras originarias y procedentes de otros países sudamericanos. Mientras las mercancías permanezcan en un centro de exportación, se considerarán como si estuvieran en el extranjero y, en consecuencia, no estarán afectas al pago de los derechos, impuestos, tasas y demás gravámenes que se perciban por intermedio de las aduanas (artículo 11°).

1.4.3. LEY Nº 19.606. ESTABLECE INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS REGIONES DE AISEN Y MAGALLANES Y DE LA PROVINCIA DE PALENA. D.Of. 14.04.1999

Esta ley establecía que los contribuyentes que declaren el Impuesto de Primera Categoría, tendrán derecho, hasta el 31 de diciembre del año 2008, a un crédito tributario por las inversiones que efectúen en las regiones XI y XII y en la provincia de Palena, destinadas a la producción de bienes o prestación de servicios a esas regiones o provincia.

Los contribuyentes tendrán derecho a este beneficio respecto de todos los bienes incorporados al proyecto de inversión. El crédito será equivalente al porcentaje establecido en el inciso final del artículo 1° sobre el valor de los bienes físicos del activo inmovilizado que correspondan a construcciones, maquinarias y equipos, incluyendo los inmuebles destinados preferentemente a su explotación comercial con fines turísticos, directamente vinculados con la producción de bienes o la prestación de servicios del giro o actividad del contribuyente, adquiridos nuevos o terminados de construir en el ejercicio.

Podrán gozar también del beneficio los contribuyentes que inviertan en activos físicos que correspondan a: a) Embarcaciones y aeronaves nuevas destinadas exclusivamente a prestar servicios de transporte de carga, pasajeros o turismo en la zona comprendida en la ley; y b) Remolcadores y lanchas, sean nuevas o usadas reacondicionadas y que cumplan los requisitos señalados en la letra a), destinadas a prestar servicios a naves en las regiones y provincia señaladas.

También tendrán derecho al crédito los contribuyentes que inviertan en la construcción de edificaciones destinadas a actividades productivas o de prestación de servicios educacionales, de salud o de almacenaje, de a lo menos 500 m² construidos y las destinadas a oficinas o al uso habitacional que incluyan o no locales comerciales, estacionamientos o bodegas, de más de 5 unidades, con una superficie total construida no inferior a 1.000 m² (artículo 1°).

El crédito se deducirá del impuesto de Primera Categoría que deba pagar el contribuyente, a contar del año comercial de adquisición o construcción del bien (artículo 2°).

1.4.4. DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 2 DE 2001. APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DFL N° 341, DE 1977, DEL MINISTERIO DE HACIENDA, SOBRE ZONAS FRANCAS. D.Of. 10.08.2001

Este DFL autoriza el establecimiento de Zonas Francas en Iquique y Punta Arenas (artículo 1°).

Además señala que para los efectos de este DFL, se entenderá por Zona Franca el área o porción unitaria de territorio perfectamente deslindada y próxima a un puerto o aeropuerto amparada por presunción de extraterritorialidad aduanera. En estos lugares las mercancías pueden ser depositadas, transformadas, terminadas o comercializadas, sin restricción alguna (artículo 2°).

Señala también que las sociedades administradoras y los usuarios que se instalen dentro de las Zonas Francas estarán exentas de los impuestos a las ventas y servicios (IVA) del DL 825, de 1974, por las operaciones que realicen dentro de dichos recintos y zonas. Del mismo modo estarán exentas del Impuesto de Primera Categoría de la Ley de Impuesto a la Renta por las utilidades devengadas en sus ejercicios financieros, pero estarán obligadas a llevar contabilidad con arreglo a la legislación chilena con el objeto de acreditar la participación de utilidades respecto a las cuales sus propietarios tributarán anualmente con el Impuesto Global Complementario o Adicional, según corresponda (artículo 23°).

Luego establece que mientras las mercancías permanezcan en las Zonas Francas, se considerarán como si estuvieran en el extranjero y, en consecuencia, no estarán afectas al pago de los derechos, impuestos, tasa y demás gravámenes que se perciban por intermedio de las Aduanas, incluso la Tasa de Despacho establecida por la Ley N° 16.464 y sus modificaciones. Además, podrán ingresar a las Zonas Francas, bajo el mismo sistema de franquicias ya establecido, las maquinarias destinadas a efectuar cualquiera de los procesos a que se refiere el presente decreto con fuerza de ley, o aquellas destinadas al transporte y manipulación de las mercancías, dentro de las respectivas Zonas, como también los combustibles, lubricantes y repuestos necesarios para su mantenimiento (artículo 24°).

La introducción de mercancías extranjeras a las Zonas Francas estará afecta al pago de un impuesto único del 3% *ad valorem*, que ingresará a

Rentas Generales de la Nación y que se recaudará en la forma y oportunidad que señale el reglamento. Dichas mercaderías deberán pagar, además, las tasas correspondientes a los servicios prestados. Para la determinación del impuesto referido, la Aduana deberá efectuar un reconocimiento de las mercancías, previo a su ingreso a las Zonas Francas, en conformidad a lo que disponga el reglamento (artículo 25°).

Finalmente señala que el régimen preferencial establecido por el Decreto Ley N° 1.055, de 1975, y sus modificaciones, para la Zona Franca de Iquique será aplicable, en los mismos términos, a las empresas industriales manufactureras instaladas o que se instalen en Arica. Para estos efectos, se entenderá por empresas industriales a aquellas que desarrollan un conjunto de actividades en fábricas, plantas o talleres, destinadas a la obtención de mercancías que tengan una individualidad diferente de las materias primas, partes o piezas extranjeras, utilizadas en su elaboración. Igualmente, dicho régimen preferencial será aplicable a las empresas que en su proceso productivo provoquen una transformación irreversible en las materias primas, partes o piezas extranjeras utilizadas para su elaboración. También podrán realizarse otros procesos que incorporen valor agregado nacional tales como armaduría, ensamblado, montaje, terminado, integración, manufacturación o transformación industrial. Concedida la autorización prevista en este artículo, se aplicarán a dichas empresas las normas establecidas para la Zona Franca de Iquique y, para todos los efectos legales, estas empresas se considerarán situadas en dicha zona (artículo 27).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

2.1. CONCEPTO Y CONTENIDO ESENCIAL DE LA NO DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

2.1.1. STC Rol N° 249-96-CPT, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1996. CASO “EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN S.A.”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que autoriza el incremento presupuestario para absorber las mayores pérdidas operacionales de la Empresa Nacional del Carbón S.A. (ENACAR S.A.).

JURISPRUDENCIA TC:

C° 9°. *“Que, la norma constitucional contenida en el numeral 22 del artículo 19, tiene por objeto fundamental, como ya ha tenido este Tribunal oportunidad de señalar, establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas evitando que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho”*¹²⁰;

2.1.2. STC Rol N° 280-98-CPT, DE 20 DE OCTUBRE DE 1998. CASO “IMPUESTOS TABACO Y COMBUSTIBLES”

Requerimiento de treinta y un Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 24°. *“Que, el artículo 19, N° 22, inciso primero, asegura: La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (...).*

Este Tribunal Constitucional, en sentencia de 6 de diciembre de 1994, Rol N° 203, declaró en su considerando 11°, que por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia no razonable o contraria al bien común.

También en el Rol N° 53, este Tribunal hizo suyo el pensamiento del Señor Linares Quintana quien expresó en su obra Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado, Tomo IV, pág. 263, lo siguiente: La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.

2.1.3. STC Rol N° 312-00-CPT, DE 3 DE OCTUBRE DE 2000. CASO “TRATADO CHILE-ARGENTINA INTEGRACIÓN MINERA”

Requerimiento de trece Senadores a fin de que el TC declare inconstitucional el tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre integración y complementación minera o, en subsidio, declare inconstitucionales sus arts. 1° y 5°.

¹²⁰ En el mismo sentido, STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”, C° 54°.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 36°. *“Que sobre el particular, debe tenerse presente que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2° del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes (Roles N°s 5, de 26 de noviembre de 1981, y 203, de 6 de diciembre de 1994, respectivamente) (...)”*.

C° 37°. *“Que admitido que la igualdad jurídica no es absoluta, lo que el Constituyente rechaza son las discriminaciones arbitrarias, y que, para este Tribunal, no son otras que las diferencias irracionales, productos del capricho y contrarias al bien común (Rol N° 203)”¹²¹*.

2.1.4. STC Rol N° 467-06-INA, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. CASO “EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”, pendiente ante la Corte de Apelaciones de Arica.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 51°. *“Que, como se sabe, el artículo 19 N° 22 resguarda la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Se trata, por tanto, de un principio fundamental que debe ser considerado en toda actuación que realice el Estado o alguno de sus organismos, cualquiera sea su forma jurídica”*;

(...) C° 55°. *“Que aun cuando pudiera sostenerse que a la empresa referida no le resultara aplicable el artículo 19 N° 22, lo cierto es que este último no es sino concreción en el ámbito económico del artículo 19 N° 2, que precisamente prohíbe toda discriminación arbitraria en términos tales que ‘ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias’”*;

2.1.5. STC Rol N° 1295-08-INA, DE 6 DE OCTUBRE DE 2009. CASO “BOMBEROS”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por catorce Compañías de Seguros Generales respecto de los artículos

¹²¹ En el mismo sentido, STC Rol N° 790-07-INA, de 11 de diciembre de 2007. Caso “Reajuste Pensiones”, C° 41°.

3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, que otorga beneficios por accidentes y enfermedades a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, en la causa sobre recurso de reclamación interpuesto de conformidad al artículo 46 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3.538, caratulada “*Ace Seguros S.A. Compañía de Seguros Generales S.A., Consorcio Nacional de Seguros S.A., Chilena Consolidada Seguros Generales S.A. y otros con Superintendente de Valores y Seguros*”, y pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

JURISPRUDENCIA TC:

1. El artículo 19 N° 22 de la Constitución.

a. Orígenes del precepto.

C° 86°. “*Que el artículo 19 N° 22 de la Constitución busca evitar toda diferenciación o distinción realizada por el Estado o sus órganos que no tenga justificación razonable. No prohíbe, por tanto, la discriminación; en algunos casos la considera necesaria para asegurar la participación ‘con igualdad de oportunidades en la vida nacional’ (artículo 1°, inciso final, de la Constitución) que pueden demandar ciertas personas o grupos de personas. Pero la sujeta a ciertas condiciones.*”

La norma establecida en el artículo 19 N° 22 ‘es original de la Constitución de 1980’, pues no la contemplaban Cartas anteriores. ‘Forma parte de un conjunto de normas sobre isonomía, cuyo objeto es impedir que el Estado o sus organismos puedan discriminar en materia económica, particularmente en beneficio propio y en perjuicio de los agentes económicos privados’ (Cea, José Luis; Derecho Constitucional Chileno; t. II; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2004, págs. 509-510).

Su incorporación buscó varios propósitos.

Por de pronto, establecer expresamente la prohibición de discriminar arbitrariamente que tiene el Estado en materia económica, para evitar discusiones sobre si se aplicaba el 19 N° 2 al Estado. Como lo ha señalado esta Magistratura, ‘tiene por objeto especificar, en materia económica, el principio general de la igualdad ante la ley, consagrado en el N° 2 del mismo artículo 19’ (STC rol 28/85). ‘La ausencia de una doctrina suficientemente desarrollada por la Corte Suprema en la singularización de las igualdades, en particular, la económica, hizo necesario plantear su explicitación’ (Fermandois, Arturo; Derecho Constitucional Económico; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2001, pág. 264). Enseguida, se buscó ‘reforzar la igualdad porque también hay desconfianza histórica al papel del Estado y sus favoritismos del pasado’ (Fermandois, A.; ob. cit., pág. 264).

En palabras de Pablo Barahona, Ministro de Economía en la fecha en que se discutió la preceptiva en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, lo que se pretendió con la incorporación de esta normativa ‘es que la autoridad administrativa y la ley, ante situaciones idénticas, no den a uno lo que son

incapaces de dar a todos, pero que eso no signifique que no pueda existir una legislación que aplique un tratamiento tributario absolutamente diverso a distintas personas, según la zona geográfica o su condición particular (Citado en Evans de la Cuadra, Enrique; *Los derechos constitucionales*; T. III; Editorial Jurídica; Santiago, 1999, pág. 208).”;

b. Las dimensiones del precepto.

C° 87°. “*Que la norma contenida en el artículo 19 N° 22 de la Constitución tiene, como se desprende de su lectura, una regla general y una excepción. La regla general es ‘la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica’.*”

La doctrina ha señalado que esta regla general tiene los siguientes elementos configurativos. Desde luego, en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el comisionado Bertelsen dijo que la voz discriminar tiene dos acepciones. De un lado, es dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos; del otro, es el de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra (citado en Fermandois, A.; ob. cit., pág. 267). De ahí que la doctrina sostenga que discriminar es ‘dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad sin base ni finalidad legítima para hacerlo’ (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 510). La arbitrariedad, por su parte, significa ‘sin fundamento plausible o razonable, desproporcionada o inconducente al fin perseguido con ella, ilegítima o injustificada’ (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 510).

Enseguida, la expresión ‘trato’ apunta a ‘proceder’, a ‘método para relacionarse, atender o resolver un asunto, procedimiento uniforme para asistir y cuidar a peticionarios o requirentes’ (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 511). Son las medidas que adoptan el Estado o sus organismos.

A continuación, quienes tienen prohibida la discriminación arbitraria son ‘el Estado y sus organismos’; se excluye, por tanto, a los particulares de esta disposición, como sujetos activos de la misma. Esta expresión abarca no sólo a los órganos de la administración del Estado, con o sin personalidad jurídica; también comprende a los órganos autónomos, a los tribunales y al legislador (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 511; Verdugo, M.; Pfeffer, E.; y Nogueira, H.; ob. cit., pág. 294). No se quiso excluir a nadie, por tanto.

Finalmente, la prohibición sólo se aplica en ‘materia económica’. En otras áreas, habrá que reconducir la situación al artículo 19 N° 2 de la Constitución. ‘Materia económica’ es cualquier regulación que impacte en el mercado de productos, bienes o servicios; es ‘aquel plano de actuación de las personas mediante el cual obtienen lucro y se desarrollan’ (Fermandois, A.; ob. cit., pág. 265)”;

C° 88°. “*Que la norma del artículo 19 N° 22 tiene excepciones, en que el Estado puede discriminar. En estos casos, razones de política económica o de fomento de actividades pueden llevar al Estado a establecer ciertos tratos especiales a favor*

o en perjuicio de alguna área o sector de la economía. Como estas discriminaciones son la excepción, la Constitución las sujetó a estrictos requisitos. Por eso, algunos autores sostienen que en realidad no hay ninguna excepción en el inciso segundo respecto del inciso primero del artículo 19 N° 22, pues no se autorizan las discriminaciones arbitrarias; lo que existe es que se ‘reglamenta la forma de conceder beneficios o imponer gravámenes cuando éstos no serán aplicados a la generalidad de la población’ (Fernandois, A.; ob. cit., pág. 266)”;

c. Los requisitos para discriminar.

C° 89°. “Que estos requisitos son, en primer lugar, que la discriminación que se aplique no puede ser arbitraria. Es decir, debe ser ‘lógica, razonable, justificada’; la ‘discriminación arbitraria es aquella injusta, irracional, que niega beneficios a quienes legítimamente tienen derecho a ellos o impone gravámenes a quienes no merecen soportarlos’ (Fernandois, A.; ob. cit., págs. 288 y 267). Es lo que dijo el citado Ministro Barahona: ‘no den a uno lo que son incapaces de dar a todos’.

En segundo lugar, la medida sólo puede establecerse por ley. No es la autoridad administrativa por sí, sino previa autorización del legislador, o directamente el legislador, por ejemplo, vía Ley de Presupuestos, los que pueden establecer estas distinciones. Dicha ley es ley común o ley simple (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 512; Fernandois, A., ob. cit.; pág. 288).

En tercer lugar, las medidas a través de las cuales el Estado puede actuar, son los ‘beneficios directos o indirectos’ y los ‘gravámenes especiales’. Como se observa, no se utiliza aquí por la Constitución conceptos precisos sino expresiones técnicas y genéricas. Con ello se buscó ‘ser breve y permitir a los organismos destinados a interpretarla una adaptación adecuada’ (Evans, E.; ob. cit., pág. 213). Será el legislador, entonces, quien irá definiendo, en cada caso, en qué consisten estas medidas. No quiso el constituyente utilizar expresiones que limitasen la creatividad de la ley. Será cada norma legal la que las irá configurando, de acuerdo a las necesidades de política económica que pueda demandar la sociedad en un momento determinado. Pero, claramente, se distingue entre medidas favorables (los beneficios) y medidas desfavorables (los gravámenes). En ambos casos, el legislador queda facultado para establecer una relación jurídica, con derechos y obligaciones recíprocas, entre el órgano encargado de materializarlas y el privado que las recibe o soporta. El régimen jurídico que normará dicha relación, tendrá un componente de derecho público y, por tanto, de contenido obligatorio e indisponible, y otro libremente pactado.

Dichos beneficios o gravámenes buscan que el Estado, sin utilizar la coacción, es decir, sin mandar ni imponer, ni crear servicios, proteja, promueva, estimule y oriente la actividad económica para que se entreguen o produzcan ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para la sociedad (Ariño, Gaspar; Principios de derecho público económico; Editorial Comares; Granada, 1999, págs. 289-290)”;

C° 90°. “Que los ‘beneficios’ son ayudas, en dinero o de otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso. Estas ayudas pueden ser honoríficas (como, por ejemplo, los premios nacionales), jurídicas (por ejemplo, dispensas en el cumplimiento de ciertas normas) o económicas.

Los beneficios económicos pueden ser ‘directos o indirectos’. En los directos, se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado entrega una subvención, es decir, una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para obtener el desarrollo de una actividad económica (por ejemplo, el financiamiento de una película), o un subsidio, esto es, una transferencia en dinero sin obligación de reembolso para ayudar a personas o grupos de escasos recursos (por ejemplo, una beca de estudios). También cabe aquí el crédito público, en que hay una transferencia de recursos, pero con obligación de reembolso, y en condiciones más favorables que las que puedan existir en el mercado (por ejemplo, el crédito fiscal). Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.

En los beneficios indirectos o franquicias, por su parte, el Estado deja de cobrar cierta cantidad de dinero; ‘se priva de ingresos posibles’ (Fermandois, A.; ob. cit., pág. 289); el ‘beneficio consiste en que el favorecido con ella goza de una exención tributaria o arancelaria, de modo que no paga los derechos que el Estado cobra’ (Cea, J.L.; ob. cit., pág. 513). Estos beneficios indirectos deben ser ponderados en la Ley de Presupuestos; es decir, su costo debe incluirse en dicha ley. Con ello se buscó, por una parte, que la comunidad conozca de ellos; y, por la otra, favorecer su discusión legislativa y su evaluación periódica (Fermandois, A; ob. cit., pág. 288)”;

C° 91°. “Que los ‘gravámenes especiales’, por su parte, son cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último ca-

lificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador; es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad”;

C° 92°. “Que, finalmente, el último requisito que establece el artículo 19 N° 22 radica en que los beneficios o los gravámenes, además de estar establecidos por ley y no ser arbitrarios en la discriminación que imponen, deben ir a favor o en contra de ‘algún sector, actividad o zona geográfica’. Con ello, se fuerza al agrupamiento o formación de categorías de sujetos o territorios para establecer las medidas (Fernandois, A.; ob. cit., pág. 288). Es decir, debe aludirse a grupos peculiares y diferenciados.

Ahora bien, con la expresión ‘sector’ se alude a una parte de la actividad productiva o económica del país. Ejemplo, los agricultores, los acuicultores. Con la voz ‘actividad’ se refiere la Constitución a emprendimientos determinados, con características operativas específicas; por ejemplo: los productores lecheros. Finalmente, con la expresión ‘zona geográfica’ se alude al desarrollo económico que se lleva a cabo en un lugar del territorio nacional, que puede o no corresponder a la división político administrativa del país. En todo caso, el legislador, cuando establezca el beneficio o el gravamen, debe individualizar claramente el sector, actividad o zona geográfica.

Estos parámetros los puede utilizar la ley en forma conjunta (por ejemplo, los trigueros de la VII Región) o separadamente (los consumidores de agua potable de escasos recursos) al momento de establecerlos”;

2.2. LÍMITES DE LA GARANTÍA. CASOS EN QUE NO SE INFRINGE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

2.2.1. STC ROL N° 203-94-CPT, DE 6 DE DICIEMBRE DE 1994. CASO “VALOR PATENTES MUNICIPALES”

Requerimiento de Senadores que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional la modificación que el artículo 2°, N° 10, letra a), del proyecto que modifica el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales y la Ley N° 17.235, sobre impuesto territorial, introduce al artículo 24, inciso segundo, del mencionado Decreto Ley.

Estiman los requirentes que, al modificar el proyecto la expresión “*mil unidades tributarias mensuales*” por “*cuatro mil unidades tributarias mensuales*”, se infringe, entre otros, el N° 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dispone que ni el Estado ni sus organismos pueden dar un trato discriminatorio en materia económica, y que, por el contrario, todas las personas deben recibir un trato igualitario, justo,

razonable, sin establecer diferencias entre ellas que carezcan de justificación y racionalidad. De manera que si la ley contiene diferencias arbitrarias en el trato que debe dar a las personas el Estado y sus organismos en materia económica, o si la ley entrega atribuciones que permitan a una autoridad efectuar estas discriminaciones, en ambos casos, es inconstitucional, como ocurriría en la especie, al elevar el proyecto el límite de las patentes a 4.000 unidades tributarias mensuales.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 12°. *“Que, los requirentes afirman que la modificación propuesta atentaría, también, contra el artículo 19, N° 22, de la Constitución, que asegura la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

Sostienen que sería inconstitucional la ley que permitiera a una autoridad efectuar una discriminación arbitraria.

Sobre el particular es menester aclarar que en ningún caso la reforma que se introduce al Decreto Ley N° 3.063, de 1979, puede significar una diferencia arbitraria en el trato que las Municipalidades como órganos del Estado pueden dar a los particulares. La circunstancia de que sólo se modifique el límite máximo del tributo que, eventualmente, pueda aplicarse por la autoridad local no significa que se contemplen, por ese sólo hecho, diferencias arbitrarias entre los distintos contribuyentes”;

2.2.2. STC Rol N° 249-96-CPT, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1996. CASO “EMPRESA NACIONAL DEL CARBÓN”

Requerimiento de Diputados que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que autoriza el incremento presupuestario para absorber las mayores pérdidas operacionales de la Empresa Nacional del Carbón S.A. (ENACAR S.A.).

Estiman los requirentes que, al autorizar el proyecto de ley un incremento hasta la cantidad de \$3.085 millones, transfiriendo tales recursos, por medio de la modificación de la glosa N° 13 del Presupuesto Nacional vigente, para absorber las mayores pérdidas operacionales de ENACAR S.A., y al haberse aprobado esta iniciativa legal bajo un quórum de ley simple o común, se vulneraron los preceptos constitucionales consagrados en el artículo 19, N°s 2 y 22, de la Carta Fundamental, ya que se genera una diferencia arbitraria, al no concurrir los motivos justificados que exige el artículo 19, N° 21, inciso segundo, de la misma, para permitir una excepción a la legislación común de esta especie.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 7°. *“Que, también los requirentes insinúan en la parte expositiva de su libelo que el proyecto de ley en estudio habría violado el artículo 19, en sus numerales 2 y 22, y fundan su aserto en que se generará una diferencia arbitraria al aprobarse la iniciativa legal con el quórum de ley común”;*

C° 8°. *“Que, del tenor literal del proyecto de ley impugnado por el reclamo y del Mensaje del Presidente de la República, se desprende que éste tiene por objeto incrementar el presupuesto de un servicio público, CORFO, para que éste a su vez, lo destine a capitalizar una empresa privada, ENACAR S. A., que tiene un déficit operacional en la actividad que desarrolla”;*

C° 9°. *“Que, la norma constitucional contenida en el numeral 22 del artículo 19, tiene por objeto fundamental, como ya ha tenido este Tribunal oportunidad de señalar, establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas evitando que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho”;*

C° 10°. *“Que, no se divisa en el proyecto impugnado una discriminación arbitraria al tenor de lo señalado precedentemente, pues éste en definitiva, se limita, tal como se ha dicho a la aplicación del mecanismo legal de la capitalización de ENACAR, no constituyendo, en caso alguno, una excepción a la legislación que regula la actividad empresarial del Estado, razones todas que conducen a que el requerimiento interpuesto sea rechazado”.*

2.2.3. STC Rol N° 280-98-CPT, DE 20 DE OCTUBRE DE 1998. CASO “IMPUESTOS TABACO Y COMBUSTIBLES”

Requerimiento de treinta y un Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.

Estiman los actores, en lo pertinente, que los artículos 2° y 3° del proyecto de ley, en la medida que aumentan las tasas impositivas a los combustibles y al tabaco, serían contrarios al artículo 19, N° 22, de la Constitución. En la especie se configuraría una discriminación arbitraria al hacer recaer el financiamiento de una rebaja de aranceles, que beneficiará a todos los consumidores y a una parte significativa de los productores, exclusivamente en los productores y consumidores o usuarios del tabaco y de la gasolina.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 24°. *“Que, el artículo 19, N° 22, inciso primero, asegura: “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.”*

Los requirentes afirman que ‘[e]l derecho a no ser discriminado arbitrariamente en materia económica por el Estado o sus organismos es una concreción, en el campo del Orden Público Económico, del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, que por su parte prohíbe que la ley y la autoridad establezcan diferencias arbitrarias’.

Los requirentes sostienen ‘que constituye una discriminación arbitraria hacer recaer el financiamiento de una rebaja de aranceles, que beneficiará a todos los consumidores y a una parte significativa de los productores, exclusivamente en los productores y consumidores o usuarios de tabaco y de gasolina’.

Este Tribunal Constitucional, en sentencia de 6 de diciembre de 1994, Rol N° 203, declaró en su considerando 11°, que por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia no razonable o contraria al bien común. Esta sentencia, confirmando el argumento, deduce que del texto del proyecto no se mira cómo éste pueda afectar en su esencia la garantía en estudio.

También en el Rol N° 53, este Tribunal hizo suyo el pensamiento de Linares Quintana quien expresó en su obra Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional: Argentino y Comparado, Tomo IV, pág. 263, lo siguiente: ‘La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo’.

En el caso de los tabacos, debe tenerse en cuenta que la Ley N° 19.419, de octubre de 1995, que Regula Actividades que Indica Relacionadas con el Tabaco, reconoció que su consumo genera riesgos específicos para la salud y estableció prohibiciones, restricciones, controles y sanciones, además de una política de prevención contra el tabaquismo, solo aplicables a este producto.

El tabaco tiene un tratamiento jurídico diverso, que entre otras cosas, se expresa en su alta carga tributaria.

El último criterio para que la discriminación sea legítima es su proporcionalidad.

El aumento de una carga tributaria razonable de 5% en el tabaco y 0,8 UTM/m³ en la gasolina, en relación a hechos ya gravados que históricamente han sido categorizados en niveles de carga tributaria mayor; obedece a la necesidad de mantener el equilibrio presupuestario, que se verá afectado por la menor recaudación por concepto de aranceles”;

C° 25°. “Que, los requirentes parten del supuesto que el proyecto, en sus artículos 2° y 3°, contiene una discriminación arbitraria.

Más allá de lo ya considerado, debe tenerse en cuenta que el principio de la igualdad de trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económi-

ca puede presentar diferencias racionales tomando en cuenta la concurrencia de elementos subjetivos o supuestos de hecho distintos. Como ya quedó demostrado en esta sentencia, los impuestos al tabaco y a la gasolina han sido especiales y como tales han sido objeto de una regulación diferente. La parte expositiva del Mensaje, al referirse a los aspectos centrales del proyecto, justifica el alza de los impuestos expresando:

- a. Impuestos que afectan al tabaco. El artículo segundo establece, a contar del 1° de enero del año 1999, un alza de cinco puntos porcentuales en las actuales tasas específicas que afectan al tabaco. Cabe señalar que estos impuestos gravan un consumo que tiene efectos colaterales negativos.*
- b. Impuestos que afectan a las gasolinas. El artículo tercero establece, a partir del 1° de enero del año 2000, en dos etapas anuales sucesivas, un aumento de los impuestos que afectan a las gasolinas, con la finalidad de allegar mayores recursos para compensar la rebaja arancelaria.*

Es preciso señalar que un alza de este impuesto incentivará un uso más racional de los automóviles particulares, al reflejar de mejor manera los costos que debe soportar la sociedad por la contaminación, congestión vehicular y la utilización de la infraestructura pública. De esta forma, se incrementa la eficiencia en la asignación de los recursos con que cuenta el país. Por otra parte, cabe destacar el carácter progresivo de este impuesto”;

C° 26°. “Que, de las disposiciones constitucionales enfrentadas al texto que se propone, se pueden deducir, entre otras, las siguientes conclusiones:

- a. el tributo se establece por ley;*
- b. es un impuesto indirecto y como tal se traslada al usuario;*
- c. es un gravamen especial, y*
- d. los tributos persiguen compensar la rebaja de aranceles que beneficia a todos los habitantes del país”;*

C° 27°. “Que, en mérito de lo razonado precedentemente, este Tribunal considera que existe discriminación en la tributación a que están afectos el tabaco y los combustibles, pero que ella, en los montos que se proponen, no implican una discriminación arbitraria en el trato del Estado con las respectivas empresas, toda vez que la proposición aparece como razonable por lo expuesto y por la situación actual de la economía, que constituye un hecho público y notorio”.

2.2.4. STC Rol N° 282-98-CDS, DE 28 DE ENERO DE 1999. CASO “TRATADO CHILE-BOLIVIA COMPLEMENTACIÓN ECONÓMICA”

Requerimiento de treinta y cuatro Diputados a fin de que el TC declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 1.412, de 21 de agosto de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se promulgó

el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22.

Los Diputados requirentes –además de invocar la inconstitucionalidad de forma del decreto supremo por infringir materias de reserva legal– afirman, en lo pertinente, que este decreto al ordenar cumplir y llevar a efecto el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22, transgrede el artículo 19, N°s 2° y 22°, CPR, toda vez que implica conceder preferencias arancelarias unilaterales a Bolivia, lo que importa sacrificar algunas actividades agrícolas e industriales, como sería el caso de la producción de oleaginosas en el país, situación que forzaría el cierre de la plantas elaboradoras y refinadoras de aceite, afectando a muchas personas y a extensas zonas geográficas, estableciéndose así una discriminación arbitraria y carente de fundamentos.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 37°. *“Que, en cuanto a las garantías establecidas en los N°s 2° y 22°, del artículo 19 de la Constitución, que reconocen, respectivamente, el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, considera este Tribunal que la ampliación de la liberación arancelaria que recoge el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo en función del plan de regulación de desgravación en favor de Bolivia convenido en el Acuerdo de Complementación Económica N° 22, se encuentran insertos dentro de los principios de cooperación e integración latinoamericana que consagra y sustenta el Tratado Marco de Montevideo”;*

C° 38°. *“Que, con lo expuesto, cabe concluir que las diferenciaciones y la ampliación de las preferencias arancelarias en favor de Bolivia, en su carácter de país de menor desarrollo económico relativo, establecidas para superar las trabas del intercambio económico con ese país, manifiestamente no configuran diferencias arbitrarias, ni discriminación de esa índole en el trato que debe dar el Estado en materia económica, por cuanto aparecen revestidas de razonabilidad y fundamento plausible, a lo que cabe agregar que la propia Constitución, en el inciso segundo, del numeral 22°, de su artículo 19, autoriza para conceder determinados beneficios directos e indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, que no tengan, desde luego, el carácter de arbitrarios”.*

2.2.5. STC Rol N° 312-00-CPT, DE 3 DE OCTUBRE DE 2000. CASO “TRATADO CHILE-ARGENTINA INTEGRACIÓN MINERA”

Requerimiento de trece Senadores a fin de que el TC declare inconstitucional el tratado entre la República de Chile y la República de Argen-

tina sobre integración y complementación minera o, en subsidio, declare inconstitucionales sus arts. 1° y 5°.

Los Senadores requirentes estiman que el tratado, al levantar restricciones y otorgar beneficios para un solo sector económico –el sector minero– y para una sola zona fronteriza –el área de operaciones del tratado–, dejando vigentes estas restricciones para los demás sectores económicos y zonas geográficas, establece una discriminación arbitraria en materia económica que se encuentra proscrita por el numeral 22° del art. 19 de la Constitución.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 36°. *“Que sobre el particular, debe tenerse presente que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2° del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes (Roles N°s 5, de 26 de noviembre de 1981, y 203, de 6 de diciembre de 1994, respectivamente).*

Por consiguiente, de acuerdo con esta conceptualización de la igualdad jurídica, es perfectamente explicable que determinados sectores económicos e incluso mineros o zonas geográficas, por estar en otras situaciones o circunstancias, queden al margen de los beneficios que contemplan las cláusulas del Tratado”;

C° 37°. *“Que admitido que la igualdad jurídica no es absoluta, lo que el Constituyente rechaza son las discriminaciones arbitrarias, y que, para este Tribunal, no son otras que las diferencias irracionales, productos del capricho y contrarias al bien común (Rol N° 203)”;*

C° 38°. *“Que dentro de esta línea de razonamiento, aun cuando no corresponde a este Tribunal emitir juicios de conveniencia o eficacia económica o social, no es menos cierto, que tampoco puede desatender los orígenes del convenio y que no son otros que el Tratado de Paz y Amistad suscrito el 29 de noviembre de 1984, que sentó las bases convencionales para que ambas naciones avanzaran en la integración y cooperación económica.*

Estos antecedentes, como asimismo los objetivos y alcances del Tratado, trasuntan un esfuerzo reflexivo y razonado para propender a la integración y complementación de dos naciones, por lo que no cabe al respecto el reproche de arbitrariedad aludido por los requirentes”;

C° 39°. *“Que, por lo razonado anteriormente, procede desestimar también la inconstitucionalidad de fondo basada en una supuesta vulneración del N° 22 del artículo 19 de la Constitución”.*

2.2.6. STC ROL N° 467-06-INA, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2006. CASO “EMPRESA PORTUARIA DE ARICA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la Ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, en la causa sobre nulidad de derecho público caratulada “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, pendiente ante la Corte de Apelaciones de Arica.

Estima la requirente que el precepto legal impugnado, en su aplicación al caso concreto y en lo que interesa, infringiría el artículo 19, N° 22, de la Constitución, toda vez que faculta al Directorio de una empresa estatal (que vela por sus propios intereses empresariales) a licitar las labores de movilización en el puerto, actividad económica de la cual se priva a aquellos agentes de muellaje que, por no invertir en bienes fiscales de patrimonio de una empresa pública, son excluidos forzosamente de desarrollarla. La discriminación por parte del Estado se provoca, entonces, porque se privilegia a un inversionista en desmedro de otro por la arbitraria razón de que aquél invertirá en el patrimonio de la Empresa Portuaria de Arica.

Agrega la actora que la norma impugnada permite condicionar el ingreso de los particulares al ejercicio de una actividad económica lícita, lo que constituye en sí una restricción grave. Si a lo anterior se agrega que quien se adjudique la licitación operará el mercado como monooperador ejerciendo dicha actividad en forma única, privativa y excluyente, entonces se está en presencia, además, de una discriminación arbitraria por parte del Estado y sus organismos al hacer diferencias y entregar un monopolio a quien invierta en la infraestructura de la empresa pública.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 49°. “*Que la infracción se produciría, en opinión de la requirente, al licitar el directorio de una empresa estatal las labores de movilización, privándosele a aquellos agentes de muellaje que han venido realizando la actividad a la fecha, el poder continuar efectuando la misma, privilegiándose así a un inversionista en desmedro de otro, todo lo cual sería imputable al Estado y sus organismos*”;

C° 50°. “*Que a su turno la Empresa Portuaria señala que no resultaría aplicable el artículo 19 N° 22, desde el momento que ella se regiría por normas de derecho privado, a lo que se agregaría que la actuación no podría ser calificada como arbitraria puesto que a la licitación ha podido presentarse cualquier empresa, incluida la requirente, exigiéndose iguales requisitos a todos los oferentes, habiéndose incluso consultado al efecto a la Comisión Preventiva, actualmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; sin perjuicio del derecho a participar en otras licitaciones*”;

C° 51°. “Que, como se sabe, el artículo 19 N° 22 resguarda la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Se trata, por tanto, de un principio fundamental que debe ser considerado en toda actuación que realice el Estado o alguno de sus organismos, cualquiera sea su forma jurídica”;

C° 52°. “Que, en relación a la naturaleza jurídica de las empresas portuarias, éstas constituyen personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, de duración indefinida y que se relacionan con el gobierno a través del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones y, al tenor de lo establecido en el artículo 1° de la Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, forman parte de esta última”;

C° 53°. “Que ciertamente, como expresamente lo establece el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, autorizado el Estado a participar en actividades empresariales, queda sujeto a la legislación común aplicable a los particulares, puesto que, como se dejó constancia en la discusión de la historia fidedigna de la norma constitucional, ‘si la ley autoriza al Estado para emprender una actividad empresarial, no puede la Constitución poner una traba adicional que atente contra la eficiencia de las empresas’ (Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión N° 398, página 3109). En síntesis, una vez autorizado el Estado para desarrollar determinada actividad económica, el constituyente ha dejado claramente establecido que aquél pasa ser un particular más, debiendo, por tanto, sujetarse a la legislación común que regula la materia en cuestión, careciendo de privilegio alguno a menos que así expresamente lo establezca la propia ley de quórum calificado y siempre y cuando existan motivos justificados para ello y compitiendo en las mismas condiciones que los demás agentes económicos que participan en el mercado; circunstancia que precisamente no se da en el caso de autos, desde el momento que la actividad económica de muellaje en modo alguno ha pretendido ejercerla la empresa portuaria recurrida, pues siempre deberá ser de responsabilidad de particulares”;

C° 54°. “Que como se ha encargado de señalar este Tribunal en diversas oportunidades, la norma constitucional contenida en el artículo 19 N° 22 tiene por objeto ‘establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas, evitándose que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho’ (Rol 249, 4 de noviembre de 1996)”;

C° 55°. “Que aun cuando pudiera sostenerse que a la empresa referida no le resultara aplicable el artículo 19 N° 22, lo cierto es que este último no es sino concreción en el ámbito económico del artículo 19 N° 2, que precisamente prohíbe toda discriminación arbitraria en términos tales que ‘ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias’”;

C° 56°. “*Que la igualdad ante la ley, como lo ha señalado también esta Magistratura en diversos pronunciamientos, ‘consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes’ (Rol 219, 31 de julio de 1995). A su vez, como ha consignado la Corte Suprema, ‘por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias’ (Rol 16.227, 12 de julio de 1991)’;*”;

C° 57°. “*Que así las cosas, la discriminación o diferenciación per se no necesariamente es contraria al texto fundamental, sino en la medida que ella no obedezca a parámetros de razonabilidad o justificación suficiente. Como lo ha precisado la doctrina, ‘la clave de la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida está, pues, en la motivación, entendida no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada en ausencia de las cuales dicha elección sería sólo la expresión del puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza’ (Tomás Ramón Fernández, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, p. 389)’;*”;

C° 58°. “*Que en el caso de autos no se divisa la infracción por parte del legislador a la igualdad ante la ley y a la prohibición de discriminar arbitrariamente, desde el momento que el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 19.542 señala normas de general aplicación para todos aquellos que estén interesados de concurrir a la licitación de la actividad de muellaje, sin que pueda advertirse tratamiento disímil para los diversos oferentes. Así las cosas, la igualdad de estos últimos (incluyendo naturalmente la propia requirente) no se ha visto en modo alguno alterada en el caso de autos. Se trata de un idéntico régimen jurídico para todos los que se encuentren interesados en llevar a cabo la referida actividad económica, sin que pueda apreciarse el establecimiento de parámetros contrarios a la razón o que den cuenta que la disposición pudiera estar gobernada por falta de motivación. Es la misma norma que resulta aplicable para todos los que se encuentran en similar situación que la requirente o cualquier otro interesado en adjudicarse la licitación bajo la modalidad monooperador’;*”;

C° 59°. “*Que, adicionalmente, la norma legal preserva con tanto rigor el respeto al principio de igualdad de los oferentes que incluso para el caso de licitación bajo el sistema monooperador a que alude en su inciso 2° contempla expresamente la necesidad de contar con la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de modo tal de cautelar el estricto cumplimiento de la igual*

conurrencia de parte de la totalidad de los interesados en efectuar la actividad económica de muellaje, debidamente habilitados”;

C° 60°. *“Que, de todo lo dicho, se desprende que el precepto legal contenido en el inciso 2° del artículo 23 de la ley 19.542 no vulnera en modo alguno la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en el trato económico por parte del Estado y de sus organismos, contenidos en los artículos 19 N° 2 y 22, desde que se trata de una norma que contiene un régimen que resguarda debidamente la igualdad de los oferentes e interesados en efectuar la actividad económica de muellaje, bajo la modalidad monooperador, en el marco de una licitación que debe ser previamente aprobada en su caso por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”;*

2.2.7. STC Rol N° 513-06-INA, DE 2 DE ENERO DE 2007. CASO “LACALLE SOZA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Hernán Lacalle Soza y otros respecto del inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017, en la causa Rol N° 577-2006, que se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Consideran los requirentes que, en su aplicación al caso particular, constituido por un recurso de reclamación interpuesto en contra de las resoluciones N°s 1873 y 1875 de la Dirección General de Aguas, de diciembre de 2005, el precepto cuestionado, al disponer que *“las solicitudes de derecho de aprovechamiento que a la fecha de publicación de la presente ley se encuentren pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí según lo dispone el inciso primero del artículo 142 de este Código, serán objeto de uno o varios remates públicos que al efecto realizará la Dirección General de Aguas”*, vulnera –entre otros– el artículo 19, N° 22°, de la Constitución Política. Lo anterior dado que en la especie existe un conflicto de sucesión de leyes en el tiempo, en el que la aplicación del precepto legal impugnado a la asignación de los derechos de aguas solicitados tanto por los requirentes como por Hidroeléctrica Melocotón Limitada sobre las aguas del río Queuco daría lugar, en opinión de aquéllos, a una transgresión de la garantía constitucional invocada. En esta contienda los reclamantes postulan que corresponde observar en su integridad lo preceptuado por el Código de 1969, en tanto que la Dirección General de Aguas sustenta la aplicación del Código de 1981 y sus modificaciones posteriores, teniendo para ello en cuenta, precisamente, el precepto legal impugnado de inaplicabilidad y el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en cuya virtud las leyes procesales rigen *“in actum”*. Consideran los actores, también, que el órgano administrativo aludido, al aplicar la norma legal objetada en su desmedro, negándole la asignación directa

de los derechos por ellos impetrados y disponiendo el llamamiento a un remate público para efectuar la adjudicación de los mismos, les estarían imponiendo condiciones más gravosas y diversas a las que el mismo Estado, en cumplimiento de la legislación vigente a la sazón, impuso a peticionarios que solicitaron en la misma época aguas de igual naturaleza.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 23°. *“Que el tercer precepto constitucional que los requirentes invocan como transgredido por la norma legal que impugnan es el numeral 22° del artículo 19 de la Carta Magna, disposición que estatuye el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

Como fluye de su propio enunciado, este derecho lo que resguarda es la no discriminación o diferenciación arbitraria en el tratamiento económico de los sujetos, por parte del Estado y sus organismos. Por ello, para desentrañar su exacto sentido en la aplicación a circunstancias concretas, resulta ilustrativo evocar la forma en que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido el concepto de arbitrariedad. En esta materia la Corte Suprema ha resuelto que un acto o proceder es arbitrario cuando es contrario a la justicia, la razón o las leyes, y dictado por la sola voluntad o capricho. (Sentencia expedida en el rol N° 862-2000, de fecha 21 de junio de 2001, considerando 11°. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 98, sección 5ª, páginas 105 y siguientes). Asimismo ha dicho ‘que por discriminación arbitraria ha de entenderse toda distinción o diferenciación realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias.’ En consecuencia, la Constitución acepta discriminaciones ‘cuando ellas obedecen a la salvaguarda o protección de bienes jurídicos superiores.’ (Sentencia dictada en el rol N° 16.227, con fecha 12 de julio de 1991. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 88, sección 5ª, páginas 179 y siguientes)”;

C° 24°. *“Que en el caso de autos, según los actores, la discriminación arbitraria se configuraría por el hecho de que la aplicación de la norma legal objetada da por resultado el que se los obligue a participar en un proceso de subasta pública para acceder a la titularidad de los derechos de agua que en su oportunidad solicitaron, en circunstancias que a los demás peticionarios de análogo recurso que presentaron sus solicitudes en la misma época (es decir, antes de la sustitución del Código de 1969 por el de 1981), sobre otras fuentes naturales, se les aplicaron las normas del Código de Aguas de 1969 y, en consecuencia, adquirieron esos derechos por asignación directa, en función del orden de precedencia cronológica de sus presentaciones”;*

C° 25°. “Que, según se ha dejado establecido en el considerando decimocuarto de esta sentencia, el cambio de régimen legal en la forma y criterios de asignación de los derechos de aprovechamiento de aguas fue introducido por el Código del ramo del año 1981 con arreglo a orientaciones de interés público, vinculadas a un mejor uso de este recurso en las actividades económicas, precaviendo su utilización con fines especulativos y procurando satisfacer de modo más adecuado las necesidades generales inmersas en el aprovechamiento de un bien escaso y de importancia esencial. Si a ello se une que la innovación en las condiciones y modo de otorgamiento de estos derechos se hizo con alcance general y objetivo para todas las solicitudes que se encontraban pendientes a la fecha del cambio de legislación, no se advierte cómo la aplicación de la nueva normativa pueda ser reprochada de arbitrariedad, según los rasgos caracterizantes de esta noción que se han citado en el considerando vigesimotercero”;

C° 26°. “Por lo tanto y en cuanto estos sentenciadores no advierten irrazonabilidad ni carácter antojadizo en la aplicación al caso de los requirentes de las nuevas normas sobre asignación de derechos de aguas, no se hará lugar a su impugnación por este motivo contra el inciso segundo del artículo primero transitorio de la Ley N° 20.017”;

2.2.8. STC Rol N° 577-06-CDS, DE 26 DE ABRIL DE 2007. CASO “ESTERO CARÉN”

Requerimiento de diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de esa Corporación, con el objeto de que el TC declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 80, de 26 de agosto de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que “establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relaves al estero Carén”.

Indican los requirentes que en el aludido Decreto Supremo se fija una norma de emisión especial para la división El Teniente de la empresa CODELCO, aplicable a los elementos contaminantes molibdeno y sulfatos que se viertan en el estero Carén y que provengan de los residuos industriales líquidos del tranque de relaves del mismo nombre operado en la zona por la referida empresa. Señalan que la dictación de esta norma implica la flexibilización de los estándares de protección ambiental fijados de modo general, en todo el país y para toda la industria, por el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, al permitirse la evacuación de una mayor carga de contaminantes al cauce del estero.

Así, entre otras infracciones constitucionales, estiman los actores que el Decreto Supremo N° 80 viola la Constitución Política de la Repúbli-

ca y la legislación ambiental al establecer una discriminación arbitraria vulnerando el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, toda vez que a través de este Decreto Supremo, en los hechos, se fija una norma ad hoc como privilegio sólo para CODELCO y, además, en un área severamente contaminada, lo que pone a los vecinos y a la comunidad residente de Alhué en un pie de discriminación no autorizada por la Constitución, al tener que soportar índices de contaminación mayores a los que tolera el resto de la población del país. Lo anterior implica un ejercicio claramente arbitrario de la discrecionalidad administrativa, lo que torna en inconstitucional el acto impugnado.

De esta manera, sostienen los actores, lo que en definitiva representa el Decreto Supremo N° 80, es una desnaturalización de los fines y objetivos de las normas de emisión que con este caso pasan, de ser instrumentos de protección ambiental, a ser instrumentos de facilitación de la implementación y de reducción de costos de los proyectos industriales generadores de residuos líquidos.

En el mismo sentido, los requirentes señalan que el Decreto Supremo N° 80 incurre también en infracción al artículo 19, N° 22, de la Constitución, en cuanto consagra: *“la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”*. La Constitución obliga a que el Estado tenga igualdad de trato en esta materia. Sólo excepcionalmente puede autorizarse un trato desigual, pero ello ha de hacerse por ley. En este caso el Estado ha efectuado una diferenciación para un tranque de relaves de una división de una empresa, CODELCO, por decreto y no por ley, como lo exige el constituyente.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 2°. *“Que la impugnación del decreto supremo individualizado se fundamenta en haber establecido, en su artículo 5°, como límites máximos permitidos para descargas de residuos líquidos desde tranques de relave al estero Carén, una concentración de 1,60 mg/L para Molibdeno y 2.000 mg/L para sulfatos, los que son superiores a los establecidos con carácter general para las descargas de residuos líquidos a aguas continentales superficiales y marinas en el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que son, respectivamente, de 1 mg/L para Molibdeno y 1.000 mg/L para sulfatos”;*

(...) C° 4°. *“Que antes de analizar los diferentes vicios de inconstitucionalidad aducidos por los requirentes, es necesario examinar la naturaleza de las normas de emisión y su inserción dentro de los diferentes instrumentos de gestión ambiental que contempla la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente; pues la adecuada comprensión de lo que es una norma de emisión y su diferencia con*

las normas de calidad ambiental es antecedente indispensable para apreciar el alcance de las potestades que tiene la autoridad administrativa competente para dictar normas de emisión y los límites que enmarcan su actuación”;

C° 5°. “*Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2°, letra o), de la Ley N° 19.300, se entiende para todos los efectos legales por ‘Normas de emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora’. Dichas normas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 40 de la misma ley, se aprueban mediante decreto supremo que señalará su ámbito territorial de aplicación y, en su elaboración, la Comisión Nacional del Medio Ambiente debe considerar las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán”;*

C° 6°. “*Que, acorde a lo dispuesto también en el artículo 2° de la Ley N° 19.300, en sus letras n) y ñ), las normas de calidad ambiental son aquellas que establecen los valores máximos o mínimos permisibles para determinados elementos del medio ambiente, siendo las normas primarias de calidad ambiental las que establecen los valores máximos o mínimos de elementos ‘cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población’ (letra n), y las normas secundarias de calidad ambiental, las que establecen los valores máximos o mínimos de elementos ‘cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza’ (letra ñ)”;*

C° 7°. “*Que es coherente con el objetivo de uno y otro tipo de normas de calidad ambiental, destinadas las primarias a evitar riesgos para la vida o salud de los seres humanos, y las secundarias a evitar riesgos para los distintos componentes del medio ambiente o para las especies y ecosistemas del país, que las normas primarias de calidad ambiental, según lo dispone el artículo 32 de la Ley N° 19.300, sean de aplicación general en todo el territorio de la República, exigencia de uniformidad que, en cambio, no es aplicable a las normas secundarias de calidad ambiental”;*

C° 8°. “*Que, de acuerdo a lo establecido en los artículos 2°, letras t) y u), 44 y 47 de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, las normas de emisión son, también, un instrumento de gestión ambiental que puede ser utilizado en los planes de prevención y descontaminación, planes éstos que son de obligado cumplimiento en las zonas calificadas como latentes, esto es, aquellas en que la concentración de un contaminante se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental, como asimismo en las zonas calificadas de saturadas, que son aquellas en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”;*

C° 9°. “*Que los órganos del Estado competentes para utilizar los distintos instrumentos de gestión ambiental que contempla la legislación, entre los cuales están las normas de emisión y las normas de calidad ambiental, al hacerlo, deben ajustar su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, para dar*

debido cumplimiento al principio de supremacía constitucional que establece el artículo 6° de la Carta Fundamental”;

C° 10°. *“Que aunque, por definición, una norma de emisión establece la cantidad máxima para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora, la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, no exige que, antes de dictar una norma de emisión, se apruebe una norma de calidad ambiental, sea ella primaria o secundaria, normas estas últimas que, como se recordará, establecen los valores máximos o mínimos permisibles de determinados elementos del medio ambiente. La aprobación de una norma de emisión, sujeta por cierto en su elaboración a las exigencias legales y reglamentarias pertinentes, está entregada, entonces, a la apreciación que efectúe la autoridad ambiental competente acerca de su necesidad y conveniencia como instrumento de gestión ambiental preventivo en ausencia de una norma de calidad ambiental, sin perjuicio de su utilización en los planes de prevención o descontaminación, para aprobar los cuales, sin embargo, es indispensable que exista una norma de calidad ambiental en peligro de ser sobrepasada o ya sobrepasada por un contaminante”;*

(...) C° 12°. *“Que la aprobación del Decreto Supremo N° 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, es el instrumento de gestión ambiental que el Gobierno, en ejercicio de sus atribuciones, ha decidido utilizar, sin que esté legalmente obligado, como se ha dicho, a aprobar previamente una norma de calidad ambiental. Esta decisión podrá ser discutida en su mérito, pero no constituye en sí misma una infracción al deber constitucional impuesto al Estado de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza”;*

(...) C° 15°. *“Que, por su parte y a pesar de que el decreto impugnado aprueba efectivamente normas de emisión especiales para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, que son superiores a las que con carácter general estableció el Decreto Supremo N° 90, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, para las descargas de residuos líquidos a aguas continentales superficiales y marinas, ha de estimarse —como se verá en los considerandos siguientes— que no por ello infringe la garantía general de igualdad ante la ley contenida en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, en virtud de la cual ni la ley ni autoridad alguna pueden establecer diferencias arbitrarias, ni tampoco la garantía de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, a la que se refiere el N° 22 del mismo artículo 19 de la Carta Fundamental, disposición ésta que permite a la ley autorizar beneficios o establecer gravámenes especiales que afecten a algún sector, actividad o zona geográfica, siempre que el beneficio o el gravamen no signifique una diferencia arbitraria”;*

C° 16°. “Que para llegar a la conclusión expuesta en el considerando anterior ha de tenerse en cuenta, primeramente, que la autoridad administrativa que aprobó la norma de emisión especial para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén, ha actuado legalmente habilitada, ya que es la propia Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, la que, por una parte, al regular el establecimiento de las normas de emisión en su artículo 40, dispone que el decreto supremo que las apruebe ‘señalará su ámbito territorial de aplicación’ y, por otra, en su artículo 5°, únicamente excluye las medidas de protección ambiental que contengan diferencias arbitrarias en materia de plazos o exigencias, de modo que es la ley y no la mera voluntad de la administración la que ha permitido la existencia de normas de emisión diferentes para distintos lugares del país”;

C° 17°. “Que el respeto integral de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria en materia económica por parte de los órganos del Estado, exige también la existencia de factores y circunstancias especiales que justifiquen el trato diferente autorizado por la ley, y que, en el caso de normas de emisión para efluentes que tienen un ámbito de aplicación territorial acotado, se vinculan con las características del curso de aguas a que se descargan, características que en el caso sub lite han sido ponderadas por los órganos administrativos que intervinieron en la elaboración de la norma de emisión y por la Contraloría General de la República, apreciación que no ha sido desvirtuada por los requirentes y que, a falta de antecedentes, impide al Tribunal Constitucional formarse una convicción contraria”;

2.2.9. STC ROLES N°s 694-06-INA Y 695-06-INA (ACUMULADOS), DE 5 DE JULIO DE 2007. CASO “COMPAÑÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES”

Requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducidos por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. respecto del inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en la parte que impone la indemnización que indica, en relación con los autos sobre recursos de apelación caratulados “*Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago.

Las dos gestiones en que inciden los requerimientos de inaplicabilidad deducidos tienen su origen en dos expedientes administrativos, en los cuales, la Subsecretaría de Telecomunicaciones sancionó a la requirente con una multa a beneficio fiscal, por haber infringido el artículo 27, inciso 2°, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en cuanto a no haber cumplido con la obligación de indemnizar a sus usuarios por causa de suspensión, interrupción o alteración del servicio público telefónico, conforme al monto y procedimiento establecido en la normativa infringida.

Estima la actora que el precepto impugnado, en su aplicación a las gestiones en que incide, infringiría, entre otros, el artículo 19, N° 22, de la Constitución Política de la República, al estar concebido en términos tales que importa una verdadera discriminación arbitraria establecida por el legislador y que afecta gravemente el ejercicio legítimo de la actividad económica sobre telecomunicaciones. En este sentido indica que, desde la perspectiva de los principios generales del derecho, toda indemnización de perjuicios debe ser fijada por los tribunales de justicia caso a caso y en consideración a las circunstancias que concurren, esto es, el grado de responsabilidad del agente económico causante del mismo y el desequilibrio real que se produce en el patrimonio de la persona afectada por la interrupción, suspensión o alteración del servicio de telecomunicaciones. Así las cosas, sería perfectamente posible que la indemnización prevista ex ante por el legislador sea inadecuada tanto porque sea insuficiente o, por el contrario, por su carácter de abusiva. Luego, situaciones como las planteadas, sólo pueden ser resueltas, previo proceso jurisdiccional, por los Tribunales de Justicia. Por otra parte, no divisa la actora la razón para imponer exclusivamente a los concesionarios de telecomunicaciones este tipo de gravámenes y no así a los demás prestadores de servicios públicos.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 9°. *“Que, por lo que atañe al reproche de vulnerar la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de establecer en ella discriminaciones arbitrarias en el trato a los agentes económicos, debe advertirse que sanciones civiles similares a las contempladas en el precepto impugnado se contienen en varias otras leyes regulatorias de la prestación de servicios de utilidad pública, como sucede con el suministro de electricidad o de agua potable y otros de análoga naturaleza, precisamente para resguardar sus esenciales características de continuidad, regularidad y uniformidad, consustanciales a su condición de servicios llamados a satisfacer necesidades masivas y de índole básica.*

A mayor abundamiento, debe señalarse que el artículo 25 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley N° 19.496, modificada por la Ley N° 19.955) resulta particularmente pertinente para demostrar que el legislador ha dado un tratamiento idéntico a todos los proveedores de servicios de utilidad pública cuando paralizan injustificadamente la prestación del servicio a que se han obligado contractualmente. Señala, en efecto, la mencionada disposición:

‘El que suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención, será castigado con multa de hasta 150 unidades tributarias mensuales.

Cuando el servicio de que trata el inciso anterior fuere de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos, los responsables serán sancionados con multa de hasta 300 unidades tributarias mensuales.

El proveedor no podrá efectuar cobro alguno por el servicio durante el tiempo en que se encuentre interrumpido y, en todo caso, estará obligado a descontar o reembolsar al consumidor el precio del servicio en la proporción que corresponda’.

Quedando, pues, en evidencia que lo dispuesto en la norma impugnada no es de aplicación exclusiva a la empresa requirente y ni siquiera sólo a las de concesión de servicio telefónico, sino a todas las prestadoras de servicios de utilidad pública, corresponde también rechazar la objeción fundada en la supuesta contravención a las garantías consagradas en los numerales 2° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política de la República”;

2.2.10. STC Rol N° 790-07-INA, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2007. CASO “RE-AJUSTE PENSIONES”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Fernando Coloma Reyes, por sí y en representación de don Hipólito Lagos Schmidt y otros, respecto de los artículos 4° de la Ley N° 18.549 y 29 de la Ley N° 18.669, en la causa caratulada “*Lagos, Hipólito, y otros con INP*”, que se sigue ante el 7° Juzgado Civil de Santiago.

Sostiene el requirente que la aplicación de los aludidos preceptos legales resulta contraria, entre otros, al numeral 22° del artículo 19 de la Constitución Política, toda vez que estos preceptos rebajan una parte del reajuste automático de las pensiones de los demandantes, fijándolo en un porcentaje inferior al Índice de Precios al Consumidor calculado para los años respectivos y disminuyendo su monto. Luego, el actor, atribuyendo a los reajustes de pensiones el carácter de una “materia económica”, señala que, al dictar las normas legales impugnadas, el legislador ha actuado en forma desigualitaria y arbitraria, agregando que aun cuando se haya impuesto un tratamiento económico especial a los jubilados que representa, en virtud de una ley, ella no obedece a los parámetros de racionalidad y justicia que exige la norma constitucional que estiman conculcada.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 40°. “*Que, los requirentes han sostenido también que la aplicación de los artículos 4° de la Ley N° 18.549 y 29 de la Ley N° 18.669, en el juicio que se ventila ante el 7° Juzgado Civil de Santiago, vulnera el artículo 19 N° 22 de la*

Constitución, que consagra la prohibición de que el Estado y sus organismos establezcan discriminaciones arbitrarias en materia económica. En tal sentido atribuyen a los reajustes de pensiones a que esas normas se refieren el carácter de una materia de esta naturaleza. Hacen consistir la infracción en que aun cuando se haya impuesto un tratamiento económico especial a los jubilados de que se trata, en virtud de la ley, éste no obedece a los parámetros de racionalidad y justicia que exige la norma constitucional mencionada”;

C° 41°. *“Que esta Magistratura ya ha tenido la oportunidad de precisar que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2 del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes” (sentencias Roles Nos 5, de 26 de noviembre de 1991, y 203, de 6 de diciembre de 1994).*

En el mismo sentido, este Tribunal ha sostenido también que ‘el principio de la igualdad de trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica puede presentar diferencias racionales tomando en cuenta la concurrencia de elementos subjetivos o supuestos de hecho distintos’. (Sentencia Rol N° 280, de 20 de octubre de 1998, considerando 2°)”;

C° 42°. *“Que en este orden de consideraciones e invocando, una vez más, los razonamientos que se contienen en el Capítulo III de esta sentencia, estos sentenciadores deben desechar la argumentación sostenida por los requirentes en relación con este capítulo de inconstitucionalidad, toda vez que no puede estimarse que el legislador, a través de las normas impugnadas en este proceso constitucional, haya incurrido en una discriminación arbitraria o irrazonable que vulnere la igualdad de trato que deben otorgar el Estado y sus organismos en materia económica. Ello, porque, en la rebaja del porcentaje de reajuste de la pensión correspondiente a un determinado grupo de pensionados, concurre, precisamente, un supuesto de hecho distinto que justifica el trato diferenciado. Tal como se ha recordado, los pensionados que han recibido un menor reajuste de sus pensiones son aquellos cuyos montos se encuentran en los tramos superiores, lo que hace prever un menor impacto en la necesidad de ir compensando el alza del costo de la vida. Por lo demás, ya ha quedado establecido que de la historia de estos preceptos puede deducirse que el legislador actuó guiado por una finalidad de interés general, propia de su deber de proveer a la consecución del bien común, a que se refiere el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, y que se asocia a criterios de justicia distributiva que, en ningún caso, importan privar a los requirentes de su pensión sino que sólo disminuir la expectativa que el legislador había fijado desde el punto de vista de su reajustabilidad integral”;*

2.2.11. STC Rol N° 804-07-INA, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007. CASO “OPTÓMETRA”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Ópticas Santa Victoria Limitada y Jeannye Meneses Cubides respecto de los artículos 113, inciso primero; 128, inciso primero, y 129, inciso final, del Decreto con Fuerza de Ley N° 725, del año 1967, aprobatorio del Código Sanitario, en relación con la causa caratulada “*Óptica Santa Victoria Ltda. con Secretaría Ministerial de Salud de la Región Metropolitana*”, de que conoce el 29° Juzgado Civil de Santiago.

Los requirentes señalan que solicitaron a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana una autorización sanitaria para la instalación de un establecimiento de optometría, que estaría a cargo Jeannye Meneses Cubides, optómetra titulada en la Universidad de La Salle en Colombia, cuyo título se encuentra reconocido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, el cual certifica que conforme a la Convención entre la República de Chile y la República de Colombia celebrada el 23 de junio de 1921 y publicada en el Diario Oficial del 11 de julio de 1922 como Ley N° 3.860, actualmente vigente, debe reconocerse para los efectos del libre ejercicio de la profesión en Chile el título de optómetra. Indican que la Secretaría Regional Ministerial respectiva rechazó dicha solicitud arguyendo que, de acuerdo con los artículos 128 y 128 bis del Código Sanitario y el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud de 1985, “en Chile sólo los médicos cirujanos pueden ejercer la Optometría midiendo y recetando lentes, no así los optómetras, aun existiendo tratado vigente con Colombia”. Ante ello interpusieron demanda de nulidad de derecho público en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, acción que constituye la gestión en que incide el requerimiento deducido.

Entre otras alegaciones, estiman las actoras el artículo 128 del Código Sanitario, impugnado, consagra una clara discriminación respecto de la industria nacional, violatoria del artículo 19, N°s 2° y 22°, de la Constitución, pues dicho precepto requeriría receta médica para la fabricación de lentes de fuerza dióptrica, no así para su venta ni su importación. De esta manera, podrían importarse y venderse sin receta médica lentes con fuerza dióptrica fabricados en el extranjero.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 34°. “*Que se requiere, asimismo, la inaplicabilidad del ya citado artículo 128, inciso primero, del Código Sanitario, por estimarse que contraviene las garantías constitucionales que aseguran, respectivamente, la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus orga-*

nismos en materia económica. El libelo, en este caso, se funda en que el precepto referido efectuaría una discriminación en materia económica en perjuicio de la industria nacional, en comparación a la extranjera, al exigir para la fabricación de lentes receta médica y no para la importación de éstos”;

C° 35°. “Que el requirente sostiene que ‘esta disposición contiene una discriminación arbitraria, que la hace inconstitucional en términos generales’ y que ‘la norma citada, que claramente discrimina en esta materia a la industria nacional, resulta inconstitucional no sólo para el caso concreto en que incide este recurso, sino en términos generales’”;

C° 36°. “Que dicha alegación constituye un reproche abstracto de inconstitucionalidad, ajeno a la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad. Asimismo, no guarda relación alguna con el carácter de la gestión pendiente, que versa sobre una demanda de nulidad de derecho público de ciertas resoluciones administrativas que denegaron la autorización para instalar un centro de optometría, y que carece de toda vinculación con la fabricación o importación de lentes, materia extraña a la cuestión debatida en el litigio. En consecuencia, el precepto objetado no puede resultar decisivo en la resolución del asunto, por lo que se rechazará esta impugnación”.

2.2.12. STC ROL N° 980-07-INA, DE 13 DE MAYO DE 2008. CASO “AGENCIA DE TURISMO”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Universal Agencia de Turismo Limitada respecto del artículo 43 de la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, en relación con los autos sobre denuncia infraccional y demanda civil en los cuales dictó sentencia definitiva el Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes y que se encuentran pendientes en apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La norma impugnada dispone que “el proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables”. Señala la actora que, fundado en este precepto legal, el Juez de Policía Local aludido, acogió la demanda interpuesta en su contra por Valentina Veloso Valenzuela quien le había encomendado la compra de pasajes aéreos a la sociedad Air Madrid, misma empresa que quebró luego de ejecutado el mencionado encargo y antes de que aquella persona hiciera uso de los respectivos boletos. En razón de lo anterior se condenó a la agencia de turismo al pago de una suma de dinero a favor de la demandante, estimando la actora que dicho pronunciamiento ju-

dicial se habría fundado en una equivocada interpretación del artículo 43 impugnado.

La requirente sostiene que la aplicación al caso concreto de la norma legal impugnada vulneraría, entre otras, la garantía de la no discriminación arbitraria en materia económica que reconoce a toda persona el artículo 19, N° 22, de la Constitución. Así, manifiesta que si bien el fallo apelado del Primer Juzgado de Policía Local de Las Condes reconoce el derecho de su representada a repetir contra la Línea Aérea Air Madrid, el ejercicio de ese derecho sería una simple ilusión, de modo que la agencia de viajes quedaría en indefensión, ya que, por una parte, ella no tendría título para verificar en la quiebra de la aludida empresa aérea y, por otra parte, al no ser considerada como “*consumidor final del servicio*” la misma empresa no podría utilizar el procedimiento concentrado que establece la Ley de Protección al Consumidor en defensa de sus derechos. Siendo esto último así, la Agencia debería iniciar un juicio ordinario de lato conocimiento en el que, además, la línea aérea demandada podría oponer la excepción de caso fortuito que constituye la quiebra no calificada. En otros términos, la discriminación arbitraria que denuncia la requirente se generaría por la diferencia en los medios de defensa de sus derechos que se le reconocen por la ley a los afectados por el incumplimiento contractual de la línea aérea que ha actuado en este caso concreto.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 16°. “*Que la segunda de las normas constitucionales que la actora invoca como vulneradas es la del numeral 22° del artículo 19 de la Ley Fundamental, en cuanto asegura la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. En este caso, se sostiene que se produciría una desigualdad en el trato que la ley da al intermediario y al consumidor, por cuanto el primero tendría que entrar a verificar su crédito en el proceso de quiebra de la línea aérea (para lo cual la actora aduce que carecería de título habilitante), en tanto que el segundo podría hacerlo de modo más expedito a través del procedimiento especial que contempla la legislación de protección a los consumidores*”;

C° 17°. “*Que tampoco cabe hacer lugar a esta impugnación del requerimiento, por cuanto la desigualdad de tratamiento procesal que se reprocha no es arbitraria sino fundada en las consideraciones de equidad desarrolladas en el apartado II de este fallo. Además, contra lo pretendido por la agencia de viajes, el derecho chileno no la priva de título para verificar su acreencia en el proceso de quiebra de Air Madrid, pues él se lo provee el propio artículo 43 impugnado al contemplar la acción de reembolso, debidamente documentado con el instrumento justificativo del reintegro del valor de los pasajes que la agencia debe efectuar al consumidor*”;

2.2.13. STC Rol N° 1144-08-INA, DE 23 DE DICIEMBRE DE 2008. CASO “CÓDIGOS EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por el abogado Alejandro Vergara Blanco respecto del artículo 2° de la Ley N° 8.828, en la causa sobre juicio sumario caratulado “*Rojas, Patricio, con Editorial LexisNexis Chile Limitada*”, de que conoce el 26° Juzgado Civil de Santiago.

Estima el actor que la norma impugnada, al disponer que las ediciones oficiales de los Códigos de la República sólo pueden hacerse por la Editorial Jurídica de Chile, vulneraría en su aplicación al caso particular, entre otras, la garantía contenida en el N° 22 del artículo 19 de la Constitución, porque se provocaría una discriminación totalmente arbitraria en su contra, consistente en impedirle desenvolverse en el área del mercado de que se trata, favoreciéndose abiertamente a un organismo del Estado.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 56°. “*Que, como ya se ha señalado más de una vez, sobre la base de las argumentaciones ya referidas suficientemente en lo que va corrido de esta sentencia, en el petitorio de su requerimiento el señor Vergara Blanco solicita ‘declarar inaplicable para este juicio el artículo 2° de la ley N° 8.828, por ser contrario al artículo 19, N°s 21, 22, 24 y 25 de la Constitución Política de la República, con costas’*”;

C° 57°. “*Que las normas constitucionales invocadas como quebrantadas aseguran, las dos primeras, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y la igualdad de trato en materia económica; el derecho de propiedad en sus diversas especies, la tercera, y, la última, la libertad de crear y difundir las artes y el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas*”;

(...) C° 65°. “*Que los preceptos constitucionales de los numerales 21° y 22° del artículo 19, que se alegan infringidos, forman parte del denominado ‘orden público económico’, que si bien no ha sido definido en la Constitución, fluye de numerosas disposiciones de la Carta Fundamental y de su contexto dogmático y normativo. Sobre él este Tribunal se ha pronunciado en ocasiones anteriores*”;

C° 66°. “*Que, en efecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal se refirió al orden público económico, señalando que estimaba pertinente al respecto ‘invocar nuevamente la definición de orden público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como ‘el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y*

capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido orden público es sinónimo de orden social’, y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del orden público económico, en cuanto lo define como el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, como se señalara en el Rol N° 207, el orden público y el orden público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas...’ (Rol 546, Capítulo I, considerando 8)”;

(...) C° 69°. “Que es menester dejar perfectamente claro que el régimen de ediciones oficiales de los Códigos de la República, que se ha descrito en esta sentencia, ha sido la opción del Legislador, quien está facultado por las mismas normas constitucionales que se dicen conculcadas para elegir si ejerce directamente esta tarea, se la encarga a un ente público, la delega mediante concesiones en entidades privadas o establece reglas apropiadas para que sea ejercida por cualquiera que cumpla con ellas”;

C° 70°. “Que la aludida opción es de carácter político, pues es adoptada por la autoridad política a la cual la Constitución entrega estas potestades, para ser ejercidas de acuerdo con su criterio, a condición de que al hacerlo se ajuste a las facultades y a las formas que le señalan la Constitución y las leyes”;

C° 71°. “Que el juicio que pueda formularse sobre la conveniencia o el mayor o menor acierto de las opciones que adopta el Poder Político es necesariamente un juicio de carácter político, y a esta Magistratura le corresponde juzgar en derecho, ejerciendo su jurisdicción para decidir, en los casos y en la forma que señala la Constitución, si al hacer su opción política el Poder Colegislator violó o no la Constitución, y por las razones antes expuestas estimamos que en este caso no lo hizo”;

C° 72°. “Que corolario de las consideraciones precedentes es que no puede darse por demostrado que la aplicación del precepto legal impugnado resulte contraria a lo establecido en los números 21 y 22 del artículo 19 de la Constitución pues, por una parte, el Legislador no ha violado la Constitución al establecer el actual régimen de ediciones oficiales de los códigos, ni este régimen puede llegar a afectar la libertad económica del requirente en el caso concreto, pues, como se precisó oportunamente, sus derechos recaen sobre el desarrollo de actividades económicas por completo ajenas a la creación y edición oficial de los Códigos de la República;”.

2.2.14. STC ROL N° 1295-08-INA, DE 6 DE OCTUBRE DE 2009. CASO “BOMBEROS”

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por catorce compañías de seguros generales respecto de los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977, que otorga beneficios por accidentes y enfermedades a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, en la causa sobre recurso de reclamación interpuesto de conformidad al artículo 46 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3.538, caratulada “*Ace Seguros S.A., Compañía de Seguros Generales S.A., Consorcio Nacional de Seguros S.A., Chilena Consolidada Seguros Generales S.A. y otros con Superintendente de Valores y Seguros*”, y pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los preceptos legales impugnados establecen –en relación con las indemnizaciones y los beneficios que el DL N° 1.757 confiere a los miembros de los Cuerpos de Bomberos por los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan, en actos de servicio, con ocasión de concurrir a ellos o en el desarrollo de labores que tengan relación directa con la institución bomberil–, que dichos beneficios serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, pudiendo en caso de incumplimiento de esta obligación, la Superintendencia de Valores y Seguros aplicar las sanciones que se indican (artículo 3°); y que la misma Superintendencia cobrará a las entidades aseguradoras, en cada oportunidad, las cuotas de prorratio respectivas y pagará los beneficios (artículo 4°).

Consideran las compañías requirentes que, en su aplicación al caso particular, estos preceptos infringen las garantías contenidas en los numerales 2°, 18°, 20° y 22° del artículo 19 de la Constitución Política. En concreto, la garantía del N° 22° se vería conculcada al imponerles dichas normas a las compañías de seguros que cubren el riesgo de incendio en Chile, una carga real que resultaría arbitraria, por no existir una relación de causalidad entre la acción de los bomberos y los beneficios que las compañías reportan de la actividad de aquéllos. Tampoco existiría causalidad entre la carga que deben soportar las compañías y la efectiva disminución de los incendios, sin que exista una justificación razonable para imponerles específicamente a ellas el pago de una parte considerable de los costos de mantención de una actividad que, por generar un beneficio público, debería ser soportado por la comunidad en general. Además, las normas impugnadas establecerían una obligación especial que reviste naturaleza tributaria y que es desproporcionadamente injusta, imponiendo a las aludidas compañías un gravamen especial, altísimo y que vulnera el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, se infringiría la prohibición de discriminación arbitraria en materia económica, al imponérseles sólo a las compañías de seguros una carga real consistente en financiar una necesidad pública y en circunstancias que aquéllas no perciben un beneficio especial por la actividad de los bomberos, en relación al resto de la comunidad.

JURISPRUDENCIA TC:

VII. Norma cuestionada se enmarca dentro del contenido del artículo 19 N° 22 de la Constitución.

C° 85°. *“Que lo que cabe preguntarse ahora es si los artículos impugnados tienen o no cobertura constitucional. Es decir, si hay algún precepto de la Constitución que justifique su legitimidad.*

Para este Tribunal dicha cobertura se encuentra en el artículo 19 N° 22 de la Constitución”;

(...) 2. Los preceptos impugnados del DL 1757 se encuadran dentro de la expresión “gravamen especial” que utiliza el artículo 19 N° 22 de la Constitución.

a. Son un gravamen.

C° 93°. *“Que las normas impugnadas se encuadran dentro de la fórmula ‘gravamen especial’ que emplea el artículo 19 N° 22 de la Constitución, en razón de lo siguiente.*

En primer lugar, porque establecen una obligación que deben soportar ciertas entidades. Esta consiste en el pago que deben hacer las compañías de seguros por los beneficios que se otorgan a los bomberos por accidentes o enfermedades que sufran o contraigan en actos de servicio.

En segundo lugar, porque la obligación grava a una actividad muy específica de la economía: ‘las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio’ (artículo 3°, DL 1757).

En tercer lugar, porque hay una especialidad del gravamen. Este es configurado por el legislador con detalle, pues se establece el sujeto activo y pasivo de la obligación, una prestación determinada (‘beneficios’ que se produzcan por ‘los accidentes que sufran y las enfermedades que contraigan los miembros del Cuerpo de Bomberos, en actos de servicio’), la forma de pago (‘cuota de prorratio’). También este gravamen es singular, pues la regla general es que los accidentes del trabajo los cubra la Ley sobre Accidentes del Trabajo; pero como los bomberos no están ‘trabajando’ cuando concurren a apagar incendios o a atender otros siniestros, en el sentido que el ‘cuerpo de bomberos’ no es su empleador ni ellos sus trabajadores, ni existe contrato de trabajo, ni subordinación ni remuneración de por medio, ni es su actividad principal, el DL 1757 diseñó un seguro distinto, pero semejante en sus beneficios, para cubrir los accidentes y las enfermedades que contraigan los bomberos.

En cuarto lugar, está establecido como un mecanismo de financiamiento para un grupo intermedio que realiza una actividad de utilidad pública: los bomberos. Existe, por tanto, un interés nacional de por medio, calificado por el legislador (artículo 17, Ley N° 18.959).

Finalmente, no tiene carácter expropiatorio. Por de pronto, porque hay sólo una restricción a la disposición de ciertos ingresos. Las limitaciones ‘importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros’ (Aylwin, Patricio; Derecho Administrativo; T. III; Editorial Universitaria; Santiago, 1959, pág. 169); han sido definidas como ‘aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último’ (Rajevic, Enrique; Limitaciones, Reserva Legal y Contenido Esencial de la Propiedad Privada; en Revista Chilena de Derecho; Vol. 23 N° 1, pág. 46). En consecuencia, no son más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar. Y en el presente caso, nos encontramos frente a la obligación de las entidades aseguradoras de transferir ciertos recursos; éstos van en beneficio de toda la comunidad por la ‘utilidad pública’ del rol que juegan los bomberos en la sociedad, dándose con ello la exigencia de que la limitación esté fundada en la función social de la propiedad (...);

b. Está establecido por ley.

C° 95°. “Que, por otra parte, este régimen del DL 1.757 cumple todos los demás requisitos que establece el artículo 19 N° 22 de la Constitución. Por de pronto, está establecido por ley. El decreto ley que lo establece es una norma con rango o fuerza de ley. Este, por lo demás, ha sido modificado por una ley (la Ley N° 19.798);

c. No discrimina arbitrariamente.

C° 96°. “Que, enseguida, en este caso el Estado no discrimina arbitrariamente. El inciso segundo del artículo 19 N° 22 parte de la base de que el Estado discrimina, pues cuando concede un beneficio o impone un gravamen establece categorías o grupos. A unos les toca o afecta esa medida favorable o desfavorable, y a otros no. Eso es parte de la lógica con la que opera la política económica o de fomento que se quiere implementar. Lo relevante es que esa discriminación no sea arbitraria. Por lo tanto, hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar, no de obligar a creer en esas razones.

Ahora, la dificultad de analizar la arbitrariedad en el legislador radica en varios factores. En primer lugar, en determinar cuál es la justificación de la regulación que establece. Esta no está explicitada en la ley misma, como sucede, en cambio, con los motivos de una sentencia, o con los fundamentos del acto administrativo que, cuando la ley lo establece, deben explicitarse en él. La ley no tiene

una justificación en sí misma; sólo tiene mandatos de hacer, no hacer o de permitir. La razón o justificación de ella hay que buscarla. Ello puede hacerse en la historia de la norma, es decir, en el mensaje o moción, en la discusión en sala o comisión, en los informes de comisión. Esto tiene el inconveniente de que un argumento puede no expresar más que la opinión de uno o más parlamentarios, pero no la del Congreso. De ahí la máxima prudencia que debe haber al escudriñar y determinar estos motivos. Estos no pueden ser determinados caprichosamente. Eso cambiaría la arbitrariedad del legislador por la del juez.

En segundo lugar, la dinámica de la sociedad hace que lo que el legislador puede haber considerado como un motivo legítimo, quede desfasado en el tiempo. Eso obliga a quien quiera examinar la justificación de una ley, a mirar otros factores de corrección que permitan una adecuación a la época en que la norma se aplica, como puede ser su inserción normativa y la visión sistémica del ordenamiento jurídico. De lo contrario, se produciría una petrificación, un predominio del legislador originario. Ello, sin embargo, no debe conducir a reemplazar el originalismo interpretativo por un activismo judicial inmoderado.

En tercer lugar, es importante partir de la base de que el legislador tiene un motivo cuando establece una normativa. El control del legislador por parte del Tribunal Constitucional no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular”;

C° 97°. “Que lo anterior es crucial en el presente caso. La regulación, como se aprecia, se encuentra establecida en un decreto ley, no en una ley. Y en su historia legislativa no se encuentran antecedentes que logren explicar por qué se estableció una medida como la que se estudia. No obstante, al ser un decreto ley, es decir, al tener la forma de un decreto, pero establecer normas con rango o fuerza de ley, tiene considerandos. En éstos se consignan dos razones que explican los beneficios y el gravamen que se establece para las Compañías de Seguros.

De un lado, se alude a la Ley N° 6.935. Recordemos que fue esta normativa la que estableció el primer sistema de apoyo al bombero accidentado o enfermo por acto en el servicio. Y que en el Mensaje del Ejecutivo con que se originó ese proyecto, se consignó que la razón que explicaba este gravamen era que las Compañías de Seguros se beneficiaban de la actividad de los bomberos; por ello debían contribuir a la reparación económica y médica de sus miembros. Del otro, se buscó ‘otorgar seguridad económica a estos beneméritos servidores públicos y sus familias’, ‘como un reconocimiento de su espíritu de sacrificio y abnegación con la comunidad toda’.

Como se constata, el legislador tuvo en cuenta tres razones para establecer el gravamen: el beneficio que la actividad bomberil reporta a las Compañías; la seguridad económica para los bomberos y sus familias; y el reconocimiento a la labor de bomberos.

Por tanto, los motivos existen. Y son claros”;

C° 98°. *“Que corresponde, a continuación, determinar si estos motivos son suficientes o bastantes para establecer el gravamen a las Compañías de Seguros.*

Con este examen o chequeo se busca sólo determinar que los motivos del legislador aparecen respaldados, por ejemplo, con datos, o con razones aceptables y atendibles, y si se han tomado en cuenta todos los factores relevantes.

En relación a la primera razón, el beneficio que la actividad de bomberos reporta a los sujetos gravados por los artículos 3° y 4° del DL 1757, es evidente. Por de pronto, la asociación entre el surgimiento histórico de las Compañías de Seguros y los bomberos, analizada en otra parte de esta sentencia, es reveladora de este vínculo. Enseguida, los bomberos intervienen, por una parte, previniendo incendios. Ellos deben informar las condiciones de seguridad de ciertas construcciones, para evitar siniestros. Por la otra, actúan apagando incendios, o sea, bajando el costo de lo que la Compañía debe pagar al asegurado. Además informan de las causas del incendio, contribuyendo a determinar si hubo o no hecho de la víctima, de terceros o de la naturaleza en el daño producido, y ayudando de este modo a determinar cuál es el monto a pagar por la Compañía. En el expediente que ante este Tribunal se ha formado en el presente requerimiento, que se ha tenido a la vista, existe un informe de la División de Estudios y Desarrollo de Mercados de la Superintendencia de Valores y Seguros, que no fue controvertido, que concluye señalando que el desembolso que implica para las Compañías el DL 1757 ‘alcanza a cubrir aproximadamente sólo el 5% de los beneficios obtenidos’. Ello significa ‘un beneficio neto privado para éstas’.”;

C° 99°. *“Que, en lo que respecta a la segunda razón, es decir, a la seguridad económica de los bomberos y de sus familias, el DL 1757 claramente contribuye a garantizarla. Desde luego, el bombero sabe que si le ocurre algún accidente cumpliendo su deber, no será su patrimonio ni el de su familia el que se hará cargo de la recuperación. Eso, psicológicamente, podríamos decir, lo libera de una angustia y le permite realizar su tarea riesgosa por naturaleza y de total desprendimiento, con relativa tranquilidad.*

Enseguida, en el caso de materializarse un accidente o contraer una enfermedad, se cubrirán los gastos que esto implica (hospitalización, traslados, aparatos, chequeos, etc.) y se le suministrará un ingreso temporal o vitalicio según si la incapacidad es temporal o permanente. El punto es importante, porque el empleador del bombero accidentado le da permiso para concurrir a las ‘llamadas’ de servicio; esa es la carga que la sociedad o él mismo se impone para ayudar a financiar a

los bomberos. Mientras el bombero concurre a los siniestros en horario laboral, el empleador soporta su ausencia. Pero no se hace cargo de pagarle el sueldo mientras dure su enfermedad. Y ello por una razón: el acto ocurrió fuera del trabajo, de las dependencias donde el bombero, como cualquier trabajador, presta sus servicios intelectuales o materiales de forma remunerada y mediando un contrato de trabajo. Por lo demás, en ese evento, el costo del accidente lo asume el seguro de la Ley de Accidentes del Trabajo. Eso es lo que explica que no quepa invocar aquí el artículo 19 N° 16 de la Constitución. Además, las normas que podrían calificarse de seguridad social del DL 1757, no han sido cuestionadas en el presente requerimiento. Ahora, esta seguridad de que alguien asumirá ese costo, es lo que permite al bombero realizar su ‘trabajo’ a plenitud. No sería el mismo desempeño y entrega de un bombero en un incendio con seguro, que sin él. Es algo humano, de tranquilidad en el compromiso de actuar en una actividad riesgosa.

A continuación, en caso de fallecer el bombero, el sistema cubre los gastos del servicio funerario y de sepultación, hasta cierto monto; y el cónyuge y los hijos menores tienen derecho a una renta vitalicia. Eso también da seguridad. Si un bombero, en un acto prácticamente de heroísmo, muere en un siniestro, es decir da la vida por una actividad voluntaria, que no le reporta ingreso alguno, la sociedad y quienes se benefician de su actividad de manera preferente deben asumir el costo material de su fallecimiento. El costo espiritual de esa pérdida lo asume su familia íntegramente.

Asimismo, la seguridad de la existencia de un sistema de cobertura permite el reclutamiento de nuevos voluntarios. Si este sistema no existiera, no habría todo el interés que puede despertar una actividad riesgosa y no remunerada.

En lo que respecta específicamente al gravamen cuestionado, el objetivo de seguridad se logra por los ingresos que tiene una Compañía, que le permiten afrontar los desembolsos sin problemas de liquidez, pues las primas que reciben son periódicas. Tienen, por tanto, ingresos fijos”;

C° 100°. “Que en lo que atañe a la tercera razón, es decir, el reconocimiento a la labor de los bomberos, también ésta tiene sustento. El accidente o enfermedad que se cubre, es el que sufren o contraigan los bomberos, ‘en actos de servicio, con ocasión de concurrir a ellos o en el desarrollo de labores que tengan relación directa con la institución bomberil’ (artículo 1°, DL 1757). No se cubren, entonces, actividades privadas o desvinculadas de siniestros o salvatajes institucionales. Se da cobertura al arrojo, al coraje que producen efectos perjudiciales en la salud del bombero, pero que redundan en un beneficio social además del beneficio particular extra que reciben algunas entidades como lo son las compañías de seguros. Los beneficios que otorga el DL 1757 a los bomberos, son el ‘premio’ a su labor de generosidad extrema, pues cumplen su deber a costa de su integridad física. Es una consideración a ‘estos beneméritos servidores públicos’ (considerando, DL 1757).

En relación a este objetivo respecto de las Compañías, en estrados se afirmó por el representante de éstas que no estaban en juego los aportes, sino quién los financiaba. Y que los gastos no debían depender de las ganancias de las Compañías. Expresamente, se sostuvo que bomberos realizaba una valiosa labor y que debían tener cobertura sus accidentes y las enfermedades contraídas”;

C° 101°. “Que existen, entonces, razones para justificar la imposición de la medida. Estas, a juicio de este Tribunal, son suficientes.

Resta por examinar, a continuación, si estos motivos son coherentes con las medidas que el DL 1757 establece. Este control consiste en determinar si existe un vínculo lógico, una racionalidad, entre las razones invocadas por el legislador para establecer la regulación y la medida propiamente tal.

En cuanto al vínculo entre la actividad bomberil y los seguros, se aprecia que el financiamiento que deben hacer las Compañías lo hacen con cargo a las primas directas por el seguro por riesgo de incendio (artículo 3°, DL 1757). Es decir, por una actividad en que los bomberos intervienen de manera protagónica. El incendio y su prevención es lo que liga a los bomberos y a las Compañías.

En lo que respecta a la seguridad de los bomberos y de sus familias, los beneficios que deben pagar las Compañías dan tranquilidad a la labor de cada bombero y no desincentivan el reclutamiento de nuevos voluntarios. En el sistema diseñado por el DL 1757 se expresa, por de pronto, que los beneficios que otorga la ley son derechos subjetivos (artículo 1°, inciso tercero, DL 1757) e irrenunciables (artículo 7°, DL 1757). Para ello, deben ser certificadas por Carabineros las circunstancias del hecho perjudicial, y por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez la incapacidad (artículo 2°, DL 1757). Enseguida, no es el bombero o sus familiares quienes deben cobrar el beneficio y luego reembolsar al hospital, a los médicos y a la funeraria. La ley establece que toca a la Superintendencia de Valores y Seguros cobrar las cuotas y pagar los beneficios (artículo 4°). Esto lo reitera la letra c) del artículo 1° del DL 1757, que obliga a dicha Superintendencia a pagar el subsidio por invalidez temporal. Y cuando la incapacidad es permanente, la renta vitalicia la cotiza y contrata. Lo mismo establece con los gastos funerarios y de sepultación, pues deben ser pagados ‘directamente’ (artículo 1°, letra c)); y con los gastos de hospitalización, medicamentos, atención médica (artículo 5°, DL 1757). Con ello se evitan incertidumbres adicionales al accidente, enfermedad o muerte. Asimismo, la seguridad se materializa en que los establecimientos médicos no pueden exigir documentos en garantía, bastando la orden de atención emitida por el Cuerpo de Bomberos respectivo (artículo 5°, inciso sexto, DL 1757)). Además, se expresa en que los beneficios se reajustan y son compatibles con otros que pueda percibir (artículo 2°, DL 1757), y en la transmisibilidad de ciertos beneficios (artículo 1°, letra d)). En fin, se expresa en que si las Compañías no pagan, la Superintendencia les aplica sanciones (artículo 3°).

Finalmente, en relación al reconocimiento, éste se materializa en que el DL 1757 diseña un sistema integral de ayuda al bombero que se accidentó o contrajo una enfermedad en acto de servicio. Este sistema cubre, como ya lo hemos señalado, los costos médicos y hospitalarios, el costo de no trabajar de modo temporal o definitivo y, en caso de muerte, el costo funerario y de sepultación y una renta vitalicia (artículo 1º, DL 1757)”;

Cº 102º. “Que aún falta analizar si los motivos que tuvo en cuenta el legislador son lícitos, es decir, si no contravienen otros preceptos constitucionales.

Las Compañías han impugnado el gravamen alegando dos razones: que es excesivo y que vulnera la igualdad ante la ley.

En relación a lo primero, cabe señalar, en primer lugar, que el gravamen se impone a todas las entidades aseguradoras, y no sólo a algunas.

En segundo lugar, las Compañías no son solidariamente responsables de las obligaciones que les impone la ley, pues contribuyen a prorrata de las primas directas en el seguro por riesgo de incendio. Es decir, se toman en cuenta sus ingresos; no pagan, por lo tanto, lo mismo, como sucedería si la ley estableciera que deben concurrir pagando una cuota fija e igual.

En tercer lugar, los beneficios que deben pagar deben producirse como consecuencia de accidentes o enfermedades ocurridos o contraídas en acto de servicio y después de ser certificados por Carabineros y las Comisiones de Medicina Preventiva. De ahí que la Superintendencia pueda suspender el pago de los beneficios si se determina que no se cumplían los requisitos para obtenerlos.

En cuarto lugar, la mayoría de los beneficios que deben solventar, tienen topes legales. En el caso de la renta vitalicia, ésta se debe contratar por la Superintendencia después de una cotización, ante las mismas Compañías que deben soportar el gravamen. La atención hospitalaria, por su parte, tiene que realizarse en ciertos centros predefinidos por el legislador; sólo en casos calificados, atendida la gravedad del accidentado o enfermo, la atención de urgencia puede efectuarse en el centro asistencial más cercano. También, el pago de la atención médica y hospitalaria sólo cubre aquellos gastos que ‘sean consecuencia directa del accidente sufrido o enfermedad contraída’.

En quinto lugar, el costo que significa para las Compañías no lo asumen con cargo a sus utilidades, pues es transferido a primas que deben ser pagadas por los asegurados. En el expediente del presente recurso, consta cómo las Compañías han solicitado a la autoridad que en la prima del seguro de incendios se individualice el costo de la cobertura de los accidentes o enfermedades de los bomberos, como un ítem aparte. Asimismo, este costo es trasladado al momento de determinar el pago del impuesto a la renta, como un gasto. Además, como se señaló en estrados, el Estado, o sea, todos los ciudadanos, sólo por vía de la Ley de Presupuestos —o sea sin considerar los beneficios tributarios—, entrega a bomberos anualmente nueve

veces más de lo que transfieren las Compañías; los beneficios son proyectables; el costo es sólo del 5% de los beneficios que las Compañías reciben por la labor de bomberos; eventualmente, cabe el reaseguro; y todas las Compañías que requieren en el presente caso, entraron al negocio después de la dictación el DL 1757; sabían, por tanto, que existía este costo en la actividad.

No puede considerarse, en consecuencia, que la medida sea excesiva”;

C° 103°. *“Que las Compañías han sostenido que el gravamen resulta desproporcionado, pues la mayoría de los accidentes los sufren los bomberos en actos ajenos al combate de los incendios, como sucede por ejemplo con el rescate de vehículos.*

Al respecto, cabe señalar, de partida, que no resulta procedente hacerse cargo de dicha argumentación. Por una parte, es una cuestión de hecho determinar lo alegado por las Compañías. Ello es ajeno a las atribuciones de este Tribunal. Por la otra, las Compañías no han impugnado en el presente requerimiento las normas del DL 1757 que definen los actos que quedan cubiertos por los beneficios, establecidos en su artículo 1°. Sólo han cuestionado sus artículos 3° y 4°.

A continuación, los accidentes de tránsito de vehículos motorizados no son ajenos a las Compañías de Seguros Generales, por el seguro obligatorio de accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados, que establece la Ley N° 18.490, que beneficia al conductor del vehículo, a sus acompañantes y a cualquier tercero afectado. Dicho seguro se impone a todo vehículo (artículo 3°, Ley N° 18.490), de modo que las municipalidades no pueden otorgar permiso de circulación sin que se les acredite su contratación (artículo 20). Por lo mismo, la actividad que realicen los bomberos en esta área no les resulta ajena ni distante”;

C° 104°. *“Que las Compañías han sostenido también que se afecta la igualdad ante la ley.*

Al respecto, por de pronto, cabe señalar que el gravamen se impone a todas las Compañías de Seguros, sin excepción. La norma tiene el carácter de generalidad.

Enseguida, las Compañías no son las únicas empresas que deben soportar alguna carga para el esfuerzo nacional de financiar a los bomberos. Ya se hizo alusión, en otra parte de este fallo, a cómo los Cuerpos de Bomberos no pagan luz ni las llamadas telefónicas; ello grava a las empresas de electricidad y a las telefónicas que dan servicio básico. Asimismo, el empresario para quien presta servicios el bombero, debe soportar su ausencia cuando éste concurre a los ‘llamados’ que el Cuerpo de Bomberos le formula.

A continuación, la medida tiene fundamento objetivo y razonable: las Compañías se benefician de la actividad de los bomberos. No hacer gravitar esta obligación en ellas implicaría una transferencia neta de recursos en su favor y un costo para quien el legislador decidiera encargársela en su reemplazo. Y ello sí alteraría la igualdad ante la ley.

No hay, entonces, una vulneración de la igualdad ante la ley”;

C° 105°. *“Que la medida, por tanto, no puede ser calificada de arbitraria, pues el legislador tuvo motivos para establecerla; estos son suficientes; existe una vinculación lógica entre estos motivos y la regulación; y estos son, finalmente, lícitos”;*

C° 106°. *“Que, en conclusión, la medida de hacer de cargo de las Compañías de Seguros el pago de los beneficios que establece el DL 1757, se ajusta plenamente al artículo 19 N° 22 de la Constitución. Se trata de un gravamen, impuesto por ley y que no discrimina arbitrariamente.*

Además, no se vulnera la igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, ya que, tal como se ha señalado, los preceptos impugnados se aplican por igual a todas las entidades aseguradoras a prorrata de las primas directas en el riesgo de incendio, de modo que quienes se encuentran en las mismas circunstancias, al beneficiarse de un modo particular gracias a la actividad de bomberos, reciben el mismo trato. Por otra parte, es preciso enfatizar que los beneficios que las entidades aseguradoras solventan a favor de bomberos son transferidos a precios, de modo que quien paga, en última instancia, es el asegurado.

En lo que dice relación con el argumento de los requirentes de que el DL 1757 estaría creando un subsistema de seguridad social, valga recalcar que el bombero no es un ‘trabajador’ del Cuerpo de Bomberos y en consecuencia el sistema que establece el cuestionado cuerpo legal no establece propiamente prestaciones de seguridad social. Por otra parte, no fueron cuestionadas las normas específicas que regulan dicho sistema.

Por todas estas razones el presente requerimiento debe rechazarse en todas sus partes”.

2.2.15. STC Rol N° 1849-10-CDS, DE 12 DE MAYO DE 2011. CASO “TELEVISIÓN DIGITAL”

Requerimiento de inconstitucionalidad de 36 señores Diputados, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, respecto del Decreto Supremo N° 264, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que *“fija normas complementarias al Decreto N° 136 de 14 de septiembre de 2009”.*

En lo medular, los requirentes sostiene que la Administración no es competente para encauzar –a través de un acto administrativo– el tránsito tecnológico que discurre desde la televisión analógica a la televisión digital, por ser ello una materia de exclusiva reserva legal. El DS 246 excedería aquello que, en el presente, permite hacer a la autoridad, pero muy excepcionalmente, el artículo 15, inciso final, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, lo que implica transgredir el artículo

32, N° 6°, de la Constitución. Asimismo, el DS aludido vulneraría los derechos asegurados en el artículo 19, numerales 12°, inciso quinto, 22°, 23° y 24°, de la Carta Fundamental.

En particular, estiman los actores que se vulnera el principio de igualdad de trato económico que debe dar el Estado conforme al artículo 19, N° 22°, de la Constitución, al estar deslegalizada la asignación de permisos demostrativos y de frecuencias experimentales, y tener que determinarse caso a caso, estando el asunto entregado a la arbitrariedad del Administrador y sin que existan garantías ni mecanismos de alegación.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 7°. *“Que, atentos a lo acotado precedentemente y para lo que interesa a este proceso, los Diputados requirentes sostienen, en lo medular, que la Administración no es competente para encauzar –a través del acto administrativo recién transcrito– el tránsito tecnológico que discurre desde la televisión analógica a la televisión digital. Porque, comportando ello una materia de exclusiva reserva legal, acusan que el Decreto Supremo N° 264 vendría aprobando un reglamento que contradice la regulación que, sobre la materia, estatuiría el proyecto de ley en actual trámite legislativo según da cuenta el Boletín N° 6.190. Objetan, al paso, que este reglamento excedería aquello que, en el presente, permite hacer a la autoridad, pero muy excepcionalmente, el artículo 15, inciso final, de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, lo que implica transgredir el artículo 32, N° 6°, de la Constitución.*

Como consecuencia, aducen que el Decreto Supremo N° 264 vulneraría los derechos asegurados en el artículo 19, numerales 12°, inciso quinto, 22°, 23° y 24°, de la Carta Fundamental, de la manera como se ha resumido en la parte expositiva de esta sentencia”;

(...) C° 32°. “Que los requirentes se han preguntado, también, si estando deslegalizada la asignación de un permiso demostrativo, primero, y también la asignación de frecuencia experimental con resultado de asignación de frecuencia definitiva, ¿bajo qué criterio podría acogerse una u otra solicitud? Responden que ‘la única forma es mediante el caso a caso’. Agregan que ‘son muchos los que pueden quedar esperando su oportunidad sin que llegue la asignación de frecuencia y, simplemente, carecerán de mecanismos de alegación porque el procedimiento que la aplicaba en el Artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones está excluido de aplicación. Por tanto, la arbitrariedad se vuelve perfecta, sin reglas ni criterios (...)’ (Página 64 del requerimiento).

Así, se produciría –en su concepto– una afectación de la garantía constitucional del artículo 19, N° 22°, de la Carta Fundamental –que prohíbe al Estado y sus organismos discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica–, puesto que el Estado no tendría ninguna regla que identifique cómo otorgar, negar o suspender estos permisos distinguiendo entre los actuales ope-

radores de concesión de libre recepción televisiva, los que deseen ingresar como operadores nuevos de la televisión digital o ninguno de ellos”;

C° 33°. “Que para descartar tales alegaciones bastaría reiterar los argumentos vertidos en el capítulo que precede, pues ha quedado demostrado que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones debe otorgar o renovar los permisos, así como asignar las frecuencias para que operen los servicios de radiodifusión televisiva con tecnología digital, sobre la base del marco ya señalado por el legislador, tanto en el Decreto Ley N° 1.762, de 1977, cuanto en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, sin perjuicio de las disposiciones que contenga la futura Ley de Televisión Digital. Dentro de dicho marco, el respeto a los principios de libertad e igualdad de acceso resultan fundamentales, tal como se ha recordado”;

C° 34°. “Que, en esta perspectiva, no puede compartirse el argumento de los requirentes en orden a que la falta de un marco legal determinado en esta materia –que alude a la no aprobación, a la fecha, de la ley destinada a regular la televisión digital en Chile– siente las bases para suponer, desde ya, la supuesta arbitrariedad con que actuará el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en el ejercicio de las competencias que le confiere el Decreto Supremo N° 264, de 2010.

Cabe, aquí, evocar lo afirmado, en la fase de audiencias públicas convocadas por este Tribunal, por el Subsecretario de Telecomunicaciones, señor Jorge Atton, en el sentido que, por un lado, ‘todo cambio tecnológico se ha hecho vía decreto supremo’ y, por otro, que las frecuencias de reemplazo que, en su caso, correspondan –a que alude el artículo tercero del decreto supremo impugnado–, se refieren a la correspondencia que establezca el legislador en definitiva, lo que, ciertamente, mitiga el peligro de una eventual actuación arbitraria por parte de la autoridad administrativa que permita sostener una vulneración de la obligación que pesa sobre el Estado y sus organismos de no discriminar en materia económica”;

C° 35°. “Que, por tanto, este Tribunal rechazará, asimismo, una eventual infracción del decreto supremo impugnado al derecho contenido en el artículo 19, N° 22°, de la Constitución, y así se declarará”;

2.2.16. STC Rol N° 1988-11-CPT, DE 24 DE JUNIO DE 2011. CASO “OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES”

Requerimiento de inconstitucionalidad de 17 señores Senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, respecto de los artículos 7, 10 N° 3, 14 N° 2, 14, 15, 16, 17 y 40 del “Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra según el Acta de 19 de marzo de 1991 (UPOV 91), cuya aprobación por el Congreso Nacional fue comunicada al Presidente de la República por oficio de 17 de mayo de 2011.

Los artículos del Convenio impugnados, se refieren, respectivamente, a las variedades distintas (7), a la presentación de solicitudes de derecho de obtentor (10 N° 3), al alcance (14 N° 2, 14), excepciones (15), agotamiento (16) y limitación al ejercicio del derecho de obtentor (17) y al mantenimiento de los derechos adquiridos (40).

Estiman los actores que el UPOV 91, en sus preceptos impugnados, infringe los artículos 1°, inciso final, y 19, N°s 2°, 8°, 22° y 24°, de la Constitución Política, por lo que su aprobación adolece de nulidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 6° y 7° de la misma.

En lo que interesa, señalan los requirentes que, al igual que el Acta 78, el UPOV 91 mantiene, en su artículo 17, el principio de que motivos de interés público pueden justificar restricciones al libre ejercicio del derecho del obtentor. Dichas restricciones están sujetas al otorgamiento a aquél de una compensación equitativa. En cambio, el UPOV 91 no señala compensación alguna para el agricultor que proporciona el germoplasma o material genético original apropiado por el obtentor. El Estado de Chile tiene la obligación internacional de proteger el derecho del obtentor, pero no de proteger el derecho del agricultor. Así, se infringe el artículo 19, N°s 2° y 22°, de la Constitución, toda vez que, frente a intereses contrapuestos, el interés del obtentor está protegido, en cambio el del agricultor no tiene contemplada compensación alguna.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 62°. *“Que se ha planteado por los requirentes que se infringiría la igualdad ante la ley, derecho fundamental tutelado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República. Específicamente se expresa en el libelo que los artículos 17.1 y 17.2 del Convenio UPOV 91 afectarían la igualdad ante la ley e importarían una discriminación arbitraria que prohíbe nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N° 22°. Básicamente, se afirma que existiría una ‘sobre protección’ a favor del obtentor, sin hacer lo propio respecto del agricultor. Adicionalmente, se alega que la normativa produciría una afectación del artículo 1° de la Constitución Política, en lo relativo a la adecuada integración de los diversos sectores y al aseguramiento de la participación de las personas con igualdad de oportunidades en la vida nacional”;*

C° 63°. *“Que el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental asegura a todas las personas la ‘igualdad ante la ley’ y la circunstancia que ‘en Chile no hay persona ni grupos privilegiados’. Adicionalmente, se dispone que ‘ni ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias’”;*

C° 64°. *“Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley ‘consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuen-*

cialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición'. Así, se ha concluido que 'la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad'. (Sentencias roles N^{os} 28, 53 y 219)";

C^o 65°. *"Que, como lo ha precisado esta Magistratura, 'la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario'. (Rol N° 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, 'no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados' (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador";*

C^o 66°. *"Que, por otro lado, como lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (Roles N^{os} 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador";*

C^o 67°. *"Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42). Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que 'para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indis-*

pensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos’. (Sentencias 76/1990 y 253/2004). En otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N^{os} 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados. Habida cuenta de lo anterior, corresponde contrastar el precepto legal que se impugna a la luz de la igualdad ante la ley”;

C° 68°. “Que en el ámbito de la garantía constitucional referida también resulta pertinente reiterar en este caso lo expresado por este Tribunal en sentencia Rol 1710, de 6 de agosto de 2010: ‘Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre ‘igualdades esenciales’ y ‘desigualdades esenciales’, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando ‘personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables’, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada ‘nueva fórmula’, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto’ (Considerando centésimo)”;

C° 69°. “Que, a propósito del derecho de propiedad, en el precedente considerando 46°, se han hecho los alcances que este Tribunal está en posibilidades de for-

mular, a fin que el Convenio UPOV-91 se inserte dentro de un contexto coherente y armonioso, de modo que aplicado en conjunto con las demás disposiciones que le son pertinentes, de cómo resultado una concreción del bien común, que contribuya a crear las condiciones que permitan a todos los involucrados alcanzar su máximo bienestar. A lo que se suma que, en el Convenio analizado, los regímenes jurídicos aplicables al obtentor y al agricultor aparecen razonablemente delimitados, además de consultar, el ordenamiento vigente, diversos mecanismos tendientes a que los Estados protejan equilibradamente los derechos de los agricultores y de las comunidades”;

C° 70°. *“Que, si bien, en conexión con la impugnación que se hace en relación a la igualdad ante la ley, el requerimiento menciona también como infringido el artículo 19, N° 22°, de la Constitución, que asegura la no discriminación arbitraria en el trato que el Estado debe dar a los particulares en materia económica, formula dicho cuestionamiento en forma genérica, sin precisar la manera en que se produciría una infracción constitucional a dicho precepto, por lo cual este Tribunal no cuenta con los elementos para emitir un pronunciamiento frente a una infracción no delimitada ni fundamentada”.*

2.3. CASO DE SUBSIDIO SIN LEY HABILITANTE (“TRANSANTIAGO”)

STC Rol N° 1.153-08-CDS, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2008

Requerimiento de Senadores que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación, a fin de que el TC declare inconstitucional el Decreto Supremo N° 46, de 20 de mayo de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que modifica las condiciones y plazos aprobados para la línea de crédito ya pactada por el Banco del Estado de Chile con la Cuenta Especial de Reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206, conforme al Decreto Supremo N° 19, del mismo Ministerio y año; el Decreto Supremo N° 45, de 16 de mayo de 2008, de la misma cartera, que aprobó las condiciones y plazos de una línea de crédito por parte del BID a la cuenta antes mencionada, por hasta US\$400.000.000; y el Decreto Supremo N° 583, de 21 de abril de 2008, del Ministerio de Hacienda, que incrementó el cupo para que la Corporación de Fomento de la Producción otorgue coberturas o subsidios contingentes a la misma cuenta, en \$150.400.000.000.

En lo pertinente, plantean los requirentes como fundamento de la acción deducida, que el inciso segundo del artículo 19, N° 22, de la Constitución, que garantiza la no discriminación arbitraria en el trato económico por parte del Estado, dispone que sólo en virtud de una ley se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor

de algún sector, actividad o zona geográfica. En otras palabras, sólo por intermedio de una ley se puede establecer un beneficio que, si es directo, adquiere el carácter de un subsidio, como ocurriría en este caso. Alegan que, con sujeción a dicha norma constitucional, la Ley N° 20.206 otorgó un subsidio al sistema de transporte público de pasajeros de la ciudad de Santiago para el año 2007. Igualmente, dando cumplimiento a esa disposición constitucional, el Ejecutivo propuso un subsidio para el Transantiago en la Ley de Presupuesto para el año 2008 que en definitiva el Congreso no aprobó. Indican que los créditos que se han otorgado a la Cuenta, tanto el que fue impugnado en un requerimiento anterior como los que ahora se objetan, han tenido el efecto de impedir alzas de tarifas, constituyendo, por lo tanto, un beneficio para una actividad, sector o zona geográfica, sin que exista ley alguna que lo legitime.

JURISPRUDENCIA TC:

C° 59°. *“Que los requirentes han argumentado, por último, que la autorización para endeudarse que se contiene en el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, en las condiciones y plazos que allí se señalan, ‘han (sic) tenido el efecto de impedir alzas de tarifas’. Agregan que ‘por ello constituyen un beneficio para una actividad, sector y zona geográfica, sin que exista ley alguna que lo legitime’. Precisan, asimismo, que ‘aunque dicho subsidio no constituya una discriminación arbitraria (...), ello no evita que deba aprobarse por ley’ (pág. 20), entendiendo que ello es una exigencia que se deriva de lo preceptuado en el artículo 19 N° 22 de la Constitución”;*

C° 60°. *“Que, por su parte, en su escrito de observaciones al requerimiento, la Presidenta de la República ha sostenido que no resulta atendible la impugnación referida precedentemente, toda vez que no se dan las condiciones para que, en el presente caso, estemos frente a un ‘subsidio’. En efecto, aduce que ‘no existe un órgano de la Administración del Estado que haga una transferencia directa o indirecta de dinero, sino que interviene un (...) ente regido por el derecho común a los bancos’. Añade que no existe tampoco una entrega de dinero a fondo perdido, sino que un préstamo, pues hay obligación de reembolso, intereses y reajustes, así como estipulaciones dedicadas especialmente a garantizar la obtención de recursos para devolver tal préstamo que, por lo demás, se convino bajo condiciones de mercado equivalentes a otros mutuos semejantes (pág. 50)”;*

C° 61°. *“Que la Contralor General de la República Subrogante precisa, sobre esta impugnación, que ‘las operaciones de crédito autorizadas por los decretos N°s 45 y 46, de 2008, de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones, y de Hacienda, no constituyen un subsidio del Estado o de sus organismos, en los términos a que se refieren los recurrentes, ni configuran un beneficio de aquellos a que alude el artículo 19, N° 22, de la Constitución Política, por cuanto dicha*

posibilidad ha sido establecida por la propia ley N° 20.206, con el propósito racional de procurar el reembolso de los aportes fiscales a que se refiere el artículo 2° de dicho cuerpo legal’ (pág. 9). Agrega que, siguiendo a la doctrina especializada, no podrá entenderse que tales créditos constituyan un beneficio directo o indirecto de aquellos a que se refiere el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental”;

C° 62°. “Que, como se sabe, el derecho contemplado en el artículo 19, N° 22, de la Carta Fundamental constituye una explicitación del principio de la igualdad ante la ley consagrado, a su vez, en el numeral segundo de esa norma constitucional. Se traduce, fundamentalmente, en la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica, esto es, de efectuar diferenciaciones o distinciones, realizadas ya por el legislador, ya por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable (Enrique Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 203).

Desde este punto de vista, este derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad (*Ibidem*)”;

C° 63°. “Que, no obstante lo expresado, en la historia de gestación de la norma constitucional que se comenta consta que los representantes del sector económico quisieron establecer una diferenciación en favor de sectores o zonas determinados, la que aun cuando fuere permitida por la Constitución, requeriría de una ley aprobada con un quórum especial (Evans, *Ob. cit.*, pág. 208). De allí que la norma que en definitiva se aprobó consagró la posibilidad de que ‘sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras (...)’, consagrando una clara reserva legal en la materia.

La diferencia entre los beneficios ‘directos’ y los ‘indirectos’ fue explicada por el Fiscal del Banco Central, con ocasión de su intervención en los debates de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Allí señaló que los beneficios directos serían ‘los subsidios otorgados para favorecer a determinada actividad o zona’ mientras que los beneficios indirectos corresponderían a ‘una liberación o una rebaja de impuestos’. Precizando el alcance de estos últimos se aclaró que las franquicias no se traducen en lo que el Estado va a gastar, sino en lo que dejará de percibir (Sesión N° 397, de 11 de julio de 1978, pág. 3090).

Acorde con lo expresado, el Ministro de este Tribunal, José Luis Cea, explica que los beneficios directos equivalen a los subsidios, en que el Estado agrega directamente una cantidad de dinero al destinatario. En los beneficios indirectos, en tanto, el Estado deja de cobrar una cantidad. Puntualiza que ‘ambos producen el mismo efecto, pero en el primer caso se paga dinero y en el segundo se rebajan tributos’ (Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, pág. 512-513)”;

C° 64°. *“Que, sobre la base de lo expresado, es posible observar que el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ha autorizado nuevas condiciones y plazos respecto del préstamo que originalmente le otorgara el Banco del Estado a la Cuenta de Reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206, con el fin de contribuir a la finalidad de ésta de ‘reembolsar los aportes efectuados por el Fisco’ al Fondo de Estabilización Financiera del Transporte Público de la ciudad de Santiago que, según se lee en el artículo 1°, inciso primero, del referido cuerpo legal, tiene por objeto ‘dar estabilidad al régimen tarifario del referido Sistema y procurar un mejor servicio a los usuarios’.*

En consecuencia, el préstamo otorgado por el Banco del Estado a la Cuenta de Reembolso persigue, finalmente, compensar al Estado la inversión de recursos que ha debido efectuar para evitar un aumento en las tarifas del aludido sistema de transporte público de la ciudad de Santiago, que pueda recargar al usuario, al tiempo que apoyar el funcionamiento, operativo y eficiente, del mismo sistema. Desde este punto de vista y, como ha sido analizado en el acápite 1. de este Capítulo, se trata de un préstamo estrechamente vinculado al fin que persigue el Estado de propender a la consecución del bien común, teniendo presente que ‘el Estado está al servicio de la persona’, como reza el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental”;

C° 65°. *“Que, en este sentido, y sin perjuicio de las afirmaciones recogidas en el considerando trigesimoquinto de esta sentencia, nuevamente deben recordarse las palabras vertidas por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en el debate que dio origen a la Ley N° 20.206. Interviniendo en el Senado expresó que: ‘si ésta (la Cuenta de Reembolso) es una cuenta de repago hecha por los privados, lo natural era hacer viable que en cualquier situación de dificultad de liquidez momentánea se pudiera mantener adecuadamente el pago al Estado. Y, para ello, se contempla la facultad de endeudarse, sin garantía estatal: sólo sobre la base de los flujos futuros de la cuenta. Y eso es, precisamente, abrir una posibilidad para permitir la continuidad de pago sin producir alteraciones en la tarifa, que es lo que se busca con este sistema’ (Historia de la Ley N° 20. 206, Biblioteca del Congreso Nacional, 6 de julio de 2007, pág. 333)”;*

C° 66°. *“Que, entonces, el préstamo que se analiza permite el desembolso de dinero por parte del mismo Estado (es un crédito conferido por una empresa del Estado como el Banco del Estado) para beneficiar a un sector de la vida nacional:*

el del transporte público de la ciudad de Santiago para que éste no incremente un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, para que no se produzca un desmedro en el funcionamiento del sistema. En otras palabras, se está otorgando un beneficio al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no por ley.

A mayor abundamiento, debe recordarse que el abogado del gobierno sostuvo en estrados que el préstamo cuya autorización y condiciones se confieren por el Decreto Supremo N° 46, impugnado en esta oportunidad, se originó, precisamente, en la negativa del Congreso de aprobar las sumas que se habían propuesto por la Presidenta de la República en el proyecto de ley de presupuestos correspondiente al año 2008.

De esta forma, en la medida que el aludido decreto supremo otorga un subsidio a un sector de la vida nacional, sin cumplir la reserva legal exigida por la Constitución, vulnera su artículo 19 N° 22, y así se declarará”.

(...) C° 84°. “Que, como se ha sintetizado en el considerando quincuagesimonoveno, los requirentes sostienen que tanto el crédito otorgado en virtud de la autorización que confiere el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, cuanto aquel autorizado por el decreto supremo que ahora se analiza, ‘han tenido el efecto de impedir alzas de tarifas’, adoptando la forma de un subsidio de aquellos a que se refiere el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental, sin cumplir la exigencia de haberse aprobado por medio de una ley, como lo exige esa norma constitucional”;

C° 85°. “Que tanto la Presidenta de la República como la Contralor General de la República Subrogante han rechazado la impugnación aludida por las razones que se han reproducido en los considerandos sexagésimo y sexagésimo primero, respectivamente”;

C° 86°. “Que, por idénticos argumentos a los expresados en el acápite 4. del Capítulo precedente de esta sentencia, debe concluirse que el préstamo del BID autorizado por el Decreto Supremo N° 45, de 2008, que se examina, ha sido otorgado con la finalidad de beneficiar a un sector de la vida nacional: el del transporte público de la ciudad de Santiago. Específicamente se persigue evitar un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, lograr que no se produzca un desmedro en el funcionamiento del referido sistema. En consecuencia, se está autorizando un beneficio de aquellos a que se refiere el artículo 19, N° 22, de la Constitución al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no mediante una ley, como dicho precepto fundamental exige. De esta forma, el Decreto Supremo N° 45, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, vulnera la referida norma constitucional y así se declarará”.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS, MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. ARIÑO ORTÍZ, GASPAR, *Principios de Derecho Público Económico*, ARA Editores, Madrid, 2004.
2. ARANEDA DÖRR, HUGO, *Economía Política*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1980.
3. ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, en Obras Completas de Aristóteles, Ed. Anaconda, Buenos Aires, 1947.
4. ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *Acción de Amparo Económico. Acerca del Recurrente y el Recurrido*, en Gaceta Jurídica N° 181, Santiago, 1995.
5. ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *De Espaldas al Estatismo: El Derecho de los Particulares a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, en Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, N° 1, Santiago, 1998.
6. AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR MANUEL, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Ed. Jurídica. Conosur, Santiago, 1988.
7. BERTELSEN REPETTO, RAÚL, *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol 14, N° 1, Santiago, 1987.
8. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991.
9. BIDART H., JOSÉ, *La Tutela No Discriminatoria en la Constitución de 1980*, en Rev. de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XVIII, Valparaíso, 1997.
10. BLANQUER, DAVID, *El Control de los Reglamentos Arbitrarios*, Ed. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1998.
11. BOBBIO, NORBERTO, *El Tiempo de los Derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.
12. BULNES ALDUNATE, LUZ, *El Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica*, en Revista de Derecho Público, N°s 37-38, enero-diciembre, Universidad de Chile, Santiago, 1985.
13. CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ, *Los Derechos del Hombre*, Ed. Reus, 4ª edición, Madrid, 1992.

14. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Ed. Universidad Católica de Chile, Tomo I, Santiago, 2002.
15. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Ed. Universidad Católica de Chile, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Santiago, 2004.
16. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Descubriendo el Futuro de Nuestra Sociedad Estatal*, en *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2 y 3, Santiago, 1993.
17. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *El Sistema Constitucional de Chile, Síntesis Crítica*, Ed. Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999.
18. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1988.
19. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *II Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995.
20. COVARRUBIAS CUEVAS, IGNACIO, *El Principio de Subsidiariedad*, en 20 años de la Constitución Chilena, Universidad Finis Terrae, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
21. DIEZ URZÚA, SERGIO, *Personas y Valores, su Protección Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
22. DIÉZ-PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª edición, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
23. ESPEJO YAKSIC, *La Garantía de la No Discriminación y el Principio de la Igualdad*, en Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.
24. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1999.
25. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1999.
26. FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, T. I., Santiago, 2001.
27. FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, T. I., 2ª edición, Santiago, 2006.
28. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
29. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN, *El Principio de Igualdad Constitucional*, en 20 años de la Constitución Chilena, Universidad Finis Terrae, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
30. GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO, *Orden Público Económico*, en 20 años de la Constitución Chilena, Universidad Finis Terrae, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2001.
31. LOCKE, JOHN, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Ed. Alianza, Madrid, 1994.
32. LÓPEZ GUERRA, LUIS, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998.

33. LÓPEZ MAGNASCO, SEBASTIÁN, *Garantía Constitucional de la no Discriminación Económica*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
34. MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
35. MASBERNAT MUÑOZ, PATRICIO, Y HURTADO CONTRERAS; JOSÉ TOMÁS, *Crítica al Concepto de Orden Público Económico*, en Revista de Derecho Público, N° 66, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
36. MASSINI, CARLOS IGNACIO, *Acerca del Fundamento del Principio de Subsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público N°s 39-40, Santiago, 1986.
37. MORAGA NEIRA, RENÉ, *Constitución Política de 1980, edición especial con subtítulos, notas e índice alfabético de materias*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1991.
38. MORENO V., FERNANDO, *La Economía en la Perspectiva de la Doctrina Social de la Iglesia*, en Centro de Estudios Públicos N° 45, Santiago, 1992.
39. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Protección y Amparo de la Libertad Económica en Chile e Hispanoamérica*, en Revista Chilena de Derecho, número especial, actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Santiago, 1998.
40. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Notas sobre el Contenido Esencial del Derecho a Empezar cualquier Actividad Económica*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año III, N° 3, Santiago, 1999.
41. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *La Libertad Económica y su Protección*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, N° 2, Santiago, 2001.
42. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, Y GUERRERO DEL RÍO, ROBERTO, *Algunos Antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980*, en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, año 4, N° 4, Santiago, 1996.
43. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional*, en Rev. de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVIII, Valparaíso, 1997.
44. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo 4, *Constitución Económica, Derechos Patrimoniales y Amparo Económico*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010.
45. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica*, en VV.AA., *Estudios sobre Justicia Constitucional, Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 147 a 175.
46. PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO, *Los Derechos Humanos, Documentos Básicos*, Ed. Jurídica de Chile, T. I, 3ª edición, Santiago, 2000.
47. PAILLÁS, ENRIQUE, *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
48. PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.

49. PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS, con la colaboración de LÓPEZ ALVAREZ, LUIS FELIPE; LÓPEZ MIRA, ÁLVARO; MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, *Temas de Derecho Constitucional Español, una Visión Problemática* (apuntes de clases), Ed. Follas Novas, Santiago de Compostela, 1996.
50. PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS, *Teoría Constitucional*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1998.
51. PEREIRA MENAUT, ANTONIO-CARLOS, *Teoría Constitucional*, 2ª edición, Ed. LexisNexis, Santiago, 2006.
52. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, *Constitución Política de la República de Chile, Concordancias, Antecedentes y Jurisprudencia*, Ed. Jurídica. Conosur, Santiago, 1999.
53. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, *Manual de Derecho Constitucional*, T. I., Ed. Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990.
54. PRECHT PIZARRO, JORGE ENRIQUE, *El Estado Empresario: Análisis de la Legislación Complementaria Constitucional*, en Gaceta Jurídica N° 108.
55. QUINTANA BENAVIDES, AUGUSTO, *El Principio de Solidaridad en la Constitución*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol. 20 N° 2 y 3, Santiago, 1993.
56. QUINTANA BRAVO, FERNANDO, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
57. QUINZIO FINGUEREIDO, JOSÉ MARIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I., Ed. Universidad La República, Santiago, 1993.
58. RIVERA NEUMANN, TEODORO, *Reflexiones en torno a la Libertad de Empresa en la Constitución de 1980*, en 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001, Universidad Finis Terrae, Santiago, 2001, pp. 403-418.
59. ROJAS SÁNCHEZ, GONZALO; ACHURRA GONZÁLEZ, MARCELA; DUSSAILLANT BALBONTÍN, PATRICIO, *Derecho Político, Apuntes de las Clases del Profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.
60. RUIZ-TAGLE, PABLO, *Orden Público Económico, Subsidiariedad y la Alternativa Democrática*, en La República en Chile, Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano, LOM Ediciones, Santiago, 2006.
61. SAGÜES, NESTOR PEDRO, *Principio de Subsidiariedad y Principio de Antisubsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público, N°s 39-40, Santiago, 1986.
62. SAN FRANCISCO REYES, ALEJANDRO, *Jaime Guzmán y el Principio de Subsidiariedad Educacional en la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, Santiago, 1992.
63. SANTA-BÁRBARA RUPEREZ, JESÚS, *La No Discriminación Fiscal*, Ed. Edersa, Madrid, 2001.
64. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II: *Principios, Fuerzas y Regímenes Políticos*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1997.
65. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, T IV: *La Constitución de 1980, Bases de la Institucionalidad, Nacionalidad y Ciudadanía, Justicia Electoral*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1997.

66. SOTO KLOSS, EDUARDO, *Consideraciones sobre los Fundamentos del Principio de Subsidiariedad*, en Rev. de Derecho Público, N^{os} 39-40, Santiago, 1986.
67. SOTO KLOSS, EDUARDO, *La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile*, en Rev. Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, N^o 2, Santiago, 1999.
68. SOTO KLOSS, EDUARDO, *La Servicialidad del Estado. Base Esencial de la Institucionalidad*, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N^{os} 57-58, enero-diciembre, Santiago, 1995.
69. STREETER PRIETO, JORGE, *Principios de Derecho Económico: el Paradójico Orden Público Económico*, en Revista de Derecho Económico, N^o 60-61, Universidad de Chile, Santiago, 1983.
70. VALDÉZ PRIETO, DOMINGO, *La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico, Especialmente en la Legislación Antimonopólica*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1992.
71. VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO, *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N^o 31, LOM Ediciones, Santiago, 2006.
72. VALLEJO GARRETÓN, RODRIGO, y PARDOW LORENZO, DIEGO, *Derrivando Mitos sobre el Estado Empresario*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 35, N^o 1, Santiago, 2008, pp. 135-156.
73. VARELA DEL SOLAR, JORGE, *Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol.16, N^o2, Santiago, 1989.
74. VERDUGO MARINKOVIC, MARIO, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
75. YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, ARTURO, *Principios Económicos de la Constitución de 1980*, en Rev. Chilena de Derecho, Vol 14, N^o1, Santiago, 1987.
76. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Corporación Tiempo 2000, Santiago, 1994.
77. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General*, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002.

II. COMPILACIONES DE SENTENCIAS

1. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 4 de mayo de 1981 y el 24 de septiembre de 1985, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
2. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 23 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
3. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996, Editado por el Tribunal Constitucional, Santiago, 1996.

4. Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 18 de marzo de 1996 y el 22 de octubre de 1998, Editado por el Tribunal Constitucional, Santiago, 1999.
5. Jurisprudencia Constitucional, Tomo V, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 1998 y 2002, Editado por el Tribunal Constitucional (editores Rafael Larraín Cruz y Leopoldo Núñez Tomé), Santiago, 2002.
6. Jurisprudencia Constitucional, Tomo VI, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2002 y 2004, editado por el Tribunal Constitucional (editores Rafael Larraín Cruz y Leopoldo Núñez Tomé), Santiago, 2004.
7. Jurisprudencia Constitucional, Tomo VII, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2004 y 2006, editado por el Tribunal Constitucional (editores Rafael Larraín Cruz y Leopoldo Núñez Tomé), Santiago, 2007.
8. Jurisprudencia Constitucional, Tomo VIII, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2006 y 2007, editado por el Tribunal Constitucional (editores Leopoldo Núñez Tomé, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio), Santiago, 2009.
9. Jurisprudencia Constitucional, Tomo IX, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2006 y 2008, editado por el Tribunal Constitucional (editores Leopoldo Núñez Tomé, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio), Santiago, 2009.
10. Jurisprudencia Constitucional, Tomo X, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2006 y 2008, editado por el Tribunal Constitucional (editores Leopoldo Núñez Tomé, Sebastián López Magnasco, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio), Santiago, 2010.
11. Jurisprudencia Constitucional, Tomo XI, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2007, editado por el Tribunal Constitucional (editores Leopoldo Núñez Tomé, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio), Santiago, 2010.
12. Jurisprudencia Constitucional, Tomo XII, sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional entre 2007 y 2008, editado por el Tribunal Constitucional (editores Leopoldo Núñez Tomé, Josefa Rodríguez Benavente y María Jesús Fernández Gumucio), Santiago, 2011.
13. Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), (editores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander), Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 45, Santiago, 2011.
14. “Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos”, elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1977.
15. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Constitución Política de la República de Chile de 1980, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

III. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC Rol N° 46-87, de 21 de diciembre de 1987. Caso “Clodomiro Almeida”.
2. STC Rol N° 80-89-CPT, de 22 de septiembre de 1989. Caso “Ley sobre cuestiones de competencia entre autoridades administrativas”.
3. STC Rol N° 134-91-CPT, de 9 de septiembre de 1991. Caso “ZOFRI”.
4. STC Rol N° 146-92-CDS, de 21 de abril de 1992. Caso “Publicidad Caminera 1”.
5. STC Rol N° 167-93-CDS, de 6 de abril de 1993. Caso “Publicidad Caminera 2”.
6. STC Rol N° 185-94-CPR, de 28 de febrero de 1994. Caso “Ley de Bases del Medio Ambiente”.
7. STC Rol N° 203-94-CPT, de 6 de diciembre de 1994. Caso “Valor Patentes Municipales”.
8. STC Rol N° 207-95-CPT, de 10 de febrero de 1995. Caso “Deuda Subordinada”.
9. STC Rol N° 219-95-CPT, de 31 de julio de 1995. Caso “Reajuste Pensiones”.
10. STC Rol N° 226-95-CPT, de 30 de octubre de 1995. Caso “Ley sobre Libertad de Información”.
11. STC Rol N° 249-96-CPT, de 4 de noviembre de 1996. Caso “Empresa Nacional del Carbón”.
12. STC Rol N° 280-98-CPT, de 20 de octubre de 1998. Caso “Impuestos tabaco y gasolina”.
13. STC Rol N° 282-98-CDS, de 28 de enero de 1999. Caso “Tratado Chile-Bolivia complementación económica”.
14. STC Rol N° 312-00-CPT, de 3 de octubre de 2000. Caso “Tratado Chile-Argentina integración minera”.
15. STC Rol N° 352-02-CPT, de 15 de julio de 2002. Caso “Liceo Manuel de Salas”.
16. STC Rol N° 427-04-CPT, de 17 de diciembre de 2004. Caso “Transferencia Refinería Las Ventanas”.
17. STC Rol N° 467-06-INA, de 14 de noviembre de 2006. Caso “Empresa Portuaria de Arica”.
18. STC Rol N° 479-06-INA, de 8 de agosto de 2006. Caso “Multas Eléctricas”.
19. STC Rol N° 480-06-INA, de 27 de julio de 2006. Caso “Iberoamericana de Energía”.
20. STC Rol N° 513-06-INA, de 2 de enero de 2007. Caso “Lacalle Soza”.
21. STC Rol N° 577-06-CDS, de 26 de abril de 2007. Caso “Estero Carén”.
22. STC Roles N°s 694-06-INA y 695-06-INA (acumuladas), de 5 de julio de 2007. Caso “Compañía Nacional de Telecomunicaciones”.

23. STC Rol N° 755-07-INA, de 31 de marzo de 2008. Caso “Abogado de Turno”.
24. STC Rol N° 790-07-INA, de 11 de diciembre de 2007. Caso “Reajuste Pensiones”.
25. STC Rol N° 804-07-INA, de 28 de diciembre de 2007. Caso “Optómetra”.
26. STC Rol N° 811-07-INA, de 31 de enero de 2008. Caso “Ocean Front”.
27. STC Rol N° 980-07-INA, de 13 de mayo de 2008. Caso “Agencia de Turismo”.
28. STC Rol N° 1.140-08-INA, de 14 de enero de 2009. Caso “Abogado de Turno II”.
29. STC Rol N° 1144-08-INA, de 23 de diciembre de 2008. Caso “Códigos Editorial Jurídica de Chile”.
30. STC Rol N° 1.153-08-CDS, de 30 de septiembre de 2008. Caso “Transantiago”.
31. STC Rol N° 1252-08-INA, de 28 de abril de 2009. Caso “BCI con Inspección del Trabajo”.
32. STC Rol N° 1295-08-INA, de 6 de octubre de 2009. Caso “Bomberos”.
33. STC Rol N° 1413-09-INA, de 16 de noviembre de 2010. Caso “Síndico”.
34. STC Rol N° 1414-09-INA, de 14 de septiembre de 2010. Caso “INCOPE-SA”.
35. STC Rol N° 1448-09-INA, de 7 de septiembre de 2010. Caso “Empresa Portuaria Coquimbo”.
36. STC Rol N° 1669-10-INA, de 15 de marzo de 2012. Caso “Energía del Litoral”.
37. STC Roles N° 1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acumulados), de 21 de junio de 2011. Caso “Televisión Nacional de Chile”.
38. STC Rol N° 1849-10-CDS, de 12 de mayo de 2011. Caso “Televisión Digital”.
39. STC Rol N° 1988-11-CPT, de 24 de junio de 2011. Caso “Obtentores de variedades vegetales”.

