

Capítulo XIX
Libertad económica¹

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ

**1. BREVE REFERENCIA A LA HISTORIA DE LA REDACCIÓN
DE LA NORMA EN LA COMISIÓN DE ESTUDIOS**

Una prevención. Soy crítico al trabajo de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, “CENC”), tanto por el contenido de los postulados ahí defendidos, como porque gran parte de la doctrina constitucional le ha otorgado una relevancia desmedida²; recojo la historia de la libertad de empresa porque el artículo 19 N° 21 de la Constitución de 1980, no ha sido reformado en los más de treinta años de vigencia. Por lo mismo, ante su petrificación, urge conocer las razones que se consideraron para establecer este derecho.

El propósito de la dictadura que se instala en 1973 es refundar una nueva institucionalidad y eso se advierte tempranamente en el trabajo de la CENC. En las *Metas u Objetivos Fundamentales para la nueva Constitución Política de la República*, se establecen las bases para el desarrollo económico. Dice el N° 13 de dicho documento, que “es condición especial para el desarrollo económico del país que su sistema jurídico dé confianza a la creación, al trabajo y a la inversión privados y que garantice los frutos legítimos que de ellos provengan”³. De ahí la importancia que reviste la iniciativa particular en materia económica, por lo que se deberá estimular “la iniciativa creadora de los particulares”⁴.

El énfasis en el despliegue de la iniciativa particular es una reacción a la percepción que tenían los comisionados sobre los resultados de la economía chilena, pues a su entender, el nefasto desarrollo económico en los últimos años fue producido por la demagogia y la insuficiencia del sistema político

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11190492 titulado “La constitución económica chilena y algunos desafíos políticos y sociales” del cual el autor es investigador responsable.

² En libertad de empresa, por ejemplo, véase: Guerrero (1991), pp. 132-133; Navarro (2000), pp. 33-37; Niño (2006), pp. 96-105; Soto (1999), pp. 122-125.

³ República de Chile (1973), p. 31.

⁴ Ibid., p. 31.

institucional⁵. Para lograr la primacía de la libertad empresarial, la CENC propone incentivar la iniciativa privada y evitar la proliferación de las empresas del Estado.

La consagración constitucional de la libre iniciativa económica se debe a Raúl Bertelsen con el complemento de la referencia al *principio de subsidiariedad* realizada por Jaime Guzmán. Propone Bertelsen que se debe considerar un número 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. Lo anterior es necesario por la circunstancia que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado de forma más o menos sistemática”⁶. Para este comisionado, además, la libre iniciativa económica debe ir acompañada de una prohibición al Estado de desarrollar actividades empresariales, las que sólo podrá realizar de manera excepcional⁷. Esta idea es reforzada por Guzmán, quien estima indispensable consagrar constitucionalmente la iniciativa particular en materia económica, pero no solo eso, sino que, además, se debe “preceptuar en forma más o menos explícita el carácter subsidiario de la acción del Estado”⁸.

La propuesta original señalaba 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, el orden y la salubridad pública”⁹. ¿A qué tipo de actividades se refiere esta norma? Sobre el punto, Bertelsen señala que se trata de actividades *económicas*, “ya que para otro tipo de actividades ya se ha hecho una consagración específica en la Carta Fundamental”¹⁰.

Tratándose del Estado empresario, Bertelsen era de la opinión de prohibir, por principio, la actividad empresarial del Estado. Guzmán matiza esa afirmación, ya que es necesario realizar una distinción entre el rol subsidiario que le cabe al Estado de aquellas actividades que le son propias, por tanto, “se opone a decir que el Estado no pueda desarrollar activida-

⁵ Memo de la Comisión de Estudios al Presidente de la República (1978), párr. 1-9.

⁶ República de Chile (1978d), p. 2905.

⁷ Ibid., p. 2917.

⁸ Ibid., p. 2905.

⁹ Ibid., p. 2907.

¹⁰ Ibid., p. 2908.

des económicas”¹¹. Sobre lo mismo, Ortúzar, defendiendo la garantía de la libre iniciativa, llegado el momento del análisis del rol del Estado en la economía propone una distinción entre una ‘actividad económica’ y una ‘función económica’ del Estado, en que esta última “es ajena a la participación del Estado en actividades industriales o comerciales”¹². En definitiva, el texto aprobado en el Anteproyecto de Constitución señalaba que “el Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rijan este tipo de actividades para los particulares”¹³.

Es importante señalar que los comisionados dejaron expresa constancia de la igualdad en el trato entre particulares y Estado empresario, cuestión fundamental para la marcha de una economía competitiva, lo cual finalmente se consagra en otro inciso: “El Estado, en su actividad empresarial, recibirá el mismo trato que los particulares”¹⁴.

Algunos comentarios a propósito de la historia de este precepto. Lo primero, destacar el rol que cabe a Bertelsen y Guzmán, quienes son los principales promotores de su consagración constitucional.

En segundo lugar, la discusión sobre la libre empresa es principalmente adjetiva. No hay debate sustantivo y, en el evento que sean recogidas las tensiones, éstas son formales. Por ejemplo, se parte de la premisa de un principio de subsidiariedad de Estado abstencionista. Es cierto, ese principio es trabajado en otra sesión, pero el principio de subsidiariedad es desarrollado parcialmente y con un acomodo de la doctrina social de la Iglesia. Asimismo, se advierte una sobrevaloración de la iniciativa particular, como si en ella descansara todo el modelo productivo.

En tercer lugar, el horizonte de esta normativa lo encontramos en el llamado “*Orden Público Económico*”, siendo sus pilares el derecho a la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad. Se discutió en la CENC si era necesario establecer en la Constitución un capítulo especial relativo a estas materias, cuestión que fue descartada, ya que proceder de esa manera supondría una rigidización de la institucionalidad económica. Dos son las razones. La primera, que las normas que tratan materias económicas se encuentran dispersas en la Constitución; la segunda, una Constitución debe

¹¹ Ibid., p. 2918.

¹² Ibid., p. 2919.

¹³ Navarro (2000), p. 36.

¹⁴ República de Chile (1978c), p. 2940.

ser neutra en materia económica, por lo que introducir un capítulo especial puede suponer una tendencia a la rigidez¹⁵. Sin embargo, la neutralidad económica de la Constitución chilena no es efectiva. La Constitución, aunque no lo diga expresamente, consagra un modelo económico y los postulados en los cuales se funda el trabajo de la CENC son neoliberales y con acento en políticas monetaristas¹⁶.

Finalmente, la refundación de la institucionalidad económica se justifica en una lectura restrictiva de nuestra historia reciente. Pero también se advierte una sobre-reacción al modelo económico que rigió en Chile en las décadas de los sesenta y setenta, lo que implica que el péndulo gire radicalmente hacia otro extremo. Por lo mismo, es necesario relativizar el trabajo de la CENC y enfrentarse a sus paradigmas de manera crítica.

2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El artículo consta de dos partes. Por un lado, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y por otro, la regulación del Estado empresario.

2.1 *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica*

Dice el artículo 19 N° 21 que 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” (inc. 1°).

2.1.1 Tipología de la libre iniciativa económica

Por su contenido, se trataría de un derecho fundamental de las personas naturales o jurídicas¹⁷. Sin embargo, queda por resolver el tipo de derecho

¹⁵ República de Chile (1978a), pp. 2816-2822; República de Chile (1978b), pp. 2906-2907; República de Chile (1978d), p. 3000.

¹⁶ Baste ver la discusión sobre el endeudamiento público: República de Chile (1978d), pp. 3010-3018; o sobre el rol del Banco Central: República de Chile (1978e), pp. 3235-3246.

¹⁷ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en STC Rol N° 226-95, cons. 41°.

fundamental. Sobre este punto, sólo Ruiz-Tagle ha estudiado lo relativo a la “naturaleza jurídica” de la libertad de empresa, basándose para ello principalmente en Jellinek y Favoreau¹⁸.

Utilizando la distinción propuesta por el autor alemán, Ruiz-Tagle distingue dentro de los derechos aquellos que confieren un *status* negativo, equiparables a las libertades públicas, aquellos que tienen un *status* positivo, es decir, que precisan de una actividad del Estado para su realización y, finalmente, los que tienen un *status* activo, es decir, que otorgan una facultad a las personas para participar en la formación de la voluntad estatal¹⁹. Al utilizar esta distinción, la libertad de empresa sería un derecho que tiene un *status* negativo, ya que se trata de un derecho para desarrollar una actividad, en este caso, económica, pero también puede ser entendida como una forma de derecho con *status* activo ya que el desarrollo de la actividad “debe ser realizado en forma directa por la acción de las personas”²⁰.

Pero también este carácter negativo supone una garantía frente a los límites que puedan provenir de la ley, ya que el legislador sólo podrá establecer limitaciones que tengan por causa las que establece la misma disposición. Con todo, este aspecto resulta más controvertido por dos motivos: por un lado, por la apertura conceptual de las cláusulas que autorizan las limitaciones (moral, orden público o seguridad nacional), las que están sujetas a un contexto para su interpretación. Y por otro, la misma actividad económica supone un dinamismo que impide establecer una interpretación rígida y definitiva. A modo de ejemplo, hay sectores en que la concentración de la propiedad de los medios de producción impide la competencia, por lo que para que ésta sea saludable, es necesario una regulación intensa o, derechamente, la intervención estatal.

Ahora bien, según Ruiz-Tagle, siguiendo esta vez a Favoreau, la libertad de empresa es un derecho de libertad “porque otorga una defensa que ampara una esfera de acción protegida a las personas al permitirles desarrollar cualquier actividad económica”²¹. Pero también puede ser considerada como un derecho de participación, porque “se hace realidad mediante la acción de las personas que desarrollan su propia iniciativa”²².

¹⁸ Ruiz (2000), pp. 49-53; Jellinek (2000), pp. 410-416; Favoreau (2007), pp. 799-809.

¹⁹ Ibid., p. 49.

²⁰ Ibid., p. 49.

²¹ Ibid., p. 52.

²² Ibid.

Recientemente, Alvear ha intentado realizar una lectura comprensiva de la libertad de empresa, pues con este derecho se debe garantizar la autonomía privada y el emprendimiento, considerando siempre las exigencias del interés social que le son atingentes, a saber, los estándares de bien común y la del derecho considerado en sí mismo²³.

2.1.2 Sujeto y objeto del derecho

Conviene recordar el inciso 1º del artículo 19 la Constitución: “la Constitución asegura a todas las *personas*”. En el caso de la libertad de empresa, es un derecho que pertenece a todos, sin distinción de sexo, estatuto jurídico o nacionalidad. Esa es la regla general, por lo mismo, la pueden ejercer y reclamar personas naturales o jurídicas, hombres o mujeres, y también nacionales o extranjeros.

Con todo, se ha ensayado una definición para la empresa, la cual constaría de elementos que la hacen reconocible: un organismo determinado y unitario, cierta permanencia, cierta duración (habitualidad), posibilidad de realizar un beneficio, dedicada a una actividad económica en un mercado, con dirección autónoma y contabilidad propia²⁴.

Sin embargo, es necesario recordar que la libertad de empresa supone un derecho para desarrollar actividades económicas, por lo que el emprendimiento implica la sumisión a un estatuto que coloca al emprendedor en una situación diferente a la de un ciudadano, v.g. exigencias de contabilidad, tributación, inscripción en registros, por lo que debe ser relativizada la apertura del sujeto activo del derecho. Lo relevante es que, si se cumplen las condiciones para la realización de una actividad, todos se encuentren en un plano de igualdad y puedan hacerlo.

Además, la persona que ejerce la libertad de empresa puede ser persona natural o jurídica, siendo esta última la modalidad más común. Incluso la familia o la persona individual pueden constituir empresas. Por ejemplo, tratándose de un individuo, véase Ley N° 19.857 de 2003, que autoriza el establecimiento de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, pues permite “a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley” (art. 1º), la cual “es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio

²³ Alvear (2015), pp. 321-372.

²⁴ Precht (1987), p. 131.

cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas” (art. 2°). O en el caso de una familia, la ley autoriza que éstas puedan constituirse como microempresas²⁵. No obstante, hay algunas actividades que sólo pueden ser ejercidas por personas jurídicas y no por personas naturales, en que incluso, se exige un patrimonio previo. Por ejemplo, Bancos (art. 27 del DFL N° 3 de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos), o AFP, que se les exige constituirse como sociedad anónima con un patrimonio determinado (arts. 23 y 24, DL N° 3.500 de 1980, que establece nuevo sistema de pensiones).

En relación a la nacionalidad del sujeto, la Constitución no establece diferencias entre nacionales y extranjeros, por lo que, en principio, es indiferente esta característica para ejercer el derecho y contar con protección. Lo anterior, además, se encuentra relacionado con el artículo 19 N° 22 de la Constitución, que establece “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”. Sin embargo, conviene recordar que existen normas en materia de inversión extranjera que establecen diferencias entre foráneos y nacionales para el ejercicio de este derecho. No obstante, el sistema de inversión extranjera en Chile es abierto, lo que ha permitido la apertura del comercio externo desde la década de los ochenta a esta parte (DL N° 600 de 1974 que regula el estatuto de la inversión extranjera).

En cuanto al objeto de la libertad de empresa, la Constitución señala que la persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad económica, por lo que no sólo se trata de una acción, sino una acción con un fin determinado: la actividad de emprender. Aún más, dentro de la actividad económica caben todos los actos de comercio que se concreten en la producción de bienes y servicios a cambio de una contraprestación pecuniaria, reconociendo la libertad para actuar sin obstáculos en el ámbito económico nacional e internacional, pudiendo iniciar y proseguir la actividad que desee, con autonomía en la forma de dirigirla y administrarla²⁶.

Asimismo, la contraprestación pecuniaria es relevante en la consideración del carácter económico de la actividad, por lo que surge la pregunta

²⁵ Decreto N° 2.385, de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, que fija el texto refundido y sistematizado del Decreto Ley N° 3.063 de 1979 sobre rentas municipales.

²⁶ Aróstica (1998), p. 98. En un sentido similar se pronuncia Fernandois, para quien la posibilidad de generar una retribución por el servicio prestado hace que la actividad devenga en lucrativa, económica y empresarial; Fernandois (1999), p. 198.

acerca del lucro: ¿es el fin de lucro un criterio determinante de la definición de empresa? Cabe recordar que los tribunales chilenos en algún momento sostuvieron que el lucro es esencial para considerar una determinada actividad como económica²⁷. No obstante, una parte de la doctrina rechaza que el ánimo de lucro sea un criterio determinante de la empresa, pues muchas asociaciones, como Fundaciones y Corporaciones, realizan actividades económicas sin ánimo de lucrar²⁸.

2.1.3 Limitaciones a la libertad de empresa

El desarrollo de la libre iniciativa económica no debe ser contrario “a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”. De la lectura se observan los límites, identificados con cláusulas abiertas, además de la referencia al principio de legalidad. Pero, el análisis es más complejo, especialmente en lo que se refiere a la reserva de ley, ya que esta norma debe relacionarse con el artículo 63 de la Constitución.

En el caso de las cláusulas abiertas, no es fácil determinar cuáles son las actividades económicas que, por la sola referencia a la moral, al orden público o a la seguridad nacional podrán ser prohibidas. Existen actividades que podrán ser objeto de iniciativa económica, sin embargo, la limitación a su ejercicio, más que con la moral o el orden público, se relacionan con el carácter de delito que pueden revestir esas conductas.

Ahora bien, se ha dado el caso en que la autoridad administrativa ha prohibido ciertos espectáculos por constituir un atentado contra la moral²⁹. No obstante, lo que debe tenerse en cuenta es la evolución que va

²⁷ Sentencia Corte Suprema de 17 de noviembre de 1997, citado en Fermandois (2006), p. 136. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que “lo prohibido por el art. 19 N° 21 de la Constitución al Estado y sus órganos, es la realización de cualquier actividad de orden empresarial y lo que caracteriza a esta actividad, en esencia, es su finalidad de lucro o ganancia”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 665-99, citado en: Navarro (2005), p. 27.

²⁸ Al parecer la jurisprudencia ha mudado su criterio en torno al lucro: “el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21 es la libertad que se garantiza a todas las personas 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, Rol N° 2717-04, citado en: Navarro (2005), p. 28.

²⁹ En una sentencia, relativa a un conflicto entre el dueño de un local destinado a espectáculos de cabaré y el alcalde de Santiago, lo que se examina es si un alcalde puede

experimentando la sociedad, porque la moralidad es un concepto abierto que va mutando. En todo caso, Cea define el contenido de las excepciones y señala que son “salvedades de carácter absoluto, es decir, valen para todos los agentes económicos y poseen un carácter universal”³⁰.

Tratándose de las limitaciones, aunque no se trata de una de carácter expresa, la libre iniciativa económica puede verse afectada por su relación con el derecho de propiedad. Por de pronto, para emprender una actividad económica, no se podrá contar con los bienes “que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así” (art. 19 N° 23, inc. 1°). Asimismo, tratándose de la propiedad minera, la Constitución señala que “el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles” (art. 19 N° 24, inc. 5°). Si bien, las sustancias minerales no pueden ser objeto de dominio privado, su exploración y explotación puede ser objeto de concesión a privados, concesión que sólo se puede constituir por resolución judicial, debiendo el dueño de la concesión desarrollar la actividad necesaria para justificar el interés público que justifica su otorgamiento (art. 19 N° 24, inc. 6°).

A su turno, Ferandois propone una clasificación de los límites. Distingue entre límites intrínsecos y extrínsecos, siendo de los primeros aquellas consideraciones que no constituyen un atentado a la moral, las buenas costumbres o la seguridad nacional, pero que aparecen limitando el derecho. Se trataría de una especie de maquinación o fraude económico que perjudica otras actividades económicas, pero que no se encuentra penado ni proscrito por la ley. Serán de los segundos, aquellos definidos por la norma, como el

regular las funciones de las salas de espectáculo. Y así se desprende de ciertas normas “que asignan fundamentalmente al alcalde el ejercicio de las facultades y funciones de la Municipalidad, lo señalan como su autoridad máxima y le atribuyen la dirección de la administración de la comuna, la formulación de las políticas y programas municipales... y no puede desentenderse de las materias relacionadas con el arte, la cultura, la recreación, el turismo”. En ese sentido, un decreto del Alcalde, que reglamenta los espectáculos públicos puede disponer que “los artistas desempeñarán sus roles *guardando la debida compostura* y respeto al público. Sus trajes se ajustarán a la naturaleza de las obras que representen, siendo prohibidos *los indecorosos y contrarios a la moral y buenas costumbres*”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2541-82, citado en Bulnes (1985), pp. 159-160. La cursiva es mía.

³⁰ Cea (2004), p. 487. Afirmación bastante atrevida, ya que se trata de conceptos esencialmente indeterminados.

Nº 21 del artículo 19 o el DL Nº 211 de 1973, con las acciones atentatorias a la libre competencia³¹.

En el análisis de los límites intrínsecos (fraudes), el autor se vale de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago para explicarlos. Dice la sentencia que “es contraria a esta libertad (de empresa) y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país”³². Critica Fermandois esta sentencia ya que se funda en un criterio limitativo peligroso por su indefinición y falta de proscripción previa. Si el legislador establece conductas económicas reprochables, y si un agente desarrolla una actividad no reprochada por la ley, y que no atenta contra la moral, el orden público o la seguridad nacional, no se le puede imputar culpabilidad en la salida del mercado de otro agente. Incluso, señala que los acuerdos entre agentes económicos, en la medida que no afecten la libre competencia, pueden tener como consecuencia la salida de otros agentes de la actividad por menor eficiencia económica, por lo que la opinión de la Corte de Apelaciones referida, manifestaría, según el autor, un desconocimiento de la ciencia económica³³.

Sin embargo, la discrepancia de Fermandois sobre los límites intrínsecos, está condicionada por su comprensión acerca del funcionamiento de los mercados y una economía política. En Chile, la normatividad económica está fundada en una cosmovisión impuesta sin discusión ni debate. Se basa en la desregulación del mercado, que ha dado lugar a abusos que la ley, o no ha previsto o ha sido superada por los hechos. De ahí la importancia de los órganos reguladores, no sólo como aplicadores del derecho, sino también como un instrumento de conexión y actualización de la norma frente a la realidad. Como ejemplo, anótense el caso de las farmacias³⁴, el de uso de información privilegiada que afectó a Sebastián Piñera³⁵, el caso pollos³⁶, colusión de supermercados en el mercado del pollo³⁷, el cartel

³¹ Fermandois (2006), p. 129.

³² Ibid., p. 129.

³³ Ibid., pp. 129-130.

³⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol Nº184-08; Corte Suprema, Rol Nº 3344-2009; STC Rol Nº 1416-09.

³⁵ Superintendencia de Valores y Seguros (2007).

³⁶ Corte Suprema, Rol Nº 27.181-2014, que confirma multas por colusión contra Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, y endurece sanción contra el gremio que las reúne.

³⁷ FNE, Requerimiento contra Cencosud y otros, 6 de enero de 2016.

del confort³⁸. Estas conductas, hoy sancionadas y reprochadas, años atrás hubieran sido perfectamente “legales”, pero hoy la apertura interpretativa ha limitado la voracidad de un mercado altamente desregulado.

Tratándose de los límites extrínsecos, junto con las cláusulas abiertas, el más relevante es la defensa de la libre competencia, regulada por el DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, texto que en su artículo 1°, establece que “tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”. En síntesis, es posible reconocer debilidad institucional en ciertos sectores de la economía, puesto que se ha privilegiado un sistema desregulado y abierto. El rol del Estado en la economía ha sido mirado con desconfianza y, normativamente, se le ha “arrinconado” por una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad. Y esto se advierte cuando nos enfrentamos al tema del Estado empresario.

3. EL ESTADO EMPRESARIO Y SUS EVENTUALES FUNDAMENTOS TEÓRICOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE GIRO

Ha sostenido una parte de la doctrina, apoyada en alguna jurisprudencia, que el principio de subsidiariedad y el de especialidad de giro, son los pilares de la actividad empresarial del Estado³⁹.

En el caso del principio de subsidiariedad, sostiene Fernandois que el Estado solo puede actuar o participar de las actividades empresariales, cuando así lo exija este principio. Lo anterior, porque la persona tiene preferencia sobre el Estado para desarrollar actividades económicas por varias razones: filosóficas, de historia fidedigna y de texto constitucional y legal, razones que a su juicio han sido confirmadas por la jurisprudencia⁴⁰. En cuanto al fundamento, su anclaje filosófico se encuentra en la primacía del individuo

³⁸ FNE, requerimiento contra CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A., 27 de octubre de 2015.
³⁹ Bertelsen (1987), p. 123; Fernandois, (2006), p. 226; Soto (1999), pp. 124-125; Soto (1996), pp. 153-154; Guerrero (2001), p. 315; Blümel (2005), pp. 129, 134-135; Navarro (1999), p. 379; Covarrubias (2004), pp. 253-259; Aunque sin mencionarlo expresamente, también sostienen este postulado: Undurraga (1999), p. 197. En cuanto a la jurisprudencia, ésta se ha referido especialmente a la especialidad de giro. Al respecto, Corte de Apelaciones Santiago, Rol N° 2396-91; Corte Suprema, Rol N° 328-99; Corte Suprema, Rol N° 248-00.

⁴⁰ Fernandois (2006), pp. 218-219.

por sobre la sociedad y en el caso de la historia fidedigna (como él llama al trabajo de la CENC), recoge la opinión de comisionados que postulan esta premisa, principalmente Ortúzar y Bertelsen⁴¹. Esta posición en relación a la subsidiariedad ha sido confirmada por la jurisprudencia, tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”)⁴². Por tanto, la corriente tradicional, insiste en la subsidiariedad como principio para interpretar y comprender el sistema económico chileno, del que no escapa la actividad empresarial del Estado. Con todo, desde la tradición conservadora comienzan a surgir voces que critican el reduccionismo con que ha sido construida la comprensión de este principio⁴³

Tratándose de la especialidad de giro, señala Fermandois que es necesario que “la ley de quórum calificado defina específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal”⁴⁴. Y no sólo eso, agrega que esta es una exigencia lógica y tiene un fundamento nítido: “si la actividad empresarial del Estado se mueve en un plano de excepcionalidad, sus alcances deben ser acotados con precisión, y su actuación moverse restrictivamente a lo autorizado, so pena de infracción del principio de subsidiariedad”⁴⁵. En la misma línea, Covarrubias también defiende la idea que de la Constitución se desprende la exigencia de establecer un giro específico para la empresa del Estado y que, en la eventualidad de su desbordamiento se produciría una inconstitucionalidad manifiesta. Covarrubias desarrolla una línea argumentativa de apertura pero finaliza con una tesis de clausura, es decir, bebe de criterios de apertura por cuanto defiende criterios interpretativos amplios y flexibles (teleológicos y dogmático-valorativos) para defender la exigencia constitucional de la especialidad de giro⁴⁶. No obstante, en el momento de las conclusiones su argumentación deviene en un originalismo, por cuanto señala que “las normas constitucionales deben interpretarse ajustándose a la finalidad perseguida con su establecimiento por el constituyente, finalidad que —a su vez— se manifiesta y concreta en la consagración de un conjunto de normas y valores fundamentales, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra el principio de subsidiariedad”⁴⁷.

⁴¹ Ibid., pp. 219-220.

⁴² STC Rol N°134-91.

⁴³ Véase Herrera (2015), pp. 97-99; García y Verdugo (2015), pp. 205-225.

⁴⁴ Fermandois (2006), p. 228.

⁴⁵ Ibid., p. 228.

⁴⁶ Covarrubias (2004), p. 255-256.

⁴⁷ Ibid., p. 257.

Llamo la atención que este apartado tiene un condicional: “eventuales”, puesto que defender ambos principios como fundamentos de la actividad del Estado empresario genera inconvenientes. Los argumentos propuestos por los defensores de esos principios recuerdan la parábola evangélica del constructor sobre roca firme. Efectivamente, cuando una casa cuenta con cimientos firmes, nada podrá removerla porque está bien construida. Por el contrario, si se edifica sobre arena, fácilmente se desmorona porque no cuenta con raíces que permitan afirmarla (Lucas 6: 48-49). Lo anterior, porque los “cimientos” en los cuales descansa el edificio conceptual propuesto por Ferrandois y Covarrubias, no se sostienen sobre una roca firme, por varias razones.

La primera, de carácter formal, es su constante referencia como argumento de *auctoritas* a las opiniones sostenidas por los miembros de la CENC. Se saben los inconvenientes de esta referencia: por un lado, falta de legitimidad y pluralidad, y por otro, el inconveniente de descontextualizar la eficacia de las normas jurídicas por su rigidez y falta de actualización fáctica.

La segunda, no es evidente que el principio de subsidiariedad y el de especialidad de giro encuentren un fundamento en el texto de la Constitución.

En tercer lugar, si aceptáramos que la actividad empresarial del Estado tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad, no puede aceptarse la interpretación que la corriente tradicional hace del principio por parcial, ilegítima e insuficiente.

Esa interpretación funda su análisis en la Doctrina Social de la Iglesia. La exégesis que hacen los autores que defienden el abstencionismo del Estado, interpretan la doctrina de la Iglesia de manera parcial, porque omiten —no sé si deliberadamente o por ignorancia— la referencia al principio de solidaridad presente en los documentos pontificios, principio este último que supone un papel por parte del Estado en la marcha de la economía. Incluso, estudios recientes que pretenden hacer una ‘arqueología’ de este principio para salvarlo de “diagnósticos próximos al socialismo”⁴⁸ vuelven sobre los documentos pontificios y sus precursores (principalmente von Ketteler), pero, a pesar del esfuerzo, no logran explicar la consolidación de una interpretación que supone la erradicación del Estado de las más importantes esferas de la vida social⁴⁹.

⁴⁸ Alvarado y Galaz (2015), p. 33.

⁴⁹ Ibid., pp. 35-51.

El núcleo esencial del principio, para el Magisterio oficial de la Iglesia, consiste en el respeto por parte del Estado a la libertad de iniciativa de los particulares y de las comunidades que surgen al interior de la sociedad, y en que aquél no debe realizar aquellas actividades que las comunidades intermedias son capaces de llevar adelante. Sin embargo, si se detecta la insuficiencia de los grupos intermedios para la satisfacción de una necesidad socialmente relevante, debe ser el Estado quien asuma su ejecución. Y este deber se basa en el propio contenido del principio de subsidiariedad, el cual es modelado por el principio y deber de solidaridad⁵⁰.

Por ello, si bien es evidente que no hay propuesta de un Estado planificador, tampoco se está en presencia de un Estado ausente. Como señala Bidart Campos, “*la presencia rectora del Estado* en el campo de la misma actividad (la económica), sin exagerar su intervención, pero, también, sin sacralizar al mercado y a la competencia, debe coordinar todo cuanto circunstancialmente haga falta, porque es indeclinable su gestión promotora del *bienestar general* y del *desarrollo humano*. Esto no es dirigismo colectivista, ni ‘*laissez faire*’ liberal”⁵¹.

Además, la fuente de la cual bebe la propuesta tradicional es ilegítima. Lo es, ya que los autores al acudir a las opiniones vertidas en el seno de la CENC la revisten de una autoridad que no posee. Esta CENC, carece de representatividad y, además, trabaja en un momento en que el poder constituyente ha sido sustraído al pueblo de Chile y auto-atribuido por la Junta de Gobierno. Por tanto, no cabe remitirse a lo que señalaron los comisionados para dotar de legitimidad a la normativa de la Constitución. Sí se puede acudir a ella para tratar de comprender por qué las normas tienen tal o cuál contenido; así podemos comprender la *ratio* original de la normativa, pero no es tiempo para justificar actualmente una interpretación constitucional.

Pero incluso concediendo que el principio de subsidiariedad encuentra su fundamento en la doctrina de la Iglesia según se desprende de las Actas de la CENC, este argumento originalista, colisiona con las características de un sistema democrático en que la cosmovisión religiosa representada por el catolicismo es una entre muchas otras expresiones religiosas.

Y es insuficiente, porque hay sectores en los que el Estado debe intervenir y en los cuales el sector privado puede colaborar, pero no colonizar. Hay realidades que no podrán ser resueltas satisfactoriamente por la libre inicia-

⁵⁰ Loo (2009), p. 421. Recordemos también el §15, párr. penúltimo de la encíclica *Centesimus Annus*.

⁵¹ Bidart (1999), p. 120. La cursiva es parte del original.

tiva privada, especialmente si estamos hablando del mundo de los pobres ya que hay servicios que el Estado brinda porque corresponde a su función: servicios públicos, entre los que se destaca principalmente la educación, sanidad, transporte, vivienda y la seguridad social.

Por último, no debe desconocerse que la propuesta tradicional, como todos los apartados referidos a la Constitución Económica, tiene en su base un postulado de teoría política que sería conveniente explicitar y que supone un rol abstencionista para el Estado. Dicha propuesta carece de neutralidad teórica.

3.1 Las empresas del Estado en un sistema democrático

Se ha señalado que “el mito de la subsidiariedad pretende que las empresas públicas sólo pueden abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios”⁵². Sin embargo, el rol del Estado empresario debe ser revisado desde la perspectiva de su actualidad-necesidad y su relación con el resto de las empresas en el marco de una economía de mercado.

¿Es necesario un Estado empresario? En otros momentos, el aporte del Estado para el crecimiento y desarrollo del país fue fundamental, por ejemplo, para superar la crisis económica del 29, fomentando un crecimiento *ad intra* y la capacidad exportadora del país. En ese tiempo el rol del Estado ayudó a superar la crisis y dinamizar el proceso económico.

En la actualidad es necesaria la presencia empresarial del Estado en algunas actividades, tanto por su importancia geoestratégica, como por el carácter social que reviste. En este sentido, nada obsta al ejercicio empresarial del Estado el que una determinada actividad también pueda ser ofrecida por los particulares, ya que “las premisas del Estado empresario importan reconocer en el Estado un sistema de potestades orientadas a un fin central de bien común, para los cuales una de las funciones del Estado es la Administración prestadora de servicios de tipo económico, bajo la forma de empresa del Estado”⁵³.

En efecto, está lejos de desaparecer la figura del Estado empresario, por lo que es necesario fundar su actividad en el marco de una sociedad demo-

⁵² Vallejo y Pardow (2008), p. 136.

⁵³ Zúñiga (2001a), p. 361.

crática, liberándolo de las propuestas restrictivas en torno al principio de subsidiariedad y giro específico.

Por de pronto, empresas del Estado y empresas privadas conforme a la misma Constitución, se encuentran en una situación de igualdad en el mercado y, si esto es así, las empresas públicas pueden competir en igualdad de condiciones con las privadas. Esto supone, “evitar los privilegios y potestades exorbitantes, pero también completar el catálogo de actividades incorporadas en sus estatutos con aquellas que aprovechen las ventajas de una *integración vertical* en el ámbito de sus negocios, o rentabilicen las *sinergias y economías de ámbito o de escala* que genere el desarrollo de su giro principal”⁵⁴. Entonces, las limitaciones en la extensión del giro específico de cada empresa estatal dependerán no sólo de la manera en que el legislador ha descrito de manera más o menos amplia el objeto social, sino también del marco que regula la actividad empresarial en que se inserta y la manera en que los competidores se comportan en la esfera de negocios análoga⁵⁵.

Por tanto, se deben desnaturalizar las premisas propuestas por la vertiente tradicional y aceptar (e implementar) que otras propuestas conceden al Estado la posibilidad de convertirse en empresario, cuando así lo exige el bien de la comunidad y son sensibles para el desarrollo humano. Y en cuanto a áreas específicas, el Estado tiene un amplio espacio de actuación en educación, sanidad, seguridad social o sistemas de transportes, porque aun cuando en estas áreas los particulares pueden intervenir, y vaya que sí lo hacen, el Estado no puede desentender esos ámbitos tan determinantes para el desarrollo de los sectores menos aventajados de la sociedad. Landerretche sintetiza el papel que corresponde al Estado en la economía. Si bien no habla específicamente sobre la actividad empresarial del Estado, es útil para interpretar la función que cabe Estado, incluso en su rol de empresario: “existe un campo no despreciable de acciones públicas que hacen posible corregir las fallas del mercado, perfeccionar su funcionamiento, contrarrestar sus efectos redistributivos no deseables y posibilitar la construcción de una sociedad de oportunidades, en la cual todos los ciudadanos tengan la posibilidad de construir una existencia digna”⁵⁶.

⁵⁴ Vallejo y Pardow (2008), p. 150. La cursiva es de los autores.

⁵⁵ Ibid., p. 150.

⁵⁶ Landerretche (2003), p. 206.

4. RELACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el caso de la libertad de expresión, la relación se da por el derecho a fundar y mantener medios de comunicación social, que tienen tanto los particulares como el Estado. Dice la Constitución en su artículo 19 N° 12, que “la Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social” (inc. 2°). “Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley” (inc. 4°). “El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión” (inc. 5°).

Algunos comentarios sobre este punto.

En primer lugar, el inciso 2° del artículo 19 N° 12 contiene una prohibición en relación a monopolios públicos sobre medios de comunicación social. Bien señala Silva Bascuñán que esta prohibición para el Estado es una garantía para los ciudadanos, ya que de nada serviría asegurar a todas las personas la libertad de opinión, la de informar y el derecho de acceder a la información, si el legislador estuviera facultado para entregar únicamente al Estado la explotación de los medios de comunicación. En efecto, si el Estado es el único y exclusivo explotador de los medios de comunicación social, éstos pueden transformarse en un instrumento suyo para manipular la información y hacer propaganda, lo cual obstaculizaría que se formara adecuadamente la opinión pública dentro de un verdadero sistema democrático⁵⁷.

En segundo lugar, el inciso 4° establece el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señale la ley. Es decir, el Estado y los particulares, cuentan con ese derecho además de establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Esto significa que, junto al derecho a informar y ejercer la libertad de expresión sin censura, nada obsta que los medios de comunicación, principalmente los particulares, se constituyan como empresa y desarrollen una actividad económica legítima, sin perjuicio de cumplir los requisitos que establece el artículo 9 de la Ley N° 19.733 de 2001, sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo (Ley de Prensa).

⁵⁷ Silva (2008), p. 346.

Por último, tratándose de la relación entre los derechos, resulta obligatorio analizar la sentencia del TC a propósito de la llamada “Ley de Prensa”.

Esta sentencia viene a limitar el campo de acción del Estado en varios aspectos. Por de pronto, declara inconstitucional la norma del proyecto de ley sobre pluralismo en el sistema informativo (el art. 9 disponía la obligación del Estado de asegurar “la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión”) ya que “desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio que la Constitución reconoce, ampara y garantiza”⁵⁸.

Pero, además, la sentencia desestima la legitimidad constitucional del proyecto de ley en lo relativo a la propiedad y control de los medios, pues declara inconstitucional la normativa referida a porcentajes máximos de propiedad y control de medios por infringir, entre otras disposiciones, el N° 21 del artículo 19. Dice el TC que “en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica conviene señalar que este derecho fundamental 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. 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... En efecto, al disponer el proyecto que ciertos hechos que describe el inciso segundo del artículo 43 son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el art. 1 inc. 1 del DL 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, vulnera el derecho de emprender, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la

⁵⁸ STC Rol N° 226-95, cons. 31°.

actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé”⁵⁹.

Esto no deja de ser preocupante, porque la libertad de expresión no tiene relación sólo con la censura, sino con la posibilidad real y efectiva de manifestar un legítimo pluralismo político. Desde el momento en que se concentra la propiedad de los medios en unos pocos grupos económicos, el peligro de interpretar los hechos desde una sola perspectiva está latente y, en Chile, esto es realidad, porque son dos los principales grupos económicos que controlan los principales medios de comunicación escrita.

5. MECANISMOS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Un primer mecanismo de protección jurisdiccional de la libertad de empresa lo encontramos en el control de constitucionalidad de las leyes efectuado por el TC (art. 93 N° 1, 3 y 4). Para este caso es necesario distinguir la fuente legal que se está controlando, porque es diferente si se trata de una LOC, de un proyecto de ley en trámite o un DFL.

Un segundo mecanismo, también ante el TC, es el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal que se aplique en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial (art. 93 N° 6). En este caso se trata de leyes vigentes que pueden entrar en colisión con la libertad de empresa. Sin embargo, el pronunciamiento del TC sólo es válido respecto del caso concreto, sin perjuicio del valor de precedente que genera una declaración de inaplicabilidad.

El tercer mecanismo ante el TC es el requerimiento por inconstitucionalidad, en el cual se examina la constitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable, el cual, para ser declarado inconstitucional debe ser aprobado por la mayoría de cuatro quintos de sus integrantes (art. 93 N° 7).

Un cuarto mecanismo de control, y en el específico ámbito de la libre competencia, es el que corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”). A este órgano le corresponde la misión de promover y proteger la libre competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo o prohibiendo cualquier hecho o acto que la impida, restrinja

⁵⁹ STC Rol N° 226-95, cons. 41°-45°.

o entorpezca o que tienda a producir esos efectos y sancionando a quienes atenten contra ella (DFL N°1 de 2005, arts. 1°-4°). Para lograr ese cometido, el TDLC cuenta con diversas atribuciones y puede adoptar medidas y/o sanciones frente a los atentados que afecten la competitividad en los diversos mercados (arts. 18 y 26).

Y por supuesto, también se cuenta con la acción de protección del artículo 20 de la Constitución.

5.1 El Recurso de Amparo Económico

El origen del Recurso de Amparo Económico (en adelante, “RAE”) se encuentra en un proyecto de ley de septiembre de 1989, por medio del cual se pretendía regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos. Con la finalidad de defender la institucionalidad económica presente en la Constitución y el principio de subsidiariedad en materia económica, el proyecto contemplaba una serie de normas, especialmente en cuanto al rol que cabe al Estado en la economía, pero en lo que nos ocupa, “establece un recurso jurisdiccional para hacer efectiva la garantía constitucional de la libertad económica”⁶⁰.

La Junta de Gobierno acordó el desglose del proyecto y sólo terminaron transformándose en ley los artículos 5° y 6° del proyecto. El primero establecía la obligación del Estado de enajenar los derechos que adquiriera o reciba a cualquier título, en ciertas sociedades y en determinadas condiciones; el segundo, establecía el RAE⁶¹.

El origen del RAE establece una acción jurisdiccional de defensa de la libertad de empresa y del principio de subsidiariedad —entendido éste desde su vertiente restrictiva y negativa— frente a las eventuales actividades desmedidas por parte del Estado empresario. Es decir, se trata de un mecanismo dirigido a proteger y prevenir las conductas que atenten contra el inciso 2° del artículo 19 N° 21, que establece el marco del Estado empresario. Es importante anotar esto, ya que la jurisprudencia ha sido vacilante en relación a este punto toda vez que en un primer momento lo entendió así, pero

⁶⁰ Varas (1991), p. 47.

⁶¹ Zúñiga (2001b), p. 263. En cuanto al artículo 5 del proyecto, Ley N° 18.965 de 1990, que impone al Estado, sus organismos o sociedades en que tengan participación, la obligación de enajenar los derechos que adquieran o reciban a cualquier título, en sociedades cuyo objeto social esté fuera de la autorización para desarrollar actividades empresariales concedida al Estado.

luego en una segunda etapa, señaló que el RAE estaba dirigido a proteger ambos incisos del artículo 19 N° 21. Finalmente, en una tercera etapa se vuelve a la interpretación original que reserva esta acción para los excesos del Estado empresario que atentan contra la libre iniciativa económica de los particulares. En la actualidad, parece que volvemos al segundo momento, es decir, protección de ambos incisos⁶².

En un primer momento, las Cortes han entendido que esta acción sólo comprende el inciso 2° del artículo 21, es decir, es un mecanismo de cautela ante los desbordes del Estado empresario. Esta primera etapa ha recibido el nombre de “tesis histórica”, por cuanto tiene como fundamento el origen histórico de la norma legal que primitivamente contemplaba la acción⁶³, o “etapa inicial de interpretación restringida”, por cuanto el RAE sólo se limita al inciso 2° del artículo 19 de la Constitución⁶⁴. Durante los primeros cinco años de vigencia del RAE, fue la interpretación que postularon los Tribunales⁶⁵.

La segunda etapa se caracteriza por un giro jurisprudencial, por cuanto sostiene que el RAE protege ambos incisos del artículo 19 N° 21: es la llamada “tesis literalista”⁶⁶ o “etapa intermedia de interpretación amplia”⁶⁷. Esta es la tendencia que siguió la jurisprudencia hasta 2009⁶⁸.

La tercera etapa, fue inaugurada en el caso “González Illanes con Municipalidad de Santiago”⁶⁹. En esta sentencia, la Corte Suprema señala que, si bien el artículo único de la Ley N° 18.971 de 1990, que establece el Recurso de Amparo Económico, “denota claridad en su tenor literal, no ocurre lo mismo con su sentido, que resulta ambiguo en cuanto a la finalidad que tuvo en vista el legislador”⁷⁰, por lo que para dar una interpretación correcta es necesario acudir a otros principios de interpretación más allá del elemento gramatical, como son el lógico, histórico y el sistemático⁷¹.

⁶² Sobre el regreso a la segunda etapa de interpretación en la aplicación del RAE, véase Corte Suprema, Rol N°2.462-2012, cons. 4° y 5°; Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°300-2017.

⁶³ Navarro (2007), p. 104.

⁶⁴ Hernández (2010), pp. 444-445.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°738-1992, cons. 9°.

⁶⁶ Navarro (2007), p. 105.

⁶⁷ Hernández (2010), p. 445.

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3899-1994, cons. 5°; Corte Suprema, Rol N°835-2000, cons. 3°; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°558-2000, cons. 9°.

⁶⁹ Corte Suprema, Rol N°501-2009.

⁷⁰ Corte Suprema, Rol N°501-2009, cons. 5°.

⁷¹ Corte Suprema, Rol N°501-2009, cons. 6°.

Dice la sentencia que, desde la perspectiva histórica, “el legislador instituyó un mecanismo de tutela jurisdiccional destinado a amparar a los particulares en su derecho a la libertad económica cuando ella resulte afectada por la actividad del Estado llevada a efecto con infracción a las regulaciones que sobre la materia se establecen en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política”⁷².

Las críticas a esta jurisprudencia apuntan a que el tenor de la ley es claro, que no es evidente que la intención del legislador haya sido proteger sólo el inciso 2° del N° 21. Pero, además, la Corte está vulnerando los criterios de interpretación constitucional que se fundan en los derechos fundamentales, principalmente el principio *pro homine*⁷³.

En el análisis que sigue, presentaré las principales objeciones a esta jurisprudencia y luego me haré cargo de ellas.

En cuanto al argumento de la literalidad, Hernández afirma que la disposición que establece el RAE no distingue “entre los dos párrafos que comprende el precepto constitucional. Luego, *ubilex non distinguit nec non distinguere debemus*”⁷⁴. Por su parte, Nogueira señala que “no es correcto por los operadores jurisdiccionales recurrir a la intención del legislador cuando la norma legal en su tenor gramatical es claro”⁷⁵.

En relación al argumento de que la intención original del legislador era proteger mediante el RAE solo la actividad del Estado empresario, en opinión de Hernández, la ley no aporta indicios inequívocos en torno a esa intención⁷⁶.

Con todo, el argumento de mayor peso que sostienen los autores es aquél que afirma que esta nueva propuesta hermenéutica constituye una regresión desde la perspectiva del respeto y promoción de los derechos fundamentales. Para defender esta opinión, recurren al principio *favor persona* o *pro homine*⁷⁷ y a la normativa internacional en materia de derechos humanos.

No comparto la crítica sostenida por ambos autores.

En cuanto al criterio literal, si bien no hay distinción de incisos en la protección del artículo 19 N° 21, ello no significa que el tenor de la ley

⁷² Corte Suprema, Rol N°501-2009, cons. 10°.

⁷³ Hernández (2010), pp. 447-456; Nogueira (2010), pp. 7-27.

⁷⁴ Hernández (2010), p. 448.

⁷⁵ Nogueira (2010), p. 16.

⁷⁶ Hernández (2010), p. 448.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 455-456; Nogueira (2010), pp. 15-16.

es claro. En relación a la claridad de la ley, si sólo aplicáramos el criterio gramatical, el RAE se tornaría en un recurso ambiguo desde la perspectiva de la finalidad perseguida por el legislador, por lo que es necesario acudir a otros principios de interpretación más allá de la letra de la ley, como son el lógico-histórico y el sistemático. Al mismo tiempo, si bien las reglas de interpretación del Código Civil pueden ser útiles, son insuficientes cuando se trata de materias relacionadas con los derechos fundamentales.

En cuanto al argumento de que la historia de la ley no es clara, Hernández omite los principales documentos que dan cuenta de ese propósito. Baste revisar el Mensaje de la Ley, el Informe Técnico de los ministros del Interior, Economía y Hacienda y el Informe N° 6583/110/17 de la Primera Comisión Legislativa para concluir que el RAE quiere proteger a las personas ante los excesos del Estado en su actuación como empresario⁷⁸.

La apelación al sistema de derechos fundamentales y los criterios interpretativos que a ellos corresponde constituyen el argumento de mayor calado.

Sin embargo, la tesis que defienden Hernández y Nogueira tiene un problema, a saber, que critican la nueva jurisprudencia desde una perspectiva de clausura operativa del sistema de derechos fundamentales (sistema cerrado), mientras que lo que caracteriza a los derechos es su relación dialéctica y la apertura cognitiva (sistema abierto). Razonan como si el RAE fuera un silogismo: la libertad de empresa es un derecho fundamental; el RAE protege el artículo 19 N° 21; *ergo*, solo puede referirse a ambos incisos, porque se trata de un derecho fundamental, interpretación que más se aviene al principio *pro homine*. No obstante, este razonamiento no permite observar la tensión con otros derechos y el hecho de que la libertad de empresa sí se encuentra debidamente protegida.

Hasta antes de la mutación de criterio de la Corte Suprema, la jurisprudencia hizo del RAE una 'súper protección', lo que es reflejo de una lectura del modelo económico social que se ha impuesto en Chile. Al parecer, para esa corriente interpretativa, no eran suficientes las herramientas que existen para proteger la libre empresa, sino que es necesario reforzarla y nada mejor que ampliar la original intención del legislador. Y eso llevó a una sobreprotección de la libertad de empresa, lo que no se coherente con un sistema democrático que pone el acento en la estructura social del sistema político.

⁷⁸ Varas (1991), pp. 47-56.

Por eso comparto esta interpretación de la Corte Suprema en torno al RAE, porque reconoce implícitamente la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales para proteger la libertad de empresa, y excluye de su ámbito de aplicación, hacia el futuro, las acciones que se funden en hipótesis de atentados contra la libre competencia o competencia desleal, sea por parte de particulares o por empresas públicas, ya que corresponderá a otros Tribunales resolver esos asuntos.

6. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN

La libertad de empresa, a diferencia de constituciones anteriores, cuenta con un expreso reconocimiento en la Constitución de 1980. Del análisis del derecho, se advierten algunas dificultades asociadas principalmente a su interpretación e implementación.

En primer lugar, en Chile existe escasa literatura sustantiva sobre la libre iniciativa económica. Abundan trabajos descriptivos y, cuando nos topamos con reflexiones analíticas, éstas se enfrentan al tópico desde una perspectiva de defensa de una estructura económico-social y una manera de comprender el sistema social asociado a los postulados ‘anarco-liberales’ y monetaristas, además de una concepción antropológica rígidamente individualista.

En segundo lugar, se observa en parte de la literatura constitucional una tendencia a la utilización instrumental del derecho, puesto que, mediante una aparente sustantividad jurídica, lo que se esconde es el intento de imponer una cosmovisión ideológica. No es problemático defender un paradigma político, incluso que se refleje en la reflexión jurídica. Lo que no se puede aceptar es que esa visión se entienda la única posible, como si fuera un dogma, y escape a categorías de tiempo y espacio.

En tercer lugar, se advierte una simplicidad en la interpretación que hacen del principio de subsidiariedad, limitando su comprensión a la propuesta negativa. Fundan su propuesta en una lectura parcial de la Doctrina del Magisterio de la Iglesia Católica y en las opiniones de los integrantes de la Comisión de Estudios, con los problemas de legitimidad que supone recurrir a esta fuente, pero especialmente porque el entendimiento del principio es más complejo que la simple propuesta de un Estado abstencionista en el ámbito económico.

En cuarto lugar, el artículo 19 N° 21 de la Constitución es una disposición compleja en su estructura, pues no sólo protege la libertad de empresa,

sino que también establece el rol que cabe al Estado en cuanto actúa como empresario. Una adecuada interpretación del inciso segundo sólo la podemos realizar si lo entendemos en directa relación con el inciso primero, por cuanto la libre iniciativa económica de los particulares puede verse perjudicada por una actuación empresarial desmedida de parte del Estado. Por ello, establecer el inciso 2° del artículo 19 N° 21, supone una regulación excesiva para formar parte de una Constitución, que es más bien reflejo de una sobre-reacción normativa frente a los antecedentes históricos inmediatos. Sin embargo, la libertad de empresa puede quedar igualmente protegida de los excesos del Estado empresario sin necesidad de contar con el inciso segundo, por cuanto las limitaciones a la actuación estatal pueden quedar perfectamente atribuidas a la ley. Más bien, el propósito de una norma de esta naturaleza es la ‘seguridad’ de que el Estado esté constreñido en su actuar como agente económico.

En quinto lugar, el devenir del RAE ha sido a tientas, y en casi treinta años de vida ha experimentado importantes criterios de interpretación en relación a su contenido. No sería aventurado afirmar que en ocasiones ha sido una herramienta que instrumentaliza en sede judicial la cosmovisión liberal presente en la Constitución.

Finalmente, en Chile el derecho de propiedad y la libertad de empresa son el *sancta sanctorum* de los derechos fundamentales. Sin embargo, comienzan a surgir propuestas que critican la opción político-social original de la Carta, en que a partir de la misma Constitución se propone una lectura de los derechos desde una perspectiva social, con criterios de apertura propios del desarrollo que tuvo lugar en Europa tras el término de la II Guerra Mundial.

Bibliografía citada

- ALVEAR, Julio, 2015: “Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 13, N° 1.
- ALVARADO, Claudio y Eduardo GALAZ, 2015: “Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes”, *Subsidiariedad*, Santiago, Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad (IES).
- ARÓSTICA, Iván, 1998: “Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial”, en *Revista de Derecho* Universidad Finis Terrae, N° 2.
- BERTELSEN, Raúl, 1987: “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14, N° 1.
- BIDART, Germán, 1999: *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar S.A.
- BLÜMEL, José Ignacio, 2015, “El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 4.
- BULNES, Luz, 1985: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 37-38.
- CEA, José Luis, 2004: *Derecho Constitucional chileno*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- COVARRUBIAS, Ignacio, 2004: “Subsidiariedad y Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 66.
- FAVOREAU, Louis, *et al.*, 2007: *Droit Constitutionnel*, 10ª Edición, Paris, Dalloz.
- FERMANDOIS, Arturo, 1999: “Municipalidades, Corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 26, N° 1.
- _____ (2006): *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Tomo I, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile
- GARCÍA, José Francisco y Sergio VERDUGO, 2015: “Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional”, en *Subsidiariedad*, Santiago de Chile, IES.
- GUERRERO, José Luis, 1991: *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980*, Valparaíso, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- GUERRERO DEL RÍO, Roberto, 2001: “Orden Público Económico”, en NAVARRO, Enrique, *20 años de la Constitución chilena*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- HERNÁNDEZ, Domingo, 2010: “El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista” en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1.
- HERRERA, Hugo, 2015: “Notas preliminares para una lectura no dogmática del principio de subsidiariedad”, en *Subsidiariedad*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad (IES).
- JELLINEK, Georg, 2000: *Teoría General del Estado*, Granada, Editorial Comares.
- LANDERRETICHE, Óscar, 2003: “Notas sobre el rol del Estado en la Economía”, en *La Revista de Derecho*, N° 4.
- LOO, Martín, 2009: “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Vol. XXXIII.

- MEMO DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Santiago, 16 de agosto de 1978. Disponible en internet: http://www.fundacionpinochet.cl/1024_768.html
- NAVARRO, Enrique, 1999: “Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad”, en *Actas XXX Jornadas chilenas de Derecho Público*, Tomo I, Valparaíso: Universidad de Valparaíso.
- _____ (2000): “El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público*, N° 62.
- _____ (2005): “El Recurso de amparo económico”, en *Revista de Derecho*, N° 9.
- _____ (2007): “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2.
- NIÑO, Eduardo, 2006: *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, Santiago, Lexis Nexis.
- NOGUEIRA, Humberto, 2010: “Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico” en *Gaceta Jurídica*, N° 360.
- PRECHT, Jorge, 1987: “El Estado empresario. Análisis de la legislación complementaria constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14, N° 1.
- REPÚBLICA DE CHILE, 1973: *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 18ª, Santiago, 22 de noviembre.
- _____ (1978a): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 384ª, Santiago, 14 de junio.
- _____ (1978b): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 388ª, Santiago, 27 de junio.
- _____ (1978c): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 389ª, Santiago, 27 de junio.
- _____ (1978d): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 393ª, Santiago, 4 de julio.
- _____ (1978e): *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión 403ª, Santiago, 18 de julio.
- RUBIO, Francisco, 2000: “Principios Constitucionales del Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público*, N° 62.
- RUIZ-TAGLE, Pablo, 2000: “Principios Constitucionales del Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público*, N° 62.
- SILVA BASCUÑÁN, Antonio, 2008: *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Tomo XII, Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica.
- _____ (1999): “La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)”, en *Ius Publicum*, N° 2.
- UNDURRAGA, SERGIO, 1999: “Empresas estatales en la economía”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 14, N° 1.
- VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego, 2008: “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 35, N° 1.
- VARAS, Paulino, 1991: “Amparo Económico”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49.

ZÚÑIGA, Francisco, 2001a: “Constitución Económica y Estado empresario”, en *Revista de Derecho Público*, N° 63.

_____ (2001b): “El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial”, en *La Revista de Derecho*, N° 2.