

PROTECCION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD ECONOMICA NOTAS Y REFLEXIONES

GUSTAVO CUEVAS FARREN
Decano de la Facultad de Derecho y C s. Sociales
De la Universidad Mayor de Chile.

Sumario.- I Un nuevo marco constitucional para la protección de la libertad económica. II Antecedentes. III Valores constitucionales que son fundamento de la libertad económica. IV Derecho a la libertad económica: su naturaleza jurídica. V La Vía Jurisprudencial para el Fortalecimiento de la Libertad Económica.

I Un nuevo marco constitucional para la protección de la libertad económica.

A diferencia de todos los documentos constitucionales que la precedieron, la Carta de 1980 ha incluido garantías específicas para asegurar a todas las personas la plena vigencia del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, así como el derecho a exigir del Estado un trato en esta materia que no sea discriminatorio o arbitrario. Se consagra lo anterior en el artículo 19 N^{os} 21 y 22, sin perjuicio de la existencia de diversas otras disposiciones que en forma directa fortalecen la libertad económica, tal el artículo 19 N° 23 sobre la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, o aquellas otras que contribuyen a la vigencia de la libertad económica en términos más indirectos, como el mismo artículo 19 en sus números 24 sobre derecho de propiedad, N° 15 sobre libertad de asociación, o N° 16 sobre libertad de trabajo, sin olvidar tampoco que el contenido general del artículo 19 en lo relativo a los numerosos derechos básicos que reconoce y garantiza, configura un sistema inequívocamente protector de las libertades de las personas y las de los cuerpos intermedios de la sociedad.

Todas estas normas forman parte, además, de lo que se ha denominado como “orden público económico” aun cuando nosotros preferimos identificarlas con la

denominación de “Estatuto Constitucional de la Libertad Económica” por ser la vigencia plena de esta libertad el fin último buscado por el constituyente.¹

En cualquier caso, es evidente que el régimen constitucional surgido de la Carta de 1980 ha dado origen a todo un sistema institucional protector de la libertad económica, coherente y completo en cuanto a los valores y normas que lo conforman, y por medio del cual también se pretende impedir un retorno a la situación económica que el país vivió en el período 1930 – 1973, caracterizada por un fuerte intervencionismo estatal, una débil vigencia del derecho de propiedad y un explicable bajo nivel de crecimiento económico.

En buenas cuentas, nuestro desarrollo económico en el presente, basado en la libertad de empresa y de mercado, es una promisorio realidad que en gran medida es también tributaria o dependiente del régimen institucional superior que reconoce y fortalece los derechos que hacen posible la existencia de una economía social de mercado. El estudio de este régimen protector, así como de los antecedentes que lo explican y legitiman, será el contenido de los demás capítulos de este trabajo.

II Antecedentes.

1. En el período 1930 – 1973, desde una perspectiva jurídica y económica, Chile experimentó un permanente deterioro y debilitamiento del derecho de propiedad, por efecto de decisiones legislativas e incluso constitucionales que fueron paulatinamente despojando a sus titulares, en forma directa o encubierta, de los atributos o facultades que singularizan este derecho básico (uso, goce y disposición).

Tal despojo, con negativas consecuencias en la libertad económica, se generó por la aprobación de frecuentes y desmedidas regulaciones y cortapisas legales para el ejercicio libre de este derecho, o por la introducción, incluso con rango constitucional, de formulas expropiatorias abiertamente confiscatorias. Y todo esto se consumó a pesar de que en la Constitución de 1925, texto original, se garantizaba “la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna”, esto porque aquella Carta Fundamental fue incapaz de rechazar la marea de presiones ideológicas de corte socialista acompañadas de políticas redistributivas marcadamente populistas.²

¹ Se han propuesto otras denominaciones: así, para el profesor José Luis Cea E. se trata de una verdadera “Constitución Económica”, y el profesor Arturo Fermandois V. utiliza la cercana expresión “Derecho Constitucional Económico”.

² Para evitar estos innegables excesos legislativos, un verdadero “abuso del derecho” por parte del Legislador, la Carta de 1980 le impone ahora las obligaciones inexcusables de respetar la “esencia” de los derechos (Art. 19 N° 26) y lo somete también a un riguroso control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional.

Como recordábamos en nuestro libro "Lecciones de Derecho Constitucional Chileno", ediciones Universidad Mayor, 2003, páginas 260 y 261, *"contrariando el texto y más frecuentemente el espíritu de la garantía constitucional antes resumida, una frondosa legislación dictada por los diversos gobiernos que se sucedieron hasta el término del período, impuso diferentes limitaciones, regulaciones y controles al ejercicio de este derecho, que en la práctica determinaron la obsolescencia de la noción de dominio vigente durante el siglo XIX y cuya substancia la Carta de 1925 había recogido.*

Así por ejemplo, hicieron su aparición distintas formas "limitadas" de propiedad, como fue el caso de la denominada propiedad austral (1930) en la cual el propietario quedaba sujeto a una serie de obligaciones que le impedían disponer a su arbitrio del terreno correspondiente. En igual sentido, la Ley General sobre Construcciones y Urbanización, y su respectiva Ordenanza, aprobadas el año 1931 y de creciente aplicación en todo el período, configuró un cúmulo agobiante de limitaciones a la propiedad urbana, cuando no de directas privaciones del dominio.

Asimismo, las rígidas y extendidas normas de control sobre el comercio y la industria, así como la permanente fijación de precios y tarifas a bienes y servicios, fue una constante jurídica y política que durante estos años hizo un muy significativo aporte al debilitamiento del derecho de propiedad.

Con todo, el mejor ejemplo de este espíritu intervencionista y reglamentario que terminó por destruir el derecho de propiedad en este país, lo constituyó el "Comisariato General de Subsistencias y Precios" creado durante la denominada "República Socialista" por el Decreto Ley 520 de 31 de agosto de 1932, y cuyas normas fueron utilizadas hasta comienzos de la década del setenta.

Al repasar sus atribuciones, queda de manifiesto lo dicho anteriormente: este organismo asumía potentes facultades en materia de producción, importación, exportación, distribución y transporte de los señalados como artículos de primera necesidad (en la práctica, la mayor parte de la producción nacional); se le facultaba, además, para "requisar" mercaderías en casos de acaparamientos o negación de venta, situaciones hipotéticas que calificaba, soberanamente, el propio Comisariato; podía prohibir la exportación de determinados artículos y, cual corolario lógico de este cúmulo de facultades interventoras, tenía la atribución de poder decretar "la clausura de los establecimientos comerciales o industriales" que desobedecieran "las ordenes de los Comisariatos" (artículos 22 y 23)."

No es exagerado afirmar, entonces, que lo recién descrito significaba conceder a la autoridad administrativa potestades suficientes para despojar a los

propietarios afectados de las principales facultades sobre sus bienes, lo que incluso podía conducir al extremo de privarlos de ellos.

Con todo, el más grave atentado a la garantía de la propiedad provino de las dos reformas constitucionales, de 1963 y 1967 respectivamente, acordadas con el fin de hacer posible la redistribución forzada de la tierra agrícola en Chile, proceso éste conocido como "reforma agraria". En nuestro libro arriba indicado, páginas 262 y 263, hicimos una reseña del contenido y alcance, en lo relativo al derecho de dominio, de la primera de tales reformas, pero es incuestionable que la de 1967 consumó un verdadero despojo a los propietarios agrícolas. Remitámonos nuevamente a lo dicho en este libro, páginas 264 y 265: *"En efecto, el 20 de enero de 1967 se publicó la reforma constitucional que, esta vez, sustituyó íntegramente el N° 10 del artículo 10° de la Carta de 1925 consagrando no tan solo una nueva noción en cuanto al carácter y alcance del derecho de dominio, sino que incorporando además una fórmula expropiatoria para los predios rústicos que virtualmente convertía en ilusorio el derecho del propietario a recibir una justa indemnización.*

De esta forma, aunque el texto constitucional modificado continuaba asegurando "el derecho de propiedad en sus diversas especies", expresaba a continuación que la ley establecería "las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos", frase esta última que agregaba una nueva e imprecisa causal de limitación distinta a la propia función social (como veremos, la nueva ley de reforma agraria se encargaría de concretar en sendas limitaciones a la propiedad esta preocupación del Constituyente por "hacerla accesible a todos"). Asimismo, la norma constitucional le otorgaba una peligrosa extensión o alcance a la referida función social al disponer que ésta comprendía "cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". A renglón seguido, también el texto encargaba al legislador propender " a la conveniente distribución de la propiedad". (artículo 10 N° 10, incisos 2° y 3°).

Tratándose de la expropiación, la reforma reconocía el derecho del expropiado a ser indemnizado confiando a la ley el determinar las normas para fijar esta indemnización, pero exceptuaba del sistema general la expropiación de predios rústicos sometida, específicamente, a los siguientes principios en cuanto a la materia en referencia: "la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años todo ello en la forma y condiciones que la ley determine" (artículo 10 N° 10, incisos 4° y 5°).

Huelga decir que siendo el valor del mencionado avalúo substancialmente inferior al precio comercial del predio, y encontrándose el país sumido en una crónica y severa inflación que inevitablemente desvalorizaría el respectivo saldo adeudado, en el hecho los propietarios agrícolas expropiados según la draconiana legislación (que veremos enseguida) no fueron verdaderamente indemnizados, y ello ciertamente destruyó la protección constitucional que formalmente aun se consagraba.

Los propósitos constitucionales de llevar a cabo una efectiva Reforma Agraria, se hicieron posible con la promulgación el 28 de julio de 1967 de la Ley 16.640 que, en lo fundamental, consagraba como método principal para materializar dicha reforma, el instrumento de la expropiación. Pero esta vez, y a diferencia de la legislación dictada durante el gobierno de Jorge Alessandri R., comentada anteriormente, se determinó que el "exceso de superficie" sería considerado como la primera causal de expropiación.

En todo caso, la ley en comentario agregaba un listado impresionante de causales de expropiación, lo que significaba que prácticamente la totalidad de la tierra agrícola era susceptible de ser expropiada".

Lo más grave era la forma de pago de la indemnización: se pagaría, según la ley de reforma agraria, con una parte al contado y el saldo con los denominados "bonos de la reforma agraria", que podían ser amortizados hasta en treinta años y sin reajuste para la mayor parte del saldo de la suma adeudada. Es obvio que las altas tasas de inflación vigentes en la época virtualmente privaron a la indemnización de todo carácter compensatorio.

Cabe recordar, también, que en paralelo con la desprotección y debilitamiento de la propiedad privada, se consumó una verdadera expansión de la propiedad estatal, producto del creciente intervencionismo estatal, lo que inevitablemente condujo a la pérdida de valor y de vigencia de una auténtica libertad económica.

2. Los tres últimos años del período que estamos analizando fueron testigos de un avance incontenible hacia lo total estatización de la economía nacional, y de un correlativo grave debilitamiento del derecho de propiedad privada, cercano al límite de su desaparición. Lo más insólito se desprende de lo afirmado por el todopoderoso ministro del gobierno del Presidente Allende, Pedro Vuskovic, quien confesaría abiertamente que *"la política económica no es un problema de carácter técnico, sino un problema esencialmente político: el de la transformación revolucionaria del país. Y por lo tanto, lo que se plantea en la*

*política económica es un problema de poder, es un problema de correlación de fuerzas al que tiene que subordinarse la política económica”.*³

Es decir, y esto es sin lugar a duda un hecho central en la crisis institucional que finalmente condujo al desmoronamiento del régimen constitucional, que la desastrosa estrategia económica que aquel gobierno privilegió no fue escogida pensando en sus presuntas ventajas comparativas por sobre el modelo de libre mercado, sino que se la escogió por razones puramente políticas e ideológicas.

Fue inevitable, por tanto, que en este trienio se consolidara un extendido y gravitante sector económico controlado férreamente por el Estado, identificado con la denominación de “Area Social”. Poco antes de la intervención militar, las actividades productivas que el Estado había asumido llegaron a representar la cantidad de 5.000 millones de dólares, suma que en moneda y en los precios del año 1973 equivalía a la producción de cobre de siete años valorizada a precio promedio del metal para los últimos dos años.⁴ No es necesario recordar que la productividad en las empresas de este sector era muy deficiente, y que aquellas acumulaban deudas que finalmente debía soportar el erario fiscal, es decir, el contribuyente, nuevo factor que agudizaba la crisis económica.

En el campo agrícola también se consumó un masivo traspaso al Estado de la propiedad agrícola privada. Así, en el año 1971 se expropiaron 1.374 predios con una superficie total de 2.026.721 hectáreas; al año siguiente se incorporaron al dominio del Estado 2.192 predios agrícolas, suma que en septiembre de 1973 alcanzaba a 5.803 predios, en lo que únicamente se trabajaba el 19,1 por ciento de la superficie aprovechable.⁵

Cabe tener presente, en cuanto a la realidad del agro, que nunca se otorgaron títulos privados de dominio a los campesinos destinatarios de la reforma agraria, porque el gobierno, en su lugar, creó los llamados “Centros de Reforma Agraria” bajo el control y gestión directa del Estado sobre los predios expropiados, por lo que no debe sorprender que en 1973 se constatará una disminución de la producción agrícola de un 22 por ciento con respecto a la del año anterior.^{6 7}

³ Declaraciones de Vuskovic tomadas del libro editado en México por la editorial Siglo XXI, 1971 “Transición al socialismo y experiencia chilena”, y recogidas en nuestro libro “Pinochet: Balance de una misión” – Empresa Editorial Arqueon Ltda.. - 1998 pp31.

⁴ Datos extraídos del estudio de la Escuela de Negocios de Valparaíso, Fundación Adolfo Ibáñez, titulado “La economía de Chile durante el gobierno de la Unidad Popular (La vía chilena al marxismo) 1974”

⁵ Datos tomados del estudio de la Escuela de Negocios de Valparaíso, antes citado.

⁶ Idem

⁷ También en el período se estatizó la banca privada, asumiendo el Estado el pleno control del crédito. Estas y otras estatizaciones, francamente se realizaron burlando la legalidad vigente o abusando de ella (resquicios legales).

Por último, a todo lo anterior debe añadirse la agudización de un proceso inflacionario, resultado inevitable de un uso irresponsable de la política monetaria, expresado en tasas mensuales de inflación nunca antes conocidas en Chile, lo que explicablemente frenó el desarrollo económico y aceleró la desvalorización patrimonial de personas y de empresas.

En lo jurídico, este verdadero ocaso del derecho de propiedad privada quedó consagrado por la reforma constitucional de la Ley 17.450 de 16 de Julio de 1971, que dispuso que el Legislador estaba facultado para ordenar, mediante ley, la “nacionalización” de recursos naturales, bienes de producción u otros de similar importancia, lo que significaba atendido el carácter de la “nacionalización”, que esta categoría de bienes pasarían indefinidamente al dominio del Estado suprimiéndose por tanto el derecho de los privados para acceder a la propiedad de ellos. Una tal Institución (nacionalización) incorporada con rango constitucional, alejaba aun más la posibilidad de vigencia real de la libertad económica.

Es interesante, como una forma de concluir este análisis histórico, recordar el certero juicio del profesor Iván Aróstica en torno al deterioro de la libertad económica en el período 1930 – 1973:⁸ *“Ciertamente es que la Constitución de 1925 contemplaba una incipiente garantía de 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 pública, 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 – 73.”*

3. Visto lo anterior no debe sorprender que el gobierno militar, bajo la asesoría e influjo de un destacado grupo de economistas jóvenes, decidiera tempranamente clausurar la vía de desarrollo económico usada desde los años treinta, con escasísimos resultados positivos en cuanto al crecimiento del país, y sustituirla por otra basada firmemente en la libre empresa, en el mercado y en una presencia del Estado lejana al control y gestión directa de empresas productoras de bienes y servicios, vale decir, situado en un rol meramente subsidiario.

⁸ Iván Aróstica M., “Derecho Administrativo Económico”, ediciones Universidad Santo Tomás, 2001, pp. 71.

Tan trascendente cambio de ruta económica, con consecuencias decisivas para la libertad de las personas, era forzoso que también tuviera su traducción en el orden institucional del país, hasta entonces expresivo del sistema que reservaba al Estado la ubicación central en la estructura económica nacional, y así se hizo, generándose una reformulación institucional que empezando en la base, instrucciones, decretos, reglamentos, y continuando con el tejido legal del país, culminaría en la cúspide al momento de promulgarse la Constitución de 1980.

Veremos luego que esta reformulación importó una renovación substancial en el sistema institucional de carácter legal, aunque también significó una importante y temprana renovación del régimen constitucional sobre materias con incidencia en la libertad económica. En efecto, con fecha 11 de Septiembre de 1976 se promulgaron las denominadas “Actas Constitucionales” como instrumentos destinados a substituir, parcialmente, la Constitución de 1925, la cual por lo demás ya no se aplicaba. Las Actas, a su vez, dejaron de regir al momento de ser promulgada la Carta Fundamental de 1980.

Respecto de lo que nos interesa, es necesario destacar lo establecido en el artículo 2° del Acta N° 2 y en el artículo 1° números 15 y 16 del Acta N° 3. En la primera de estas disposiciones se incorporaba, como una de las bases esenciales de la institucionalidad chilena, el principio de subsidiariedad, señalándose al efecto que “el Estado reconoce a los grupos intermedios de la comunidad”, y recordándose además que en cumplimiento de su misión de promover el bien común el Estado debería asegurar el “pleno respeto a la seguridad, libertad y dignidad del ser humano y a su derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Por su parte el N° 15 del artículo 1° del Acta N° 3 garantizaba, por primera vez en nuestra historia constitucional, “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” (libertad frontalmente opuesta al concepto de “nacionalización” antes examinado) señalando muy escasas excepciones al ejercicio de esta libertad, como por ejemplo, aquellos bienes que “deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así”. A su vez, en el N° 16 de dicho artículo se garantizaba, con amplitud y certeza, “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, corporales o incorporales”. Era una disposición extensa y minuciosa escrita con la evidente finalidad de impedir en el futuro los menoscabos y limitaciones que, durante la vigencia de la Constitución de 1925, habían provocado una severa desprotección y debilitamiento del derecho de propiedad.

En suma, tales Actas Constitucionales son un hito en cuanto anticiparon, y en cierta forma colocaron el cimiento, de lo que sería después el nuevo edificio institucional superior creado para proteger los derechos esenciales de la persona humana, y entre ellos el derecho a la libertad económica.

Corroborando lo anterior, en el considerando 1° del Acta Constitucional N° 3, que precedía a su articulado, se afirmaba que “siendo los derechos del hombre anteriores al Estado y su vida en sociedad la razón de ser de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de los derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal”.

En todo caso es útil tener presente que lo establecido en estos documentos constitucionales provisorios, hoy no vigentes, forma parte necesaria de los antecedentes jurídicos y doctrinarios que todo intérprete constitucional requiere consultar y evaluar cuando, en especial, utilice una forma de interpretación sistémica y finalista de la Carta Fundamental, método interpretativo crecientemente usado y claramente exigible tratándose de asegurar la plena vigencia de este tipo de libertades frecuentemente amenazadas por los desbordes del poder Estatal. Por lo demás, existe una nítida correlación y armonía de lo dispuesto por las Actas con lo que consagraría, después, la Constitución definitiva, lo cual avala esta recomendación aplicable a la tarea interpretativa.

4. Es útil recordar también, en cuanto a los antecedentes que explican e ilustran sobre el contenido y alcance de las normas constitucionales que hoy protegen la libertad económica, que desde la introducción de la economía de mercado escogida entonces para acelerar el desarrollo nacional, esta reforma del sistema económico fue acompañada igualmente con otras reformas graduales pero consistentes al sistema jurídico - institucional vinculado o con incidencia en el funcionamiento de la economía, de forma tal de arraigar en el cuerpo social este nuevo modelo y estrategia económicas, favoreciéndose además su más plena consolidación y legitimidad.

Ejemplo de lo anterior es la legislación anti – monopolios contenida en el Decreto –Ley N° 211 promulgado en 1973 (vigente hasta el presente con modificaciones), los profundos cambios al sistema previsional en el país contenidos en el Decreto – Ley N° 3500 de 13 de Noviembre de 1980 o al sistema de prestaciones de salud otorgadas por instituciones privadas (Isapres) de la Ley 18.933 de 9 de Marzo de 1990, y muchas otras modificaciones legales y reglamentarias, de las que no pretendemos hacer un recuento, destinadas a fortalecer la libertad contractual en cuanto componente de la libertad económica, o destinadas a consolidar la apertura de nuestra economía insertándola, competitivamente, en los mercados mundiales.

No es menor, tampoco, el aporte que para el buen funcionamiento, y creciente afianzamiento, de una economía libre en el país, significó el pleno restablecimiento en su vigencia del derecho de propiedad, ampliamente garantizado por el Acta Constitucional N° 3 según ya hemos visto, y

garantizado también por las autoridades públicas responsables del desarrollo económico.

Con tales cambios, ciertamente, se fue construyendo una nueva institucionalidad económica que en algunos casos antecedió a la propia Constitución y que fue generadora de significativas transformaciones que en gran medida favorecieron una estrecha y armónica relación entre el quehacer económico y el marco constitucional que lo regula, vinculación armoniosa subsistente hasta el presente.

Lo anterior, que según la terminología usada por Huntington podríamos denominar como el proceso de “institucionalización” de la libertad económica en Chile, desarrollado básicamente entre los años 1973 y 1990, y claramente consolidado en los años posteriores a esta última fecha, tiene la importancia y produjo los efectos que hemos explicado en otro trabajo:⁹ *“En efecto, la crisis política que culmina en septiembre de 1973 demostró también que el orden constitucional surgido en 1925, en lo medular, había perdido su legitimidad al momento de producirse dicha crisis, y que por tanto resultaba forzoso reformular la institucionalidad fundamental del país sobre bases efectivamente renovadas y expresivas también de los cambios ocurridos al interior de la sociedad chilena. Así se hizo, y es precisamente la Carta de 1980 el documento jurídico que principalmente traduce esta renovación materializada en el establecimiento de una nueva arquitectura institucional.*

Pero en forma paralela con la elaboración de la nueva Carta Fundamental, se desarrolló igualmente un proceso socio – económico generador de profundos cambios que ciertamente favorecieron la consolidación de un sistema social e institucional muy coherente con lo que denominaremos el “diseño estratégico” de la nueva Carta Política. Los principales de estos cambios en los que, por lo demás, todavía se sostiene la legitimidad del régimen constitucional, serían los siguientes:

- a. *Introducción a partir de 1974 de un sistema económico fundado en la libre empresa y en el mercado como instrumento principal para la mejor asignación de los recursos económicos – (economía social de mercado), que desde entonces preside e inspira la estrategia de desarrollo nacional . Este nuevo orden de relación de los agentes productivos (en su época, una verdadera “revolución silenciosa”) que a la fecha de aprobación de la Constitución de 1980 se encontraba virtualmente afianzado, importó también una vigorosa revalorización del derecho de propiedad privada y de la libertad contractual (autonomía de la voluntad) realidades ambas con un trascendente alcance jurídico, que fueron internalizadas por la sociedad*

⁹ Trabajo titulado “Constitucionalización del Derecho: una aproximación al proceso y sus causas” – Gustavo Cuevas Farren – 2004 – En Revista “Derecho Mayor” N° 3, Octubre 2004 – Editada por Universidad Mayor.

global e internalizadas, igualmente por las autoridades estatales, encargadas de la promoción o del respeto de estos derechos, en especial por el aparato judicial del Estado. Es de destacar que este proceso generador de profundas transformaciones en el sistema económico y en la propia percepción de las personas y demás agentes sociales acerca del valor de la libertad económica y de los atributos jurídicos que la fortalecen, tales los ya mencionados derechos de dominio y de libertad contractual, continuó progresando luego del retorno de los gobiernos civiles a partir de 1990, lo que amén de legitimar suficientemente el nuevo modelo económico, afianzó el grado de respaldo a él por la sociedad civil y por las autoridades públicas encargadas de asegurar el libre desarrollo de las actividades económicas privadas.

La jurisprudencia constitucional del período, emanada de los Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Constitucional, refleja inequívocamente la firme voluntad de los sentenciadores en orden a defender y garantizar la vigencia de las libertades económicas. Así, sostuvo el Tribunal Constitucional que el derecho 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” (Fallo Rol N° 146 de 21 de abril de 1992, considerando 8°).

A su vez, se lee en una sentencia del Tribunal de Alzada en Santiago que la garantía constitucional “a la que se le ha llamado de la libre iniciativa o libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto” (Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de 25 de mayo de 1996, considerando 3°).

Queremos postular, en síntesis, que tan claros y categóricos dictámenes judiciales son fruto, sin duda, de la incuestionable legitimidad alcanzada por un proceso de renovación que desde 1974, como señalamos, logró revertir y en definitiva substituir la estrategia y las convicciones de carácter económico dominantes en Chile hasta los años '70 y hasta la introducción de éste nuevo orden económico.

- b. Las consideraciones anteriores hacen posible sostener, asimismo, que la fortaleza que hoy exhibe el principio de supremacía constitucional expresa en buena medida la singular armonía o correspondencia de las*

disposiciones constitucionales con las ideas dominantes y las convicciones de la sociedad civil y de sus propias autoridades en lo relativo al respeto debido al principio de subsidiariedad consagrado como una de las Bases de la Institucionalidad por el artículo 1° inciso 3° de la Carta Fundamental. En efecto, si ubicamos la realidad socio – económica examinada en la letra anterior al interior de un contexto más amplio, debemos reconocer que en el respeto irrestricto de las autonomías individuales y las de los cuerpos intermedios, como lo exige el referido principio de subsidiariedad, se encuentra el fundamento de la existencia de la libertad económica y del propio derecho de dominio, y el fundamento también de aquel deber de abstención (no intervención) que impone al Estado el cumplimiento de un rol que no sea invasivo del campo reservado a la libre iniciativa de los particulares, sean éstas de orden económico o de otro orden.

Asimismo, como efecto de la dinámica de cambios de los últimos 20 años, los respectivos actores económicos y sociales y muchas otras personas, han asumido y conservado una preocupación activa en torno a la defensa de sus derechos fundamentales por la vía de imponer a las autoridades estatales, ahora por medio de acciones cautelares de carácter constitucional, el cumplido respeto del principio de subsidiariedad , tarea de defensa que no siempre ha sido fácil en atención a la periódica reaparición de tendencias estatistas o interventoras. Pero a fin de cuentas, y en lo que concierne al respeto por el orden jurídico, la doctrina jurisprudencial se ha ido uniformando en el sentido de atribuir plena fuerza normativa a los principios que conforman las Bases de la Institucionalidad, entre ellos y superlativamente, el de subsidiariedad”.

En síntesis: creemos que no es discutible que la plena legitimidad de que goza en el presente la denominada economía social de mercado, articulada en torno a la empresa privada y a una amplia libertad económica, es propiamente el resultado de la orientación y etapas cumplidas por el proceso reseñado anteriormente, para nosotros un auténtico proceso de “Institucionalización” de la nueva realidad económica, que el texto constitucional recoge, asegura y protege, es cierto, pero que además la sociedad civil incluyendo en ésta a los principales actores y fuerzas políticas, ha hecho suya reconociéndole sus potencialidades y sus ventajas como instrumento calificado para impulsar un mayor y más sostenido desarrollo nacional.

III Valores constitucionales que son fundamento de la libertad económica.

Avanzando hacia el ámbito constitucional propiamente tal, es indispensable no perder de vista que la actual Carta Fundamental tiene un marcado carácter

valórico, representado en la existencia de principios superiores instituidos como normas jurídicas con fuerza vinculante para gobernantes y gobernados, principalmente agrupadas en el capítulo 1° denominado “Bases de la Institucionalidad”. De estos valores analizaremos separadamente aquellos que más directamente sostienen y resguardan la libertad económica:

1. Desde luego, el mencionado Capítulo 1° puso fin a la neutralidad valórica que los textos constitucionales anteriores al de 1980 habían impuesto al Estado de Chile, forzado entonces a mantenerse en una posición de prescindencia valórica que hizo posible la entronización en la vida social y política del país de concepciones ideológicas o jurídicas incompatibles con una sociedad libre estructurada a partir de la persona y de los cuerpos intermedios. Así la violencia política, fruto de la “leninización” que vivieron los partidos de izquierda a partir de los años sesenta, y que terminó por apoderarse de la vida y política del país, causando un derrumbe institucional que se consumó frente a un Estado neutral y pasivo, o el grave deterioro que sufrió la propiedad privada a partir de los años treinta por efectos de la acción del propio Legislador, obstinadamente empeñado en imponerle requisitos y limitaciones que menoscababan la esencia de este derecho, acción demoledora que tampoco pudo el Estado detener, son dos calificados ejemplos que bien explican porqué el Constituyente de 1980, observador atento de los hechos que condujeron a la crisis de septiembre de 1973, optó por establecer este firme compromiso del Estado con aquellos principios superiores, ciertamente enraizados en el occidente cristiano, que garantizan la subsistencia de aquellas libertades que por emanar de la naturaleza humana no pueden ser suprimidas o ignoradas por la autoridad o por el orden jurídico.¹⁰

Saludables efectos en cuanto a la vigencia real de la libertad económica en el país, ha tenido esta definición valórica elevada a la categoría de “Bases de la Institucionalidad”, toda vez que a través de la jurisprudencia, en especial la emanada del Tribunal Constitucional como veremos después, de una legislación orientada a afianzar esta nueva institucionalidad económica, y de un compromiso de los actores políticos y económicos a favor del debido respeto hacia este derecho básico, los mecanismos de nuestra economía de mercado libre y abierta han podido funcionar con adecuada fluidez y eficacia.

¹⁰ Un ejemplo de verdad “paradigmático” en lo que dice relación con la inexistencia de una definición valórica básica en la Constitución de 1925, neutraliza en los principios que costó muy caro al país y a su democracia, lo constituye la disposición sobre los alcances de la libertad de opinión incorporada a dicha Carta por la reforma de 9 de Enero de 1971. Así, después de referirse al contenido de esta libertad, se incorporó una frase final que a la letra decía: “No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política”. Con amparo en esta disposición, importantes sectores de la Unidad Popular proclamaron que el uso de la violencia era un método de acción necesario y legítimo para acelerar los “cambios revolucionarios” de la sociedad chilena, metodología que ciertamente llevaron a la práctica.

2. Fluye con nitidez de las referidas “Bases de la Institucionalidad” que en el sistema político del presente, construido en torno al “ideal de derecho” en el que se sostiene el régimen constitucional, la persona y las asociaciones intermedias en las que aquella naturalmente se integra ocupan un lugar central en el sistema, sitio privilegiado que durante la accidentada vigencia de la Carta de 1925 permanentemente perteneció al Estado. Esta constatación no es menor, puesto que si tal ubicación central “siempre” debe corresponder a la persona y no al Estado, es porque toda persona es titular de derechos superiores y anteriores al propio Estado por medio de los cuales los gobernados pueden gozar de una necesaria autonomía para definirse con respecto a un proyecto de vida libremente escogido, que también les permita desplegar con amplitud su creatividad en distintos campos del quehacer social, entre ellos en el campo de la actividad económica.

Y no se crea que lo anterior es pura especulación filosófica: no es así, porque incluso la ciencia económica contemporánea, con buen fundamento empírico, nos enseña que el crecimiento y la prosperidad de los países más desarrollados, y también su mayor libertad política, descansa en estructuras y procedimientos económicos que sean fieles reflejos de una concepción global en la que las personas y los cuerpos intermedios de verdad tienen el rol principal.

Por lo demás el propio texto de la Constitución de 1980 reafirma la idea antes expuesta al prescribir, en el inciso segundo del artículo 5° y a propósito de la soberanía del Estado, que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

Si el poder supremo y superior del Estado, su soberanía, no puede franquear el límite que le impone el debido respeto a los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, es justamente porque en virtud de esos derechos toda persona es el núcleo del sistema social y la razón y el fin de la institucionalidad jurídica que lo estructura, lo cual impone a la autoridad pública el deber inexcusable de “respetar” y de “promover” tales derechos, respeto que obviamente debe ser real y permanente y “promoción” que debe ser cumplida con lealtad hacia los valores que el constituyente incorporó como básicos y orientadores del quehacer gubernativo. Por lo mismo, consideramos que no es enteramente “leal” auspiciar oficialmente y dar curso a una legislación que sistemática y crecientemente está generando una maraña tupida y engorrosa de regulaciones y de controles sobre la actividad económica privada, abriendo una puerta a través de lo cual, subrepticamente, el Estado se acerca a ocupar el sitio central y privilegiado que mantuvo hasta 1973.

3. Con todo, es el denominado “principio de subsidiariedad”, categóricamente enunciado en el artículo 1° inciso 3° de la Ley Fundamental, el principal respaldo de la libertad económica. Veremos después que así lo ha afirmado, sin titubeos, el Tribunal Constitucional.

Es conveniente recordar que uno de los antecedentes principales del texto constitucional, en lo que se refiere a la afirmación del aludido principio, lo constituye la Declaración de Principios del Gobierno de Marzo de 1974 en la cual se explica con mucha claridad qué es la subsidiariedad y porqué en su respeto está la clave “*de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria*”. De este documento, extractamos ahora lo siguiente: *"Siendo el hombre el fin de toda sociedad, y emanando éstas de la naturaleza humana, debe entenderse que las sociedades mayores se van formando para satisfacer fines que las menores no pueden alcanzar por sí solas. El ser humano forma una familia para alcanzar fines que no puede lograr solo. Da vida luego a diversas formas de agrupación social más amplias, para lograr objetivos que la familia es incapaz de conseguir por sí. Y llega finalmente a integrar todas esas sociedades intermedias en un Estado, por la necesidad de que haya un orden común a todas ellas que las coordine en justicia, y que asuma las funciones que ninguna de aquéllas podría cumplir directamente.*

Ahora bien, dicha realidad marca un límite al campo de acción de cada sociedad mayor respecto de la menor. Si la superior nace para cumplir fines que la inferior no puede realizar sola, si ésta es su justificación, resulta evidente que no le es legítima la absorción del campo que es propio de la menor, y dentro del cual ésta debe tener una suficiente autonomía. La órbita de competencia de la sociedad mayor empieza donde termina la posibilidad de acción adecuada a la menor.

Tal idea matriz es lo que da origen al llamado principio de subsidiariedad. En virtud de 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 puede ésta invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana.

Aplicado este principio al Estado, debemos concluir que a él le corresponde asumir directamente sólo aquellas funciones que las sociedades intermedias o particulares no están en condiciones de cumplir adecuadamente, ya sea porque de suyo desbordan sus posibilidades (caso de la Defensa Nacional, las labores de Policía o las Relaciones Exteriores), o porque su importancia para la colectividad no aconseja dejar entregadas a grupos particulares restringidos (caso de los servicios o empresas estratégicas o fundamentales para la nación), o porque envuelven una coordinación general que por su naturaleza corresponde al Estado. Respecto al resto de las funciones sociales, sólo puede entrar a ejercerlas directamente cuando las sociedades intermedias que de suyo

estarían en condiciones de asumirlas convenientemente, por negligencia o fallas no lo hacen, después de que el Estado haya adoptado las medidas para colaborar a que esas deficiencias sean superadas.

En ese caso, el Estado actúa en subsidio, por razón de bien común.

El respeto al principio de subsidiariedad representa la clave de la vigencia de una sociedad auténticamente libertaria. Casi podría decirse que es el barómetro principal para medir el grado de libertad de una estructura social. Por oposición a él, cuanto mayor sea el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad, por extendido que sea el ejercicio ciudadano de los derechos políticos. Es en la posibilidad de tener un ámbito de vida y actividad propia independiente del Estado y sólo sometido al superior control de éste desde el ángulo del bien común, donde reside la fuente de una vida social en que la libertad ofrezca a la creación y al esfuerzo personal un margen de alternativas y variedad suficientes. El estatismo genera, en cambio, una sociedad gris, uniforme, sometida y sin horizontes."

En armonía y concordancia con esta concepción la Constitución ha prescrito lo siguiente en los incisos 3° y 4° del artículo 1° : *"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.*

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".

Traducido en términos simples, el Constituyente nos dice que es en el servicio a la persona humana en donde se encuentra la justificación del Estado (su legitimidad), y que por ello la doctrina afirma que se trata de un Estado "instrumental", puesto que la promoción del bien común nunca puede servir de pretexto para conculcar "los derechos y garantías" que la Carta Fundamental establece.

Que duda cabe que estos mandatos claros e imperativos no puedan dejar de ser cumplidos, con particular celo, tratándose de la actividad económica privada.

4. Tengamos presente que, después de todo, la aplicación de la Constitución en cuanto instrumento para la defensa de los derechos fundamentales, importa también tener que interpretarla para hacer posible esta aplicación a casos concretos y contingentes, y es en el ejercicio de esta función interpretativa

donde aparece de manifiesto la importancia de poder contar para ello con principios básicos o esenciales incorporados al texto con la expresa intención de garantizar la plena vigencia de las diversas libertades que son consubstanciales con un régimen democrático y de derecho. Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (sentencia Rol N° 46 de 21 de Diciembre de 1987): *“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 y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena.*

Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí misma, 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.

Dichos conceptos emanan del texto de la Constitución y han sido reiteradamente empleados como principios sustanciales también en otras sentencias dictadas por este Tribunal Constitucional.”

Es incuestionable, en suma, que los señalados principios y valores básicos porque traducen también la voluntad del constituyente originario de la Carta de 1980 constituyen una “clave interpretativa” indispensable de considerar en la tarea de precisar, con fidelidad, el sentido y alcance de las normas constitucionales.

Lo anterior explica el porqué resulta indispensable emplear un “criterio hermenéutico finalista” para lograr una interpretación cercana y respetuosa con dichos principios, y por constituir el camino más seguro para asegurar la aplicación oportuna y plena de las garantías constitucionales, en nuestro caso de las garantías que protegen la libertad económica.

Nuevamente es en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en donde podemos encontrar buenos argumentos a favor del uso de este criterio finalista, por lo demás de creciente empleo por ese órgano de control. Al respecto,

pueden consultarse los siguientes fallos: Rol 33 de 24 de Septiembre de 1985, considerandos 11, 12, 13, 14, 18 y 19 - Rol 46 de 21 de Diciembre de 1987, considerandos 16 y 22 - Rol 279 de 6 de Octubre de 1998, considerando 3, y Rol 325 de 26 de Junio de 2001, considerando 43.

En tales sentencias, y en un brevísimo recuento de sus argumentos, se señala que para superar el desafío que implica determinar el sentido y alcance de los preceptos constitucionales, habrá que recurrir a una forma de interpretación que mejor se avenga con los principios básicos que son el cimientos del edificio institucional; que no basta, por ello, intentar descubrir cual es la voluntad del constituyente llevando a cabo una interpretación aislada de un solo precepto constitucional, sin atender a la correspondencia y armonía que se debe dar entre todas las normas, por configurar todas ellas un sistema lógico y armónico. Y que por esta razón, una interpretación únicamente literal, amén de insuficiente, puede generar contradicciones que desdibujen o desvirtúen el trazado constitucional.

Sobre el carácter y las bondades de este método de interpretación constitucional ha escrito además el ministro del Tribunal Eugenio Valenzuela Somarriva, en una obra titulada "Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional" (Ediciones del Tribunal, Enero 2005). Su relevancia para el tema de este trabajo nos recomienda citar alguna de sus opiniones: en página 26 afirma *"En la determinación del sentido de una norma de la Carta Fundamental, sobre su tenor literal debe predominar la "finalidad" del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de sus disposiciones tiene su "ratio legis" y su propia finalidad.*

"La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre a aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado."

Y por ello, agrega en páginas 27 y 28 *"Este criterio de hermenéutica surge como una reacción a la llamada interpretación literal, la cual demostró resultar insuficiente e inadecuada, para aplicar debidamente las normas de la Constitución que nos rige. Es así como, en algunas ocasiones, se expresa en ellas, que un análisis de un precepto constitucional, de acuerdo a su estricto tenor literal, resulta definitivamente inadmisibles, porque conduce a dejar sin aplicación otras disposiciones de la Carta Fundamental, o bien, que las opciones que ofrece aquella interpretación, son inaceptables, porque ellas se*

contraponen con los principios y valores que inspiran la Carta Política. De esta manera, el Tribunal, con cierta timidez en sus primeros años de funcionamiento, pero con decisión, creatividad y voluntad permanente, a partir de 1985, recoge el principio en estudio en diversas sentencias, lo cual, por lo demás, se encuentra en perfecta concordancia con los métodos hermenéuticos de interpretación constitucional que propicia la doctrina contemporánea.”

Concluye, entonces, el ministro Valenzuela que en ciertos casos la *“finalidad buscada surge de la Constitución como un todo orgánico, y de los principios y valores que la inspiran”*, y que en otras situaciones *“el objeto del precepto se infiere de antecedentes propios y autónomos que permiten explicarlo por sí mismo.”*

En fin, también será indispensable a juicio del ministro Valenzuela poner atención sobre la realidad histórica que influyó en el Constituyente, ya que a través de ella es más seguro poder acercarse a la finalidad que el mismo Constituyente tuvo en vista al momento de prestar su aprobación al precepto bajo examen – (páginas 33, 34 y 35). Huelga decir que este último enfoque es muy importante en lo que se refiere a la correcta aplicación de las garantías que protegen la libertad económica.

IV **Derecho a la libertad económica: su naturaleza jurídica.**

Nos parece que lo expuesto en las secciones anteriores de este trabajo es suficiente para deducir de ello, sin dificultad y con precisión, el carácter o naturaleza de este derecho fundamental. Igual certeza nos aporta la discusión de estas normas constitucionales que se desarrolló en el seno de la Comisión Ortúzar, recogida en las actas oficiales correspondientes a las sesiones N^{os} 384, 388, 389, 393 y 398 de la mencionada comisión. No nos detendremos en esta parte de la historia fidedigna, que sin problemas puede ser leída en dichas actas, destacando solamente que para los comisionados esta libertad debía ser consagrada como una expresión de la libertad individual, y por constituir ella el medio preferente y natural que tiene una comunidad para progresar y desarrollarse. En síntesis, pensaba la comisión que al incluirse en el texto esta específica libertad, también se incorporaba *“una nueva filosofía económica”* (expresión del comisionado Juan de Dios Carmona en sesión 388).¹¹

Recomendamos, en todo caso, aproximarse también a la ciencia económica para entender mejor, desde ahí, que carácter tienen y que rol cumplen al interior de la sociedad global aquellas actividades que esta disciplina califica como *“económicas”*, en todo caso esenciales en un contexto permanente de escasez de

¹¹ Con iguales consideraciones y alcances informó el Consejo de Estado esta materia. La Junta de Gobierno, en definitiva, aprobó la proposición con pequeñas modificaciones.

recursos requeridos para satisfacer necesidades múltiples. Desde la óptica de la ciencia económica, asimismo, reforzada con los datos de la realidad económica en diversos países del mundo contemporáneo, es posible constatar también que el ejercicio de la libertad que analizamos es el medio insustituible para aumentar significativamente la cantidad de bienes disponibles, alcanzando con ello una más amplia satisfacción de las necesidades de orden material de las personas.¹²

Con todo, debemos ahora concentrarnos en los aspectos propiamente jurídicos de esta libertad:

1. La amplitud o vastedad de este derecho, consubstancial con su naturaleza, no impide que para su ejercicio legítimo se daban respetar ciertos límites, algunos “extrínsecos” al derecho y otros de carácter “intrínsecos”.

Los primeros se encuentran individualizados en distintas normas jurídicas, en primer término por la propia Carta Fundamental cuando en ella se menciona “la moral, orden público y seguridad nacional”, o en los límites que fija el D.L.N° 211 para impedir la ocurrencia de conductas monopólicas que atenten contra la libre competencia. Se trata de limitaciones que la lógica explica y exige, y que en el caso de las destinadas a defender la libre competencia, como bien lo anota Arturo Fermandois V., buscan “evitar la paradoja a que daría lugar que el derecho a la libertad económica sea extinguido por el ejercicio torcido del mismo derecho”.^{13 14}

Este derecho, entonces, debe ser ejercido acorde con sus fines y con respeto leal y veraz hacia el derecho de los terceros para gozar también de esta libertad. En definitiva, se trata de responder a la exigencia de legitimidad que se les impone a todos los derechos como condición ineludible para un ejercicio válido de los mismos.¹⁵ Y en la materia que nos interesa, los mencionados límites “intrínsecos” existen además para evitar, o dificultar, un ejercicio abusivo de la libertad económica.

Lo ilustra muy pedagógicamente Arturo Fermandois para quien “*En el plano de los límites intrínsecos, el primero que debe subrayarse consiste en uno un tanto*

¹² Una interesante aproximación a esta temática puede leerse en los apuntes de Enrique Navarro Beltrán titulados “Protección Constitucional de la Actividad Económica”, impresos para uso interno de los alumnos del Magíster en Derecho y Tributación de la Empresa que dicta la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Mayor.

¹³ Arturo Fermandois V., “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001, pp.99.

¹⁴ Para categorizar los límites como “extrínsecos” e “intrínsecos” nos hemos basado en igual conceptualización propuesta por Fermandois en la obra individualizada en la cita anterior.

¹⁵ Exigencia que incluso es aplicable al derecho a la vida del artículo 19 N° 1 de la Constitución, puesto que atentar, poner en peligro o suprimir la vida a través de una acción voluntaria del titular del derecho (por ejemplo, intentar el suicidio) es un ejercicio ilegítimo del mismo. Así, por lo demás, lo ha reconocido la jurisprudencia.

*peligroso por su definición, aunque se encuentra completamente consolidado jurisprudencialmente, al aparecer invocado en numerosos fallos y provenir originalmente de las Actas de la CENC. Se trata de un límite que consistiría en una especie de **maquinación o fraude económico** que perjudica otras actividades económicas, pero que no se encuentra ni penado ni proscrito por la legislación, ni se precisa más detalladamente por la jurisprudencia.*

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

“Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o quiebra. Pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país.”

Sin perjuicio de la dificultad que entraña, o lo injusto que pueda llegar a ser, calificar que una determinada actividad económica importa en realidad el empleo de arbitrios para conseguir dejar al margen de la vida de los negocios a quien está cumpliendo con total apego al derecho una labor en la economía del país, lo cierto es que está en la naturaleza del derecho que analizamos, específicamente por su impacto en la sociedad, la existencia de ambos tipos de límites y la consiguiente obligación de acatarlos.

2. No es en modo alguno reiterativo insistir en que, para una mejor y más eficaz comprensión acerca del contenido y alcance del derecho a la libertad económica, es necesario asumir que este derecho no es el puro reflejo de una doctrina económica o producto del desarrollo de los principios y técnicas constitucionales. No es así, porque esta libertad fluye de la naturaleza humana como verdadera emanación de su racionalidad (y también de su libre albedrío) obligando al Estado a respetarla y promoverla como claramente lo ordena el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Lo precisa muy bien la siguiente opinión del profesor Eduardo Soto K., vertida en un voto de minoría escrito en el fallo del Tribunal Constitucional de fecha 25 de Abril de 2000, Rol N° 306, expresa: *“Por último, no resulta en modo alguno irrelevante recordar que la iniciativa privada en materia económica ha sido reconocida como un derecho fundamental, asegurado y protegido por la Constitución de 1980, precisamente porque en ella está la clave de la libertad y consecuencial responsabilidad del ser humano, y el despliegue y desarrollo de la subjetividad creadora del ciudadano. Ello no puede quedar librado a la mera voluntad o arbitrio de la autoridad administrativa de turno, aun si suprema, ni a*

la volubilidad de los vaivenes políticos circunstanciales, puesto que de permitirse tal despropósito se daña, y gravemente el bien común, el cual mira a la mayor perfección de la persona humana y al mayor desarrollo de todas sus virtualidades.”

También el mencionado Tribunal, corroborando lo recién transcrito, ha señalado que el carácter de fundamental que debe atribuírsele al derecho a la libertad económica, es una *“expresión de los contenidos filosóficos – 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”* (sentencia de 6 de Abril de 1993, Rol N° 167, considerando 9).

Con igual énfasis recuerda este Tribunal 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.*

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.” (Sentencia de 30 de Octubre de 1995, Rol N° 226, considerandos 41 y 42).

En suma, por tratarse de un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, carácter en el que incluso puede limitar el ejercicio de la soberanía estatal, no cabe sino concluir que carece la autoridad pública de un poder discrecional para poder restringir su libre ejercicio cuando éste se realiza con acatamiento de las pertinentes normas jurídicas.

3. Pero es un derecho esencial que, adicionalmente, está contenido en reglas jurídicas superiores y obligatorias, tales los artículos 19 N^{os} 21 y 22 de la Carta Fundamental y otros preceptos constitucionales que contribuyen a reforzar los anteriores.

Por esta razón, se trata igualmente de un derecho subjetivo que en esta condición impone al Estado ciertas obligaciones correlativas, pudiendo sostenerse que una de ellas es una verdadera obligación de “no hacer” consistente en abstenerse de imponer políticas públicas o legislativas que reduzcan o condicionen el amplio campo en donde, legítimamente, puede desplegarse la iniciativa privada; y otra significativa obligación consistiría en una obligación de “hacer” que al revés de la anterior forzaría al Estado a eliminar todos aquellos obstáculos que, en el hecho, coartan el pleno ejercicio de la libertad económica.¹⁶

Deducción ineludible de las premisas anteriores es la constatación de que son los privados quienes están llamados por el constituyente para convertirse en titulares originarios de este derecho, y no el Estado. El rol de éste, con sujeción a una recta concepción del principio de subsidiariedad, se limita a cumplir funciones de supervisión o de coordinación general del quehacer económico privado (siempre que tales funciones aparezcan como racionalmente indispensables) y no le es lícito arrebatarse a los particulares la titularidad de estas actividades económicas. Como acertadamente lo puntualiza Iván Aróstica M. *“el constituyente quiso consignar la preeminencia de la iniciativa privada, y que por su inserción dentro del capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, ello es algo más que una simple directriz, curso de acción o mero parámetro de política económica, que los gobernantes de turno serían libres para seguir o no”*¹⁷

Y ello se contradice con la tendencia que aparenta prevalecer en la realidad chilena del presente, caracterizada por una masiva invasión de leyes, reglamentos, circulares o simples ordenes administrativas que dictadas con el pretexto (políticamente rentable) de proteger el interés de la mayoría, representada ésta en los consumidores, accionistas minoritarios, deudores y tantos otros grupos con poder de presión, en verdad están consolidando un conjunto de muy difusas aunque virtuales prohibiciones para continuar desarrollando o incluso iniciar no pocas actividades económicas lícitas.

V La Vía Jurisprudencial para el Fortalecimiento de la Libertad Económica

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

1. En torno a la fuerza obligatoria del Capítulo I de la Constitución y al contenido e importancia del principio de subsidiariedad.

¹⁶ Sobre este punto puede consultarse el libro del profesor Iván Aróstica M. “Derecho Administrativo Económico”, ediciones Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, 2001, en especial pp. 73 a 77.

¹⁷ Iván Aróstica M., ob. Cit, pp. 76 – 76.

- a) Tempranamente, en sentencia del 27 de Octubre de 1983, Rol N° 19, el Tribunal Constitucional quiso destacar el carácter y fuerza obligatoria del artículo 1° de la Carta, en el cual también queda comprendido el mencionado principio de subsidiariedad.

Sostuvo que este artículo *“es de un profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”*. (Considerando 9°).

La misma afirmación sobre la relevancia del artículo 1° se contiene en el considerando 12 de la sentencia del 5 de Abril de 1988, Rol N° 53, en donde además se recuerda que esta norma *“constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad”*.

Reiterativamente, en sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, el Tribunal insiste en que *“estos preceptos (del Capítulo I) 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”*. (Considerando 21).

Y a propósito de los fundamentos constitucionales de la libertad de enseñanza, esta Magistratura también encontró la oportunidad para insistir, en sentencia de 14 de Junio de 2004, Rol N° 410, que entre los principios y normas vinculados con dicha libertad, se hayan los del Capítulo I de la Ley Suprema, porque ellos *“son bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los Capítulos siguientes y, con mayor razón aun, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar”*. La sentencia recuerda, además, que el Estado *“está al servicio de la persona humana”*. (Considerandos 2° y 3°).

Señalemos además, recapitulando, que el Tribunal Constitucional ha fijado una doctrina uniforme en cuanto al carácter vinculante y obligatorio del señalado Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad, por ser normas rectoras del orden jurídico nacional; lo testimonia con claridad el siguiente párrafo del considerando 10° de la sentencia del 4 de Enero de 1995, Rol N° 198: precisa el Tribunal que el mencionado Capítulo *“establece uno de los pilares de nuestro ordenamiento constitucional estructurado sobre la base de ciertos valores esenciales entre los cuales se destaca el que los derechos de las personas son anteriores y superiores al Estado”*, razón por la cual *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es*

promover el bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución reconoce y asegura a las personas”.

Y lo corrobora, además, lo afirmado por el Tribunal en el considerando 10 de la sentencia de 6 de Abril de 1993, Rol N° 167, en donde se lee 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”.*

- b) Sobre el carácter e importancia social y jurídica del principio de subsidiariedad, estimamos que basta con reproducir el contenido de los considerandos 3° al 8° de la sentencia de 15 de Julio de 2002, Rol N° 352: *“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”;*

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);

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;

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;

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 1º, inciso tercero, de la Constitución, presta a los “grupos intermedios”;

8º Que, en armonía con lo anteriormente expuesto, el artículo 3º de la Ley Nº 18.575, dispone que la administración del Estado debe garantizar “la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos...”.

Con relación al artículo 1º inciso 3º de la Carta Fundamental, que reconoce y ampara los grupos o cuerpos intermedios que existen entre la sociedad y el Estado, garantizándoles su adecuada autonomía, norma principal ésta que en definitiva está consagrando el principio de subsidiariedad, esta Magistratura con inalterada claridad ha enfatizado la inexcusable obligatoriedad y trascendencia de este principio rector. Nos basta, de nuevo, con reproducir el siguiente párrafo del considerando 7º de la sentencia de 7 de Marzo de 1994, Rol Nº 184: *“la autonomía de los cuerpos asociativos – una de las bases esenciales de la institucionalidad – se configura, entre otros rasgos esenciales, por el hecho de regirse por sí mismos; esto es, por la necesaria e indispensable libertad para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus estatutos, decidir sus propios actos, la forma de administrarse y fijar los objetivos o fines que deseen alcanzar, por sí mismo y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trata. No significa ello, en modo alguno, que puedan estos entes actuar de manera ilegal, dañosa o ilícita, amparándose en la referida autonomía, ya que de incurrir en excesos en su actuación quedan, obviamente, sujetos a las responsabilidades consecuenciales que toca a los tribunales de justicia conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso.*

Por otra parte, no debe olvidarse que el constituyente, en las bases de la institucionalidad (Capítulo I, artículo 1º, inciso tercero), dispone como especial deber del Estado reconocer y amparar los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad, como asimismo garantizar su autonomía, deber que se impone no sólo al Estado en su función administrativa, como lo especifica particularmente la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 3º, inciso segundo, sino también al legislador y a todo órgano del Estado, como lo prescriben los artículos 6º, incisos primero y segundo, y 7º, incisos primero y segundo.”

2. Alcance del derecho a desarrollar actividades económicas y protección de su esencia.

Se desprende de lo expresado anteriormente en este trabajo, que la garantía consagrada por la Carta en el artículo 19 Nº 21 busca asegurar la primacía de

la persona por sobre el Estado, de modo que ésta pueda con libertad hacer uso de su iniciativa creadora en el campo económico. Con la misma finalidad, el Constituyente ordenó al legislador no afectar la esencia de este derecho a la libertad económica, prohibiendo toda legislación que así lo hiciere (artículo 19 N° 26).

También el Tribunal, en sendos fallos, ha reafirmado las ideas anteriores, en lo relativo al contenido y alcance del derecho del artículo 19 N° 21 y la exigencia de protección a su esencia. Resumiremos estos pronunciamientos:

- En forma clara y muy didáctica el tribunal ha construido una verdadera definición conceptual acerca de la naturaleza del derecho de que se trata. Es suficiente, por ello, transcribir los considerandos 41 al 43 de la sentencia de 30 de Octubre de 1995, Rol N° 226, en donde encontramos tal definición: *“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.*

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 1º, y que reitera su artículo 5º al imponer al Estado, y a cada uno de sus órganos, cualquiera sea su naturaleza, función o jerarquía, el deber de respetar los derechos de las personas e incluso de promover su ejercicio, a fin de que puedan además, participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

43) Que, como lo ha expresado este Tribunal (Roles N°s 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 la 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.”

- Se reitera la noción anterior en sentencia de 21 de Abril de 1992, Rol N° 146, considerandos 8 y 9, en donde leemos: *“8º 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 filosóficos – jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también el deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

9º 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”.

Además, en el considerando 13 se recuerda también que “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”.

- En sentencia de 20 de Octubre de 1998, Rol N° 280, considerando 22, la Magistratura Constitucional cita al profesor Raúl Bertelsen como autor de la siguiente conceptualización del derecho reconocido por el artículo 19 N° 21; afirma Bertelsen: *“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 servicio 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”.*

Glosando y precisando el contenido de la norma constitucional en lo relativo a la protección de la esencia del derecho, artículo 19 N° 26 de la Carta, ha dicho el Tribunal:

- En primer lugar, en sentencia de 20 de Octubre de 1998, Rol N° 280, considerandos 28 al 30, ha explicitado en forma muy completa el alcance protector que es forzoso atribuirle al indicado precepto de la Ley

Fundamental. Resumidamente, su argumentación es la siguiente: comienza citando la opinión del profesor Raúl Bertelsen, vertida en un informe en derecho. Según ésta, es necesario tener presente que: *“Una de las grandes innovaciones del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial es la protección de la esencia de los derechos humanos reconocidos y protegidos en las constituciones. Se trata de una garantía establecida frente al legislador, el cual, en virtud del principio de reserva legal tiene competencia en ciertos casos para regular, e incluso en determinados supuestos para limitar, derechos constitucionales.*

Aunque necesaria, la actividad legislativa de desarrollo de los derechos constitucionales puede generar abusos. La ley, sobre todo al ocuparse de regular un derecho cuya normativa constitucional es incompleta, o al limitarlo porque la Constitución permite hacerlo, puede ir muy lejos y adoptar un conjunto de disposiciones que restrinjan notablemente su reconocimiento, e incluso, que le priven de toda eficacia jurídica. Para defenderse frente a este ejercicio abusivo de la potestad legislativa y facilitar el control de constitucionalidad de las leyes es que algunas constituciones emplean la técnica de la protección de los derechos en su esencia.

Esta es una figura jurídica que surge en el constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial, concretamente en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y que luego ha sido recibida en otros países, como es el caso de España en la Constitución de 1978 y de Chile en la Carta de 1980”.

A continuación, el Tribunal recuerda 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”,* y que se impide su libre ejercicio cuando *“el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”* (Considerando 29).

Por las consideraciones que preceden, recuerda igualmente el Tribunal que aun cuando el Legislador *“tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo en forma prudente y dentro de latitudes razonables”,* porque ello resulta esencial para la debida protección de los derechos fundamentales. (Considerando 28).

En todo caso, sostiene también el Tribunal que en lo relativo a la protección a la esencia de los derechos, es igualmente indispensable tener presente que la respectiva norma constitucional (artículo 19 N° 26) debe ser aplicada teniendo en vista, en primer lugar, *“el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho”,* y enseguida *“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". (Considerando 29).

En fin, ha reiterado esta Magistratura que si bien es cierto el Legislador tiene competencia para regular las actividades económicas de los particulares, *"en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad"*. (Considerando 9º en sentencia de 21 de Abril de 1992, Rol N° 146).

3. Sobre la "regulación legal" de las actividades económicas.

Hemos visto que para un legítimo ejercicio de las actividades económicas libres, éstas deberán respetar las normas legales que las regulen. Acerca del contenido y alcance de esta exigencia regulatoria se ha pronunciado el Tribunal en numerosas ocasiones. Resumiremos a continuación los aspectos más sobresalientes de estos pronunciamientos.

- Precisando el alcance de la expresión "regular", esta Magistratura ha sentenciado con fecha 6 de Abril de 1993, Rol N° 167, considerandos 12 a 14: *"12º 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;*

13º Que, una conclusión como la señalada en el considerando anterior iría contra los artículos 6º y 7º de la Constitución Política y a las normas dictadas conforme a ella, como también que éstos actúan, válidamente, sólo cuando lo hacen previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley;

14º 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".

- Reafirma el Tribunal en sentencia de 28 de Febrero de 1994, Rol N° 185, considerando 12 letra d), que la regulación de cualquiera actividad económica es “*materia de reserva legal*” vedada por tanto al administrador.
- En el mismo sentido, y con igual énfasis, esta Magistratura ha recordado en sentencia de 10 de Febrero de 1995, Rol N° 207, considerando 69, que “*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...*”
- Pertenecen al profesor Eduardo Soto K. las ideas que siguen, incluidas como voto de minoría en sentencia de 25 de Abril de 2000, Rol N° 306: sostiene que el artículo 19 N° 21 de la Carta de 1980 “*reconoce el derecho fundamental de toda persona*” a desarrollar cualquiera actividad económica lícita, por lo cual, y ateniéndose al texto de la Constitución “*sólo a la ley, y únicamente a la ley, le ha conferido el constituyente la posibilidad normativa de regular el ejercicio de este derecho fundamental, lo cual significa que ninguna otra fuente normativa puede entrar a regularlo. Tan es así, que la propia Constitución ha prohibido expresamente que el legislador delegue en el Presidente de la República esta materia como se ha encargado de establecerlo en su artículo 61, inciso segundo. Y, si ni siquiera puede ser regulada esta materia por decreto con fuerza de ley dictada por el Presidente, menos podría ser regulada por la mera potestad reglamentaria, normación subordinada a la ley*”.

Compartimos sin reserva el criterio del profesor Soto Kloss, ajustado al texto y valores fundamentales proclamados por la Carta de 1980.

- Teniendo en vista que la regulación legal de las actividades económicas puede conducir, en el hecho, a un cierto grado de restricción del ejercicio de este derecho constitucional, la jurisprudencia del Tribunal también nos ha recordado bajo que condiciones puede el legislador imponer tales restricciones. Lo dice el considerando 17 de la sentencia de 22 de Noviembre de 2003, Rol N° 388: “*DECIMOSÉPTIMO: Que en este mismo orden de ideas, es oportuno reiterar que esta Magistratura ha expresado en sentencia anterior, que las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y de “especificidad”; el primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad y que cumplidos que sean dichos requisitos será posible y lícito que se haga uso de la potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos*

instrumentales, la norma para ser así posible el mandato legal (sentencia de 26 de Junio de 2001, Rol N° 325).

4. Actividad empresarial del Estado.

Hemos visto que la norma del inciso 2º del N° 21 del artículo 19 existe para impedir que el Estado pudiera volver a ocupar, como sucedió en el período 1930 – 1973, un rol central y determinante en el campo de las actividades económicas del país. Por ello el constituyente quiso que tal presencia estatal fuera, en todo caso, muy excepcional, exigiendo para asegurar esta excepcionalidad que en este caso se necesitara de una ley de quórum calificado para permitir al Estado el desarrollo de alguna actividad empresarial.

El Tribunal así lo ha recordado, en sentencia de 4 de Noviembre de 1996, Rol N° 249, considerando 6º, y lo hizo igualmente el abogado integrante del Tribunal profesor Eduardo Soto Kloss, en voto de minoría recaído en sentencia de 16 de Febrero de 2001, Rol N° 320. En lo pertinente, recuerda el profesor Soto Kloss que “*sólo por excepción*” la Constitución prevé la actividad empresarial del Estado, y en condiciones muy específicas, conforme lo ha estipulado por su artículo 19, N° 21, inciso segundo. “*Según esta disposición (...) para que el Estado pueda asumir o participar en actividades empresariales se exige: 1) que una ley, 2) específica, 3) de quórum calificado, 4) lo autorice, 5) expresamente, 6) señalando con precisión la actividad autorizada*”.

Impecable, a nuestro juicio, es la transcripción que hace el profesor Soto Kloss, en la cita precedente, de la voluntad del constituyente de 1980 impresa en el texto y en el espíritu de la Carta Fundamental.

El Tribunal, por su parte, también precisa en sentencia de 9 de Septiembre de 1991, Rol N° 134, considerando 5º, que “*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...*”.-
