

Pablo Ruiz-Tagle Vial<sup>1</sup>

# Principios Constitucionales del Estado Empresario

El Estado Empresario es un tema que presenta una evolución significativa en la constitución chilena. El tema surge con una incipiente toma de posición que se manifiesta en las definiciones originales contenidas en las actas constitucionales provisorias. Más tarde se concreta en la jurisprudencia que resuelve los casos a que se refiere la disposición del artículo 19 número 21 de la constitución chilena. En nuestros días esta disposición se ha constituido en una de las más novedosas y complejas de nuestra constitución.”

Para explorar algunos de sus significados posibles el presente trabajo propone que esta disposición se interprete preferentemente de acuerdo a ciertos principios constitucionales y se critica el uso del principio de subsidiaridad y de orden público económico. Con ese objeto, estas líneas asumen la forma de una reflexión de dogmática constitucional sobre las características de los derechos fundamentales que están protegidos en la disposición constitucional antes citada y los principios en que se funda. También constituye una breve reflexión sobre las consecuencias que eventualmente pueden anticiparse en su aplicación.

## I. Un intento de clasificación y comprensión dogmática

La disposición constitucional del Artículo 19 No.21 dice lo siguiente:

“Art 19: La constitución asegura a todas las personas:

\* *Abogado, Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Master y Doctor en Derecho, Universidad de Yale.*

\*\* Una primera versión de este trabajo fue expuesta en el Seminario LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA realizado en octubre de 1999 por el Departamento de Derecho Público y la Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco las observaciones y comentarios de los abogados y académicos Enrique Navarro y Víctor Manuel Avilés Hernández, como también la recopilación de antecedentes de los ayudantes Daniela Peña Fergadiot, Ignacio Rivadeneira Hurtado y las críticas a una versión de este trabajo del ayudante Miguel González Lemus. Dedicó este trabajo a mis amigos, los profesores Albert Casamiglia, Ernesto Garzón Valdés y Owen Fiss que me han enseñado un liberalismo, en que el Estado se justifica en su acción cuando sirve para preservar y ampliar los principios de libertad e igualdad. Para la versión definitiva de este trabajo he contado con el financiamiento del Departamento de Investigación y Desarrollo de la Universidad de Chile (DID).

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

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

Es difícil explicar las disposiciones del artículo 19 No.21 de acuerdo a los criterios que ha utilizado la doctrina constitucional para clasificar las características de los derechos fundamentales. Para esos efectos, podemos usar por ejemplo formas clásicas de ordenar los derechos individuales. Entre ellas destaca aquella que propuso Jellinek y que distingue entre tres categorías de derechos públicos subjetivos.<sup>1</sup> En primer término aquellos que confieren un status negativo y que se equiparan a las libertades públicas. Segundo, aquellos derechos que tienen un status positivo, esto es, aquellos que hacen necesaria una actividad del Estado para su realización. Finalmente, en tercer lugar, los derechos subjetivos que tienen un status activo, esto es, que otorgan una facultad a las personas para participar en la formación de la voluntad estatal, tales como el derecho de sufragio y asociación.<sup>2</sup>

Si usamos las categorías de Jellinek para analizar la disposición del artículo 19 No.21 esta puede ser considerada en su inciso primero como otorgando a todas las personas un derecho que tiene un status negativo, al disponer que las personas tienen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esta primera forma de derecho con status negativo parece dirigirse como una defensa contra todos aquellos que quieran impedir el derecho a desarrollar esas actividades. La defensa puede esgrimirse contra toda clase de personas, sean entes públicos o privados. También puede ser considerada la disposición del artículo 19 No.21 como una forma de derecho con status activo, puesto que el desarrollo de cualquier actividad económica debe ser realizado en forma directa por la acción o la conducta de las personas. Se privilegia en esta disposición una relación de igualdad entre los particulares y el Estado en la esfera económica. Se exige además a la institución estatal un quórum especial, una supermayoría legislativa, para iniciar nuevas actividades empresariales o participar en ellas, lo que supone una participación activa de la mayoría de los representantes del pueblo. Por eso puede decirse que de acuerdo a esta disposición las personas deben asumir un rol activo para que el derecho fundamental

- 1 Es importante tener presente que Jellinek no tiene una noción de derechos fundamentales y construye sus categorías en el contexto de la noción de los derechos subjetivos. Ver Jellinek, G. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO, traducción de la segunda edición alemana por De los Ríos, F. Editorial Albatros, Cap.22 (1954).
- 2 Favoreau, L. et al. DROIT CONSTITUTIONNEL PRECIS Droit public Science politique, Dalloz, París p.790 (1998). El texto de Favoreau que resume la clasificación de Jellinek dice basarse a su vez en la obra de Autexier, C. INTRODUCTION AU DROIT PUBLIC ALLEMAND PUF, París (1997).

consagrado en la disposición citada pueda tener vigencia jurídica. Por su parte, el inciso segundo del artículo 19 número 21 es en su primera parte un derecho que podemos clasificar típicamente como un derecho positivo, porque otorga el Estado el derecho de desarrollar actividades empresariales o de participar en ellas. Sin embargo, como puede apreciarse en el inciso segundo de esta disposición se imponen una serie de requisitos a la acción del Estado, tales como que la institución estatal debe desarrollar o participar en las actividades empresariales sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza. Lo mismo puede decirse del requisito que impone el mismo inciso segundo al Estado que señala que dicha acción debe efectuarse de acuerdo a la legislación común.

Como podemos apreciar la disposición del artículo 19 No.21 tiene desde el punto de vista de la dogmática de los derechos subjetivos una estructura compleja. Esta estructura nos debe hacer un análisis muy cuidadoso de su interpretación porque a pesar de la aparente simplicidad de las palabras tenemos mandatos constitucionales muy diversos que emanan de esta disposición.

Por eso, pensar que el artículo 19 número 21 como simplemente un derecho negativo de abstención o una forma de derecho subjetivo que tiene exclusivamente una forma defensiva es no entender completamente esta norma constitucional. Esta forma de comprender el artículo 19 número 21 tiene consecuencias desde un punto de vista de las prestaciones que pueden exigirse a las personas, al Estado y respecto de los órganos que ejercen funciones ejecutivas, legislativas y judiciales cuando les exigimos que den cumplimiento a la norma antes citada. No se trata entonces sólo de clasificaciones académicas.

Por su parte, si consideramos las ideas de Gabriel Amunátegui,<sup>3</sup> el más grande de los constitucionalistas chilenos del siglo pasado, también podemos apreciar cómo la disposición del artículo 19 número 21 se manifiesta como una serie de disposiciones en que los mandatos constitucionales que emanan de ellas tienen una estructura compleja.<sup>4</sup> Dice Amunátegui que los derechos individuales se consagran en las constituciones para garantizarlos, para limitar la acción del legislador y para regularlos. Para Amunátegui el principal objetivo de consagrar los derechos constitucionales es el de garantizarlos y a este respecto distingue entre la garantía que es propia de la acción de los órganos que tienen funciones judiciales (que según Amunátegui en el régimen de la constitución chilena de 1925 se garantizan por medio de las acciones de amparo e inaplicabilidad), de la garantía que surge de la fiscalización, la cual es propia de la democracia en el control de los diversos órganos estatales. Esta fiscalización también la realizan los gobernados o ciudadanos a través del ejercicio del derecho de petición.

3 Amunátegui, G PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Editorial Jurídica de Chile Cap.8, p.303-328 (1953).

4 Aunque Amunátegui tampoco tiene una noción de derechos fundamentales, su obra constitucional sin embargo, es la más importante del siglo pasado en nuestro país, por su capacidad dogmática comparada, por su inequívoco compromiso democrático y por su efectiva influencia en su tiempo y hasta nuestro tiempo actual. En efecto, sus ideas se adelantan en sus conceptos a su tiempo llegando casi a formular una concepción dogmática de los derechos fundamentales que hemos denominado en la cátedra la "matriz Amunátegui".

Desde este punto de vista podemos observar que el artículo 19 número 21 es una disposición que cumple los tres objetivos que describe Amunátegui.

En primer término, el artículo 19 número 21 consagra una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional ya que en el régimen de acciones vigente queda abierta la posibilidad de recurrir ante los tribunales de protección, de amparo económico y también de inaplicabilidad para defender el cúmulo de derechos constitucionales allí consagrados.<sup>5</sup> Asimismo, el artículo 19 número 21 constituye una forma de limitar tanto la acción de las personas (naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, privadas y públicas incluidas por cierto las estatales), tal como se dispone en su inciso primero como también de limitar al Estado, según se expresa en el inciso segundo, en el desarrollo y participación de actividades empresariales. Y en tercer término, los dos incisos de la disposición constitucional citada también asumen un carácter regulativo, porque remiten respectivamente en sentido amplio el ejercicio de la acción de las personas a conceptos abiertos como son; *la moral, el orden público y la seguridad nacional* y también a conceptos jurídicos muy precisos y diferenciados tales como las *normas legales que la regulen*<sup>6</sup> (actividad económica). Finalmente, respecto del Estado el artículo 19 No.21 es mucho más preciso todavía, porque asigna dicho carácter regulativo a un tipo particular de fuente del derecho constitucional, esto es, a las leyes de quórum calificado y a la legislación común aplicable.

Asimismo, Amunátegui en su clasificación de los derechos individuales desde un

- 5 Ver Ley 18.971 de 10 de marzo de 1990, artículo 20 y 80 de la Constitución Política de la República de Chile con sus respectivos autos acordados y los comentarios sobre materias procesales conexas, tales como la interposición conjunta de dichos recursos en el párrafo V de este mismo artículo.
- 6 Ver jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias en autos Rol No.134, 146, 167 y No.225. La expresión "*normas legales que las regulen*" ha tenido diversas interpretaciones existiendo una opinión de mayoría en los fallos del Tribunal Constitucional que reconoce en esta expresión en forma exclusiva el ejercicio de la potestad que es propia del poder legislativo, excluyendo la autoridad administrativa. Existen diversas prevenciones de varios Ministros del Tribunal Constitucional que contradicen o limitan el alcance de la tesis de mayoría y aceptan la regulación de la autoridad administrativa bajo ciertos supuestos, entre los que destacan los votos del Ministro Eugenio Velasco y otros en el caso Rol No.146 y del mismo Ministro Eugenio Velasco conjuntamente con el abogado integrante don Juan Colombo en el caso Rol No.167. Por otra parte, sustentando también la tesis de minoría, es decir, aceptando que la autoridad administrativa puede regular en el contexto del artículo 19 número 21 se ha pronunciado la Ministra Luz Bulnes Aldunate en su artículo *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica*, p.149 y ss. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago vols. No.37 y 38 (1985). Sin embargo, la Ministra Bulnes se ha sumado a la opinión de mayoría en estas materias, siendo redactora de los fallos de control constitucional en los casos Rol No.146 y 167. Por nuestra parte pensamos, que por el contexto de la disposición y la correcta interpretación de la misma parece que debe ser entendida como legislación en sentido amplio, es decir como comprendiendo leyes ordinarias comunes y especiales, reglamentos, decretos de todo tipo, incluyendo simples decretos, decretos supremos, decretos leyes y decretos con fuerza de ley y por supuesto leyes orgánicas, leyes de quórum calificado, normas emanadas de los entes autónomos y los reglamentos de ejecución de las leyes, etc. En caso contrario sería difícil concebir desde un punto de vista dogmático sistemático esta disposición porque sería una especie de "patente" para que las personas pudiesen alegar incumplimiento de todas las normas legales que no quedasen comprendidas en la categoría restrictiva de ley en sentido estricto, como emanada del poder legislativo, sin comprender la legislación delegada o los reglamentos de ejecución o autónomos, así erróneamente entendida (como han propuesto en su versión más extrema R.García y E. Soto Kloss en prevención de fallo Rol No.225). Por lo demás, la propia disposición del artículo 19 número 21 nos da una pista que su correcta interpretación debe hacerse en sentido amplio, al distinguir en su inciso segundo, específicamente entre legislación común aplicable y leyes de quórum calificado sin incurrir en estas distinciones en el inciso primero.

punto de vista sustantivo, distingue en forma clásica según si estos consagran derechos de igualdad civil: tales como la igualdad ante la ley, ante la justicia, y la igualdad ante las cargas y cargos públicos; de aquellos derechos individuales cuyo propósito es consagrar formas de libertad. Respecto de los derechos que consagran libertades, distingue a su vez entre aquellos cuyo objeto es proteger una forma de libertad material: entre ellos, el derecho a la inviolabilidad del hogar, el derecho de propiedad; la libertad personal y la libertad de trabajo, de aquellas que se refieren a libertades espirituales; tales como la libertad de pensamiento, libertad de conciencia y culto, libertad de prensa, libertad de reunión y asociación, y el derecho de petición. Si aplicamos la clasificación de Amunátegui para analizar la disposición del artículo 19 número 21 podemos apreciar que esta consagra un principio de igualdad constitucional (particularmente vinculado a la igualdad frente a las cargas públicas) y también un principio de libertad material (por estar vinculada al derecho de propiedad y la libertad de trabajo). Más adelante al analizar la jurisprudencia relativa al artículo 19 número 21 volveremos sobre estas ideas.

Por otra parte, con una concepción sofisticada, el profesor de Aix-en-Provence, L. Favoreau,<sup>7</sup> clasifica los derechos fundamentales según si estos constituyen libertades, derechos de participación, derechos creencia, derechos garantías o derechos de igualdad. Al aplicar esta clasificación dogmática a la disposición del artículo 19 número 21 e intentar subsumirla en ella, ciertamente podemos considerar el inciso primero de esta norma como un derecho de libertad porque otorga una defensa que ampara una esfera de acción protegida a las personas al permitirles desarrollar cualquiera actividad económica. También la disposición comentada puede ser considerada como un derecho fundamental de participación, porque tal como se explicó respecto de la categoría de Jellinek de los derechos subjetivos con status activo, el inciso primero de la disposición citada también se hace realidad mediante la acción de las personas que desarrollan su propia iniciativa. En definitiva, al tomar parte en la actividad económica las personas realizan dicha disposición constitucional. Por su parte, el inciso primero mencionado también constituye un derecho creencia porque afirma como contenido el principio de la libertad e iniciativa económica dentro del ámbito del sistema jurídico. Finalmente, el que el artículo 19 número 21 es un derecho garantía ya lo hemos explorado al exponer la categoría dogmática que en términos semejantes ha hecho suya Amunátegui, como también hemos sostenido que se trata de una disposición que constituye un derecho fundamental de igualdad respecto de lo que argumentaremos con más detalle en el párrafo siguiente.

Respecto de la vinculación entre el artículo 19 No.21 y el principio de igualdad cons-

<sup>7</sup> Favoreau, L. et al. DROIT CONSTITUTIONNEL PRECIS Droit public Science politique, Dalloz, Paris p.814 (1998). Los derechos fundamentales de Favoreau según el mismo, corresponden al menos parcialmente a los derechos de la clasificación de Jellinek. Por ejemplo los derechos fundamentales denominados "defensivos" corresponden a los de *status negativo*; los derechos de participación, a los derechos con *status activo* y los derechos positivos a los de *status positivo*. Favoreau agrega a la clasificación de Jellinek los derechos creencia; los derechos garantía y los derechos igualdad.

tucional, conviene tener presente que el derecho de igualdad que consagra esta disposición se presenta en tres contextos principales. Primero, en el inciso primero consagra una igualdad entre todas las personas (naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, públicas y privadas) a desarrollar cualquiera actividad económica respetando las normas legales que las regulen. Segundo, en el inciso segundo se consagra una igualdad entre las instituciones y organismos que forman parte del Estado para que estas desarrollen o participen en actividades empresariales de acuerdo a requisitos comunes, que son la exigencia de ley de quórum calificado y el requisito de someterse a la legislación común. Tercero, también en el inciso segundo se establece una tercera forma de igualdad, que es una consecuencia de las dos anteriores, la que podemos considerar proporcional, puesto que aunque las personas junto con el Estado y sus organismos actúan en la esfera económica de manera diversa y con distintos requisitos, todos ellos quedan sometidos al mandato constitucional que impide la arbitrariedad de unos y otros, que es la base de la libre competencia.

En consecuencia, entre los principios que desde una perspectiva doctrinaria o dogmática constitucional podemos identificar como ligados al artículo 19 No.21 están los siguientes:

- a) el principio de igualdad entre los agentes económicos;
- b) el principio de libertad económica; incluyendo la libertad de trabajo, la libre iniciativa y el derecho de propiedad, que son la base de la libre competencia.

Hemos argumentado en los párrafos precedentes acerca de la forma en que el artículo 19 número 21 se vincula a los principios más clásicos de igualdad, libertad y propiedad constitucional,<sup>8</sup> usando las clasificaciones dogmáticas más tradicionales de Jellinek, Amunátegui y también la más novedosa de Favoreau. Corresponde ahora explicar la vinculación de esta misma disposición con otros principios que han podido identificarse como vinculados al artículo 19 número 21 por la doctrina y la jurisprudencia tales como:

- a) el principio de subsidiaridad;
- b) el o los principios del orden público económico;
- c) el principio de aplicación preferente del derecho común a toda actividad económica;
- d) el principio de que el Estado empresario sólo puede actuar por mandato legal expreso;
- e) el principio de no usar recursos públicos para fines privados, y finalmente,

8 Para ver algunas ideas sobre libertad empresarial, libertad individual, libertad de contratación, derecho de propiedad e incluso un supuesto principio independiente así denominado de juridicidad en relación con los principios más generales de libertad e igualdad en el contexto chileno, ver Avilés Hernández, V.M. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y DERECHO PENAL Editorial Jurídica Conosur Ltda. Páginas 114, 115, 146 y 147 (1998).

f) el principio de la proporcionalidad de la intervención estatal en cada mercado.

## II. El Principio de Subsidiaridad

El principio de subsidiaridad tiene su origen en una serie de documentos pontificios y particularmente ha sido expresado en su formulación más conocida en la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI del modo siguiente:

*“Conviene, por consiguiente, que la autoridad pública suprema deje a las asociaciones inferiores tratar por sí mismas aquellos asuntos y negocios que ellas puedan resolver, de menor importancia, en los cuales por lo demás perdería mucho tiempo o le serían de grandísimo impedimento para cumplir con mayor libertad, firmeza y eficacia cuanto a ella sola corresponde, pues de su exclusiva competencia, a saber: dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen. Por lo tanto, tengan bien entendido los gobernantes que mientras más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie y a salvo este principio de la función subsidiaria del Estado, tanto más firme será no sólo la autoridad sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y más próspera la condición del Estado”.*<sup>9</sup>

El principio de subsidiaridad tal como se señala en la encíclica antes citada desarrolla un concepto jerárquico de la sociedad política que es un tanto anacrónico. En la forma expresada en la encíclica, la sociedad se constituye como una organización con forma de “jerarquía” con una cúspide donde está la así llamada “autoridad política suprema” y bajo ella diversas “asociaciones inferiores”. La encíclica también concibe la “autoridad política suprema” como titular de una “competencia exclusiva”; y expresa que estas tareas de competencia exclusiva comprenden: “dirigir, vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen”. El principio de subsidiaridad así entendido comprende un amplio margen de poder entregado al Estado (en cuanto autoridad política suprema). Por una parte, le asigna una posición superior en la jerarquía social y por la otra, lo faculta con una verdadera cláusula discrecional en la definición de su acción respecto de las “asociaciones inferiores”, particularmente al decir que la competencia se ejerce: “según los casos y la necesidad lo exigen”.

El más reciente Catecismo de la Iglesia Católica recoge la idea de la subsidiaridad como uno de los principios fundamentales en los cuales debe construirse la comunidad humana y particularmente la relación entre la persona y la sociedad.<sup>10</sup> El artículo 1883 del Catecismo dice:

*“La socialización presenta también peligros. Una intervención demasiado fuerte del Estado puede amenazar la libertad e iniciativa personales. La doctrina de la Iglesia ha elaborado el principio llamado de ‘subsidiaridad’. Según este, ‘una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole*

<sup>9</sup> Pío XI QUADRAGESIMO ANNO dictada en 1931, en párrafo 54, p.149-150, Talleres Gráficos Pía Sociedad San Pablo, 5ª. Edición, Santiago de Chile (1999):

<sup>10</sup> CATECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA Coeditores Litúrgicos et alii - Librería Editrice Vaticana. Ver en particular artículos 1883, 1885, 1894 y 2209 en páginas 423, 425 y 585 (1993).

*de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”.*

Y los artículos 1885 y 1894 del Catecismo respectivamente agregan:

*“El principio de subsidiaridad se opone a toda forma de colectivismo. Traza los límites de la intervención del Estado. Intenta armonizar las relaciones entre individuos y sociedad. Tiende a instaurar un verdadero orden internacional”.*

*“Según el principio de subsidiaridad, ni el Estado ni ninguna sociedad más amplia deben suplantar la iniciativa y la responsabilidad de las personas y de las corporaciones intermedias”.*<sup>11</sup>

Todos estos artículos del Catecismo muestran cómo se entiende hoy en día el principio de subsidiaridad. En primer término, este principio se refiere directamente a la relación entre la persona, la sociedad y el Estado.<sup>12</sup> Segundo, se trata que el Estado respete ciertas esferas propias de las personas, respetando las competencias que le son propias y de instituciones no estatales con miras a evitar toda forma de colectivismo. De allí que al Estado se le imponga el deber de no suplantar la iniciativa y la responsabilidad de las personas. Tercero, el Estado considerado ahora como un grupo social superior puede sostener a los grupos sociales inferiores en caso de necesidad y ayudar a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común. Lo que cambia en la exposición del principio de subsidiaridad que hace el nuevo Catecismo es que la noción jerárquica de la sociedad se diluye en una concepción donde hay diversos grupos en la sociedad, algunos con competencias más vastas y otros más específicas. También se diluye la concepción de una competencia exclusiva y con carácter discrecional que sería propia del Estado y que comprenda: “*dirigir,*

11 Hay una última referencia que el Catecismo actual hace al principio de subsidiaridad específicamente en el artículo 2209 donde se vincula este principio en particular a la institución familiar y que se expresa del modo siguiente: “*La familia debe ser ayudada y defendida mediante medidas sociales apropiadas. Cuando las familias no son capaces de realizar sus funciones, los otros cuerpos sociales tienen el deber de ayudarlas y de sostener la institución familiar. En conformidad con el principio de subsidiaridad, las comunidades más vastas deben abstenerse de privar a las familias de sus propios derechos y de inmiscuirse en sus vidas”.*

12 Ver sobre esta aplicación del principio de subsidiaridad a la relación entre la persona, la sociedad y el Estado tres perspectivas conservadora en REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago No.39-40 Enero-Diciembre (1986): Soto Kloss, E. *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad (Una aproximación)* p.33-49; Massini, C.I. *Acerca del fundamento del principio de subsidiaridad* p.49-58; Sagüés, N.P. *Principio de subsidiaridad y principio de antiusubidiaridad* p.59-71. De estos tres trabajos el más completo es el del profesor Sagüés que revisa los contextos en los que pueden usarse diversas formas del principio de subsidiaridad y que finaliza construyendo la controvertida noción del principio de antiusubidiaridad que define como el que: “*los individuos y sociedades intermedias realicen nada más que aquello que el Estado no quiera hacer*” (Ver p.71). Completando esta noción en una nota al pie de la misma página 71 en una definición final dice Sagüés: “*Por supuesto también se configuraría una situación de antiusubidiaridad cuando el Estado no interviene (dirigiendo, coordinando, vigilando, supliendo, etc., según corresponda) en las materias en las que debe intervenir. Es la antiusubidiaridad por omisión, propia de algunas manifestaciones del liberalismo. El principio de antiusubidiaridad por omisión puede ser tan negativo y condenable como el principio de antiusubidiaridad por exceso o por acción estatal. Su lema extremo es: ‘Que el Estado realice nada más que aquello que los particulares no quieran hacer’. En ese orden de ideas, conviene advertir que la ‘no intervención’ del Estado, ante ciertos problemas, involucra a menudo una intervención disfrazada”.*

*vigilar, estimular, reprimir, según los casos y la necesidad lo exigen*". Esta nueva noción del Estado en la concepción católica se expresa con más claridad en el artículo 2431<sup>13</sup> que expresa los deberes de la institución estatal del modo siguiente:

*"La responsabilidad del Estado. La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes. La primera incumbencia del Estado es, pues, la de garantizar esa seguridad de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente... Otra incumbencia del Estado es la de vigilar y encauzar el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico; pero en este campo la primera responsabilidad no es del Estado, sino de cada persona y de los diversos grupos y asociaciones en que se articula la sociedad"*.

Incluso más, el profesor argentino Germán J. Bidart Campos ha desarrollado una concepción todavía más sofisticada del principio de subsidiaridad, vinculando este principio a un principio de solidaridad y para ello se ha basado en las palabras de la encíclica *Centesimus Annus* que dicen:

*"Para conseguir estos fines el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiaridad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro"*.<sup>14</sup>

Este cúmulo de ideas tan vasto ha inspirado a diversos autores, los que han querido atribuirle al principio de subsidiaridad una jerarquía de principio de derecho constitucional en el derecho chileno.<sup>15</sup> El principio de subsidiaridad es considerado por varios autores como vinculado a la disposición constitucional del artículo 19 número 21, pero en nuestra opinión no alcanza una formulación clara y unívoca desde el

13 Juan Pablo II CENTESIMUS ANNUS p.32-33 Ediciones Paulinas 2ª. De. (1991). La encíclica citada a su vez remite este párrafo en una nota al pie de página a otra encíclica; LABOREM EXERCENS 8: c., 594-598.

14 Bidart Campos, G. EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN Ediar Buenos Aires p.120 (1999).

15 Ureta Silva, I. RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago p.31 (1997) y Jaederlund Lütkeke, J. EL RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO Doctrina, Procedimiento y Jurisprudencia Librotecna Santiago p.37 (1999). Ver también Varas, P. *Amparo Económico Recurso Jurisdiccional establecido por la Ley orgánica No.18971 de 10 de Marzo de 1990 para cautelar la libertad económica consagrada en el Artículo 19 No.21 de la Carta Fundamental* REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago pag.47 Vol. No.49 (1991). Ver también opiniones de comisionados E. Ortúzar, J. Guzmán y R. Bertelsen en sesión 388, celebrada el martes 27 de junio de 1978 en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de la República de Chile, Santiago ejemplar No.43 (1978).

punto de vista de su origen teológico, y por eso no puede ser considerado como un principio que tiene un contenido estable en nuestro derecho constitucional.

Ciertamente, puede aceptarse que la carta fundamental chilena es el producto de una transacción de diversas ideas políticas y constitucionales, entre las cuales se encuentran algunas que representan una tradición de orientación católica y *raíz* iusnaturalista cristiana. Sin embargo, esta constatación no debe hacernos olvidar que también se puede vincular la constitución chilena a la tradición política liberal y a una serie de propuestas e ideas que son propias de la tradición social demócrata o socialista.<sup>16</sup> Si se acepta esta tesis de la transacción de diversas tradiciones, como una base plural sobre la cual se construye la constitución política chilena, se debe atribuir importancia limitada al principio de subsidiaridad. Desde esta perspectiva, el principio de subsidiaridad se considera como relevante para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista, sin perjuicio que incluso en ese caso, la subsidiaridad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro que intenta servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado.

### III. El Orden Público Económico

Los principios vinculados al concepto del orden público económico también han sido utilizados para explicar la disposición del artículo 19 No.21.<sup>17</sup> El o los principios del orden público económico tampoco han sido expuestos en un concepto que sea unívoco. Quizás la reflexión más profunda sobre el orden público económico ha sido expuesta por el profesor Jorge Streeter y en su intento de definición se aprecia el carácter equívoco y bifronte de dicho concepto:

16 Ver a este respecto el artículo 1 de la Constitución chilena cuyo inciso primero responde a la tradición liberal, en cambio el último inciso del mismo artículo representa ideas que son propias de la tradición social demócrata y socialista y los demás muestran una concepción vinculada a la tradición iusnaturalista cristiana. En este sentido la constitución chilena desde un punto de vista ideológico (y por derivación constitucional) no tiene fijado su contenido, sino que representa un conjunto de valores y principios aceptados en la sociedad chilena que compiten entre sí por imponerse en decisiones constitucionales bien fundadas y maduras. En el primer periodo de vigencia pre-constitucional en Chile que va desde 1980 hasta 1990, prima la tradición iusnaturalista católica y esta es la forma principal de interpretar la constitución; desde 1990 a la fecha, esta forma iusnaturalista de concebir la constitución chilena ha cedido terreno y compete con la tradición constitucional liberal que tiene mayor arraigo histórico en Chile, que todavía busca su forma de interpretación más madura y a su vez, a partir del año 2000, particularmente en el tercer gobierno de la Concertación se ha comenzado a esbozar una forma de interpretar la constitución chilena que responda a una tradición social demócrata o socialista. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana como han explicado algunos autores también representa una transacción entre las mismas tres tradiciones políticas y constitucionales que sirven de sustento a la constitución chilena; esto es, la tradición, la iusnaturalista cristiana, la tradición liberal y la tradición social demócrata o socialista. Ver Kommers, D. *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* Segunda edición Duke University Press, Durham p.31 (1997).

17 Ureta Silva, I. *RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO* Editorial Jurídica Conosur Ltda. Santiago p.6 (1997) y Jaederlund Lüttrke, J. *EL RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO* Doctrina, Procedimiento y Jurisprudencia. Librotecnia Santiago p.21-32 (1999).

*"...los intentos de precisar qué es el orden público económico se orientan por dos vías principales: la una, ve el orden público económico como un concepto meramente funcional, sin un contenido determinado; la otra, pone en cambio el acento en aspectos sustantivos que se refieren a la organización fundamental de una sociedad".<sup>18</sup>*

Por ejemplo, según Jaederlund<sup>19</sup> José Luis Cea está comprometido con la segunda forma de concebir el orden público económico, es decir concibe este conjunto de principios constitucionales como vinculado a aspectos sustantivos que se refieren a la organización económica fundamental de una sociedad. Entre esos principios el profesor Cea incluye los siguientes:

*"la libertad, la igualdad y los derechos que la constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de la autonomía para realizar sus objetivos económicos".<sup>20</sup>*

Por influencia de la obra del profesor Cea este mismo significado ha sido recogido por la jurisprudencia chilena en diversos fallos. Pero en esta concepción del profesor Cea parece difícil distinguir los principios más clásicos de la libertad y de la igualdad en su aplicación a la esfera económica y recuerda el principio de subsidiaridad, contrastando con una serie de otras concepciones del orden público económico. Entre ellas destaca por ejemplo, la explicación histórica conjunta de los profesores Roberto Guerrero y Enrique Navarro que muestra cómo el concepto de orden público económico admite sistematizaciones académicas diversas, constituyéndose con varias disposiciones dogmáticas y también orgánicas de la constitución chilena tal como se expresa en el párrafo siguiente:

*"Por eso es que, sin perjuicio de la sistematización académica de las normas de un orden público económico, que siempre podrán hacerse, en definitiva muchas de estas disposiciones quedaron dispersas en el texto constitucional: algunas en el Capítulo Primero, otras dentro de las garantías constitucionales como la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y de comercio y el derecho de propiedad y por último, algunas materias que son propias del ámbito de la ley".<sup>21</sup>*

18 Citado en Jaederlund Lütke, J. EL RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO Doctrina, Procedimiento y Jurisprudencia. Librotecna Santiago p.22 (1999). Una concepción funcional del orden público económico es la que proviene de Hurtado José Tomás y que aparece en Verdugo M. et al. DERECHO CONSTITUCIONAL p.290 Torno I Editorial Jurídica de Chile (1994). Esta concepción define el orden público económico como: "el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas". Sin embargo en la página 291 Verdugo et al. en forma expresa dicen: "El orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiaridad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros." La concepción de Verdugo et al. también resulta original en cuanto al tratamiento conjunto del artículo 19 No. 21 y del No.22 en el capítulo referido a los derechos constitucionales bajo el epígrafe común de 'La libertad para el ejercicio de actividades económicas'.

19 Ver Jaederlund Lütke, J. supra nota 17, p.24-25.

20 Cea Egaña, José Luis TRATADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980 Editorial Jurídica de Chile, Santiago capítulo IX, pag.158 (1980).

21 Guerrero del Río, Roberto y Navarro Beltrán, Enrique *Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980* REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD FINIS TERRAE pag.117-118 (1998).

Esta explicación demuestra la inflación galopante del concepto de orden público económico que llega entonces a transformarse en un sinónimo de casi todo aquello que se considera importante en las disposiciones de carácter económico de la Constitución chilena.

Por eso nos debe llamar la atención que el concepto de orden público económico en sus más recientes formulaciones sea identificado con una situación social y económica determinada, más que con un conjunto coherente y distintivo de principios. A este respecto puede citarse lo siguiente:

*“... la Constitución Política de la República chilena no contempla normas de orden público económico, en el sentido que le hemos conferido, sin perjuicio de sentar las bases para que fuentes normativas de inferior jerarquía contengan esta clase de disposiciones. Lo que realmente desarrolla extensamente nuestra carta fundamental es un catálogo de derechos y libertades individuales, además de ciertos principios básicos sobre la administración, tendientes a limitar la acción e injerencia del Estado en materias económicas. Vemos en definitiva, que existe la finalidad del bien común en su aspecto material, la que se logra por una situación de orden público económico, gracias a la efectiva vigencia de los principios del orden público económico fundamental garantizada por la existencia de una serie de normas funcionales, incluso penales, o de orden económico instrumental. Una vez entendido este trabalenguas, se capta todo el marco del orden público económico y se puede entrar a analizar substantivamente el problema del bien jurídico tutelado por el Derecho Penal Económico”.*<sup>22</sup>

De nuevo entonces tenemos un concepto que no puede tener un uso pacífico en el derecho constitucional chileno. Como explica el profesor Streeter este concepto tiene significaciones equívocas, algunas de ellas se confunden con principios constitucionales más tradicionales, otras incluyen aspectos orgánicos de derecho positivo de difícil sistematización o incluso pueden llegar a ser un verdadero trabalenguas que se identifica con ciertas situaciones de hecho. Es más sencillo y fructífero entonces, para que nos entendamos, recomendar a la doctrina y la jurisprudencia constitucional chilena el abandono del uso de las nociones de orden público económico y que utilicen en sus opiniones y resoluciones los viejos principios constitucionales de libertad, igualdad y propiedad.

#### IV. Otros Principios Constitucionales

Para explicar las disposiciones del artículo 19 número 21 también se han citado otros principios que tienen su asidero más directo en las normas positivas de nuestra constitución política. Entre ellos podemos citar el principio de aplicación preferente del

22 Avilés Hernández, V.M. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO Y DERECHO PENAL Editorial Jurídica Conosur Ltda. pag. 259 (1998).

derecho común a la actividad económica;<sup>23</sup> el principio de que el Estado empresario sólo puede actuar por mandato legal expreso;<sup>24</sup> el principio de no usar recursos públicos para fines privados,<sup>25</sup> y finalmente, el principio de la proporcionalidad de la intervención estatal en cada mercado,<sup>26</sup> que es un principio de consideración relativa según el mercado de que se trata. Todos estos principios específicos están fundados en el principio más general de igualdad constitucional.

Por ejemplo, el principio de aplicación preferente del derecho común, significa rechazar la idea que se constituyan regímenes legales que puedan beneficiar a determinadas entidades públicas o privadas en detrimento de otras. Al aceptar este principio se trata de incentivar la formación de un régimen jurídico común, de adoptar reglas claras

- 23 Este principio se desprende del propio tenor del artículo 19 número 21 que dice: *"El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser asimismo de quórum calificado"*. Tanto el inciso primero como el segundo de esta disposición nos remiten al derecho común y nos instan a cumplirlo en la actividad económica. Se trata con este mandato constitucional de evitar la proliferación de regímenes especiales y especialmente encuadrar la acción empresarial del Estado a las reglas que deben cumplir todos los empresarios en su actividad económica obligándolo a actuar como un agente más en el mercado. Se trata de una propuesta fundada en el principio de igualdad económica.
- 24 Este principio se fundamenta en las normas generales sobre actuación de los órganos del Estado que se expresan directamente en el artículo 7 y también en el artículo 6 de la Constitución chilena vigente. Se ha llamado a esta disposición la regla de oro del derecho constitucional chileno. El Estado en todas sus actuaciones debe someterse a estos principios y por consiguiente, también su actividad económica o empresarial queda sometida a estas exigencias que se resumen en que el Estado sólo puede hacer aquello para lo cual está expresamente facultado. Ver considerando séptimo del fallo referido a la interpretación de la expresión *las normas legales que la regulen* que adopta la interpretación estricta de que se entiende por esta frase citando los artículos 6 y 7 de la constitución chilena y que fue resuelto en la sentencia recaída en el recurso de amparo económico por la Asociación de exportadores y Embotelladores de Vinos A.G. contra el decreto supremo No 166 del Ministerio de Agricultura en los autos Rol No.4.013-95, sentencia dictada el 25 de mayo de 1996 por la Corte de Apelaciones que fue confirmada en su oportunidad por la Corte Suprema, citado en Ureta Silva, I. RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO Editorial Jurídica Conosur, Santiago pag.161 (1997).
- 25 Este principio se apoya también en ambos incisos del artículo 19 número 21 de la Constitución chilena porque por una parte, si el Estado usa recursos públicos para fines privados inhibe el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica y por la otra, porque si se exige ley de quórum calificado, es decir una super mayoría legislativa de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (artículo 63 inciso final de la Constitución chilena) se está asegurando la discusión pública para justificar la acción estatal de participar o desarrollar actividades económicas como empresario. Ver considerando segundo de la sentencia recaída en el recurso de amparo económico interpuesto por la Asociación Gremial de Impresores de Chile con Ejército de Chile, autos Rol No.2.396-91E, resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago y citado en Jaederlund Lútecke, EL RECURSO DE AMPARO ECONÓMICO Librotecnia, Santiago p.156 (1999).
- 26 Este principio es también una consecuencia de una lectura sofisticada del artículo 19 número 21 de la Constitución chilena que supone vincular estas normas al régimen del derecho de la libre competencia en Chile y a consideraciones de la realidad de los mercados donde efectivamente tiene que ser posible que los entes privados coexistan y puedan desarrollar su iniciativa económica conjuntamente en un mismo mercado. Ver página 17 del escrito de Recurso de amparo económico en los autos Rol No.4538-99, interpuesto por la Asociación Nacional de la Prensa contra Empresa de Transportes de Pasajeros Metro S.A. patrocinado por el abogado y profesor Enrique Barros Bourie y otros que dice textualmente: *"Es un problema de proporcionalidad, que resulta decisivo al momento de aplicar la posición constitucional. Mientras en el conjunto de la actividad inmobiliaria y publicitaria carece de toda relevancia relativa (pues no representa siquiera el uno por mil del gasto en dividendos y publicidad), ocurre que en el negocio periodístico en que pretende participar el efecto relativo del diario "Metro" tiende a ser por completo determinante (pues puede aspirar de partida a más de un 30% del mercado de diarios matutinos de Santiago)"*.

que a todos rijan y respecto de las cuales todos los agentes económicos deben conformar su conducta. Se trata de un principio constitucional que busca la formación y el mantenimiento de un mercado que se rige por las mismas reglas.

Por su parte, los principios referentes a que el Estado, incluyendo por cierto el Estado empresario, sólo puede actuar por mandato legal expreso y que no pueden usarse recursos públicos para fines privados, también constituyen principios constitucionales ligados al principio de igualdad. Estos principios uniforman la acción del Estado en la esfera económica y en el mercado, homologando esta actividad a todas las demás formas de acción del Estado. Sin embargo, también supone aceptar que las instituciones estatales sólo pueden justificar su actividad (incluida la empresarial) en la medida que la realicen en beneficio de todos los chilenos y no respecto de un grupo o subgrupo particular de ellos. Con la imposición de estos requisitos se busca evitar la “captura” de las instituciones estatales, es decir que estas instituciones sean beneficiosas para ciertas personas solamente (sean sus propios funcionarios o personas o entidades privadas).<sup>27</sup>

Asimismo, el principio de la proporcionalidad de la intervención estatal en cada mercado, que es un principio de consideración relativa según el mercado que se trata, es también un principio vinculado al principio de igualdad constitucional, particularmente ligado a una noción de igualdad proporcional. Al justificar la existencia de este principio se piensa que cada mercado responde a una lógica de atomización o concentración de sus agentes que es diversa y que por consiguiente deben observarse patrones particulares al momento de decidir la intervención estatal adecuada. Se trata con la argumentación a favor de este principio de igualdad proporcional, de lograr que el Estado se constituya en un agente económico más. En definitiva, que el Estado mediante su actividad empresarial no sea el que desfigure la forma óptima de ordenar un mercado en nuestra realidad económica chilena.

## V. Procedimientos y Consecuencias

Finalmente, para explicar algunos aspectos procesales relevantes del recurso de amparo económico, debemos en primer término tener presente la Ley 18.971 que en su artículo único regula el procedimiento según el cual esta acción debe ser tramitada:

“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones del artículo 19 número 21, de la Constitución Política de la República de Chile.

27 Ver Olson, M. THE RISE AND DECLINE OF NATIONS Yale University Press New and London p.26-27 (1982).

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá interponerse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin mas formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación que deberá interponerse en el plazo de cinco días, ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.

Los aspectos procesales más significativos son en primer término, la relación que existe entre la acción de amparo económico y otros recursos o acciones constitucionales, particularmente con el recurso de protección.<sup>28</sup> Tal como ha explicado originalmente el profesor Paulino Varas la naturaleza jurídica del recurso de amparo económico es una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en el cual no se requiere interés especial para interponerlo. El procedimiento por el que se rige es el del recurso de amparo, respecto del mismo procede la orden de no innovar y no requiere de un auto acordado para su tramitación.<sup>29</sup> A estas características el profesor Enrique Navarro ha agregado por aplicación de las normas generales, que el tribunal competente es la Corte de Apelaciones respectiva, que su tramitación se rige por el principio inquisitivo, que el plazo de la apelación del recurso es de cinco días, que procede la consulta y que eventualmente el actor sin fundamento puede ser responsable por los daños.<sup>30</sup> Aunque inicialmente hubo algunas dudas, hoy se acepta la posibilidad de interposición o de vista conjunta de los recursos de

28 Ver Varas, P. *Amparo Económico Recurso Jurisdiccional establecido por la Ley orgánica No.18971 de 10 de marzo de 1990 para caustelar la libertad económica consagrada en el Artículo 19 No.21 de la Carta Fundamental* REVISTA DE DERECHO PÚBLICO, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago p.45 y ss. Vol. No.49 (1991). El profesor Varas cita el informe técnico de los Ministerios de Interior, Economía y Hacienda que dieron origen al proyecto en el cual se puede apreciar el objetivo procesal del recurso de amparo económico, a saber: “Por tanto, se ha considerado como una solución adecuada a la posible indefensión efectiva de los particulares, la creación de una nueva acción específica, que reuniendo características semejantes al recurso de protección, haga más efectivo el resguardo de los derechos empresariales. La ineptitud del recurso de inaplicabilidad que se deduzca por infracción a la Constitución por parte de una ley que autorice una incursión empresarial del Estado, se manifiesta en que con él no se obtiene la derogación de la ley, y en que los excesos estatales pueden provenir de la conjunción de varias leyes y otros factores. El recurso de protección, por su parte, plantea en esta materia dificultades, como por ejemplo, el reducido plazo existente para interponerlo, el ‘sancionamiento’ de la infracción estatal si no se interpone en el referido plazo, y la necesidad de que lo formalice únicamente quien sufra actualmente privación, perturbación o amenaza en el ejercicio del derecho de emprender, o en su nombre, sin consideración a que el interés general exige la efectividad del principio de subsidiaridad” (p.51).

29 Ver Varas, P. en ibid supra nota 28, p.68.

30 Navarro, E. *Recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990-1995)* REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago p.264 Vo.57-58 (1995).

amparo económico y otros recursos.<sup>31</sup> También se acepta que es posible interponer el recurso de amparo económico contra un particular.<sup>32</sup> Sin embargo, al menos en un caso no se ha aceptado la interposición de un recurso de amparo económico cuando un asunto está sometido al conocimiento de otro tribunal como es el caso de la H. Comisión Resolutiva de la Ley Antimonopolios.<sup>33</sup>

Finalmente, después de diez años de haber sido dictada la ley que autoriza la acción del recurso de amparo económico parece necesario hacer una evaluación con respecto a los resultados que con ella se han obtenido. Es importante por ejemplo evaluar lo que ha significado para las empresas públicas y privadas la exigencia de autorización expresa para iniciar nuevas actividades por parte del Estado y su efecto consecuente sobre el proceso de modernización de las empresas públicas.<sup>34</sup> Asimismo, conviene analizar el porqué muchos de los recursos de amparo económico son interpuestos por asociaciones gremiales o agrupaciones que a veces parecen defender una estructura de mercado determinada que les es favorable para seguir desarrollando sus negocios de un modo tradicional.<sup>35</sup> En fin, es necesario hacer una evaluación de los resultados y las consecuencias económicas particulares que en determinados mercados han tenido las resoluciones judiciales que han sido dictadas en estos recursos. Es necesario determinar si estas resoluciones efectivamente han favorecido la libre competencia, la libertad y la prohibición de la discriminación arbitraria que son la base jurídica de un mercado bien ordenado. Pero estos puntos de controversia, por ser cuestiones que tienen componente empíricos, son quizás materia de otro estudio.

- 31 Ver opiniones coincidentes sobre este punto de los académicos de la Universidad de Chile en comentario de jurisprudencia de recurso de amparo económico de Aguas Cordillera S.A. contra Ministerio de Obras Públicas de Navarro, E. y Avilés, V.M. en REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho, Universidad de Chile páginas. 225-231 (1999).
- 32 Ver recurso de amparo económico por la Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G. contra el decreto supremo N°166 del Ministerio de Agricultura en los autos Rol No.4.013-95, sentencia dictada el 25 de mayo de 1996 por la Corte Apelaciones que fue confirmada en su oportunidad por la Corte Suprema. Ver también caso Aguas Cordillera S.A. contra Ministerio de Obras Públicas en REVISTA DE DERECHO PÚBLICO Facultad de Derecho, Universidad de Chile páginas. 217-231 (1999).
- 33 Ver considerando noveno de sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago dictada el 13 de abril de 1999 en caso Startel S.A. contra H. Comisión Resolutiva de la Ley Antimonopolios que dice textualmente: "*Que en consecuencia, siendo la actuación impugnada la dictación de una resolución judicial y aún, esa misma, en cuanto extendió una medida precautoria y denegó su alzamiento, desde que emana dicha resolución de tribunal orgánica y funcionalmente competente, el recurso de amparo económico deja de ser el medio idóneo para su impugnación, especialmente si se pronunció en un proceso legal debidamente sustanciado y tramitado*".
- 34 Ver la discusión sobre la incorporación de nuevas tecnologías en empresas estatales, por ejemplo, en los siguientes recursos de amparo económico: Armat S.A. contra Casa de Moneda Rol No.1.328-92; Publicaciones Técnicas S.A. contra Empresa Periodística La Nación S.A. Rol No.2.410-97 y Asociación de Impresores de Chile contra Empresa Correos de Chile Rol No.3.817-98.
- 35 Por ejemplo, han participado en recursos de amparo económico Asociación Gremial de Impresores de Chile; Asociación de Armadores Artesanales de la VIII Región; Asimet A.G.; Achima A.G.; Asociación Gremial de Impresores de Valparaíso; Asociación de Exportadores y Embotelladores de Vinos A.G.; Sociedad Nacional de Agricultura; Asociación de Trabajadores de Carros Móviles; Confederación Nacional de Trabajadores del Transporte Terrestre; Asociación de Impresores de Chile; Asociación Chilena de Seguridad; Asociación Nacional de la Prensa; Sociedad de Fomento Fabril.

## VI. Conclusiones

En el presente trabajo se pueden encontrar las siguientes conclusiones:

- 1) Que la disposición del artículo 19 número 21 se vincula a los derechos constitucionales de libertad (en su versión de libertad de trabajo, libre iniciativa y libertad empresarial); de igualdad (igualdad ante la ley, igualdad proporcional y otros principios igualitarios conexos) y al derecho de propiedad, que son la base de la libre competencia.
- 2) Los mandatos constitucionales expresados en la disposición del artículo 19 número 21 tienen un carácter complejo y adoptan variadas formas por lo que no podemos circunscribirlo exclusivamente a un carácter defensivo negativo, sino también debemos aceptar que esta disposición incluye mandatos que adoptan formas activas y positivas del Estado. Asimismo, la disposición que es motivo de este trabajo también se presenta como una garantía y parece un derecho fundamental del tipo creencia.
- 3) Los conceptos de subsidiaridad y orden público económico, aunque han sido citados por la doctrina y la jurisprudencia como principios de derecho constitucional, no alcanzan una formulación clara y estable. Ellos responden por una parte a una visión iusnaturalista católica sobre la constitución chilena y por la otra a un cúmulo de observaciones tautológicas sobre los principios constitucionales económicos chilenos. Estos dos conceptos deben dejar paso a una concepción constitucional que recoja la verdadera tradición liberal democrática chilena y que se funda más directamente en los principios constitucionales de libertad e igualdad. Por consiguiente, desde el punto de vista de la tradición democrática liberal se recomienda no seguir utilizando los principios de subsidiaridad y orden público económico en el debate académico y tampoco basar en ellos las decisiones jurídicas constitucionales.
- 4) Es necesario evaluar las consecuencias que para la modernización del Estado, como también para la incorporación de nuevas tecnologías en la esfera estatal puede tener la resolución irreflexiva y la interpretación restrictiva de los recursos de amparo económico. A este respecto conviene tener presente que el Estado puede en algunas circunstancias ser la única persona que como empresario puede intervenir para estructurar y organizar en una forma económica óptima y disciplinar mejor todos los demás agentes económicos en un mercado específico. Este puede ser el caso, por ejemplo de un mercado que puede tener rasgos oligopólicos. El Estado puede ser a veces el necesario catalizador

de una nueva organización económica, de manera que un mercado específico comience a regirse en forma efectiva por un principio constitucional de libertad e igualdad. Ese es por lo demás el ejemplo histórico que representa en nuestro mercado de la educación superior, la institución estatal de la Universidad de Chile.