

EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONOMICA EN LAS ACTAS DE LA COMISION DE ESTUDIOS NUEVA CONSTITUCION

RAMÓN HUIDOBRO SALAS

Ayudante de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

I. INTRODUCCION

El Decreto Supremo N° 260 de fecha 21.04.1983, del Ministerio de Justicia,* así como los preceptos contenidos en los artículos 19 y siguientes del Código Civil, sirven de fundamento al presente trabajo, el cual tomará como base el estudio de la historia fidedigna del establecimiento del *derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica* consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de 1980, buscando determinar el elemento histórico de interpretación y así fijar el verdadero sentido y alcance de este precepto a través del pensamiento del constituyente, ayudando así a la correcta comprensión de las instituciones evitando su desnaturalización y la pérdida de los fines que se han tenido en vista al establecerla.

Se indicarán en las páginas siguientes los antecedentes de esta disposición constitucional, tomando de las actas de la CENC las materias tratadas por los comisionados referente a él y en especial los aspectos que se consagraron en definitiva en la Carta Fundamental de 1980, sin perjuicio de incluir algunos tópicos relativos a derechos o instituciones que no fueron incorporados en cuanto ellos

* El cual establece que debe tenerse como actas oficiales de la Comisión de Estudios Nueva Constitución Política de la República, las que constan en colecciones, cada una de ellas de once tomos, que debidamente autenticadas por el Presidente y Secretario de dicha Comisión, se depositarán, respectivamente, en la Corte Suprema, en el Tribunal Constitucional, en la Secretaría de la Junta de Gobierno y en el Ministerio de Justicia. Véase texto completo en el apéndice.

sirven al propósito de clarificar el sentido de la institución en estudio.

Este trabajo no tiene otro fin que el de servir a quienes deseen conocer los antecedentes que se han tenido en vista para la redacción y consagración del precepto constitucional tratado, sistematizando las opiniones de los comisionados por materias y en un orden que hagan posible comprender el debate y por este medio determinar cuál fue el sentido y alcance que el constituyente le dio a dicha normativa constitucional. Se han agregado algunas aclaraciones cuando la importancia, complejidad o poca claridad del tema lo exige, así como se incluyeron notas bibliográficas que darán al lector la posibilidad de confrontar la opinión de distintos autores sobre la materia; pero debo aclarar que dicha bibliografía sólo se refiere a los aspectos constitucionales del tema en estudio y sólo en algunos casos muy particularmente se hace mención a algún trabajo más técnico.

II. EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONOMICA Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO¹

El precepto a tratar, no se encontraba en la Constitución Política de la República de 1925, sino que su primer antecedente lo encon-

¹ Sobre este tema puede consultarse como bibliografía general: J. L. Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980*, Ed. Jurídica de Chile, Stgo. de Chile, 1988, 50; E. Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, Stgo. de Chile, 1986, II, 318 ss.; E. Pfeffer Urquiaga, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica Ediar-Conosur (2ª ed.), 1987, I, 405 ss. Sobre *Estado empresario* en particular puede verse: R. Bertelsen Repetto, *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14 (1987) N° 1, 120-125; J. D. Carmona Peralta, *Análisis del Proyecto Elaborado por la Comisión de Estudios de Leyes Orgánicas Constitucionales*, en *Política* N° 13 (1987), 29-46; J. L. Cea Egaña, *ob. cit.*, 174 ss.; M. Daniel Argandoña, *La Organización Administrativa de Chile. Bases Fundamentales*, Ed. Jurídica de Chile (2ª ed.), Stgo. de Chile, 1985, 113 ss.; J. Precht Pizarro, *Análisis de la legislación complementaria constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. cit., 127-140; también, *Gobierno y Administración en la Constitución de 1980* (Acepciones y radicación orgánica), en *Gaceta Jurídica* N° 67 (1986), 22-25; P. Pierry Arrau, *Cambios en la estructura administrativa del Estado*, en esta *Revista* N° 33-34 (1983), 105 ss.

tramos en las actas de la CENC, posteriormente el artículo fue revisado por el Consejo de Estado y aprobado por la Honorable Junta de Gobierno, estableciéndose su consagración definitiva en el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución Política de 1980, que dispone: "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 lo 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".

Luego de tratarse de la libertad de trabajo por la CENC, se estimó conveniente enfatizar este derecho y así precaver cualquier obstáculo que pudiese interferir con el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. En efecto, al establecer una norma en esos términos los particulares estarían protegidos, pudiendo desarrollar las actividades que deseen, siempre que respeten las normas legales que las regulen. En esta forma ha querido protegerse la libre iniciativa individual en materia económica.

Respecto del inciso segundo del artículo 21, que consagra lo que se ha denominado la actividad empresarial del Estado, norma que ha sido consagrada en respuesta a las necesidades de la vida moderna y de la actividad estatal, debido a la búsqueda de fórmulas nuevas y más eficientes para el desarrollo de dicha actividad y así alcanzar los fines propuestos por el Estado en búsqueda del bien de la comunidad.

Sobre lo expuesto dice el profesor don Eduardo Soto Kloss textualmente: "El paso de un Poder Ejecutivo cautelante de las garantías individuales a un Poder Ejecutivo transformado ya en un verdadero Poder administrador, interviniendo en la actividad de los particulares con criterios configuradores de un nuevo equilibrio social, originaría además, de los órganos denominados clásicamente servicios públicos, servicios o entidades de tipo industrial y/o comercial prestadores de bienes y/o servicios, los que adoptarán una estructura especial: serán llamadas 'empresas estatales'..."²

² E. Soto Kloss y G. Reyes Román, *Régimen jurídico de la Administración del Estado*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980, 24.

En Chile este proceso también ha tenido lugar, según lo plantea el profesor don Manuel Daniel "...la creación de empresas del Estado es ya una expresión de este proceso, porque a ellas se aplica en su actividad el derecho privado, aunque, orgánicamente, siguen siendo de derecho público".³

Ahora, respecto de este derecho al desarrollo de actividades empresariales por el Estado el profesor Daniel agrega: "...sin embargo, desde la vigencia de la actual Constitución y conforme a lo prevenido en el inciso 2º Nº 21 de su art. 19, el Estado necesita una autorización legal otorgada por ley de quórum calificado".⁴

Queda también claro según el precepto constitucional y por lo señalado en las actas de las sesiones, que el Estado en esta actividad empresarial deberá someterse a la misma legislación común que rige para los particulares sobre la materia, lo cual queda acreditado con lo expuesto en el punto 5 del presente trabajo.

Se trató del precepto constitucional por los comisionados en las sesiones 388, de 27 de junio de 1978; 393, de 4 de julio de 1978; 394, de 4 de julio de 1978; 398, de 11 de julio de 1978 y la sesión 399, de 12 de julio de 1978, en la cual consta su aprobación.

1. *La libre iniciativa para desarrollar actividades económicas, necesidad de incluirla entre los derechos constitucionales*

El señor Ortúzar (Presidente) "manifiesta que corresponde ocuparse en las materias que deberá contener el anteproyecto de Constitución con relación al Orden Público Económico.

Informa que la señora Romo entregó sobre el particular una minuta que dice lo siguiente:

1. Libertad y libre iniciativa para desarrollar las actividades económicas como expresión de la libertad personal.

"Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad, ya sea en forma individual o a través de empresas que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública" (sesión 388, pp. 2898 y 2899).

El señor Bertelsen "opina que hay que considerar un número en el artículo o un artículo dentro del capítulo de las Garantías

³ M. Daniel, *ob. cit.*, 112.

⁴ M. Daniel, *ob. cit.*, 116. Sobre el particular puede consultarse, además: P. Pierry, *ob. cit.*, 105.

Constitucionales que, como proyección de la libertad personal, asegure la libertad de desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Manifiesta que lo anterior es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática" (sesión 388, p. 2905).

La señora Romo "hace hincapié en que el Estado, mediante disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de las actividades económicas, situación que se ha presentado, por ejemplo, en el caso de DIRINCO, contrariándose la política económica del gobierno. Concuerta, en consecuencia, con la proposición del señor Bertelsen" (sesión 388, p. 2905).

El señor Guzmán "...También considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las Garantías Constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquiera actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho a la propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan, al que no se ha dado la importancia que merece, y como un número distinto del derecho de propiedad privada ya constituido sobre un bien determinado" (sesión 388, p. 2905).

El señor Ortúzar (Presidente) "concuerta con la idea del señor Guzmán, por estimar que implicaría explicitar garantías que en cierto modo ya consignaban la libre iniciativa en el campo económico" (sesión 388, p. 2906).

El señor Carmona "dice rechazar por principio las constituciones doctrinarias, pues tienden a dar un sentido que obliga a quienes sustentan posiciones contrarias a luchar por establecer posiciones acordes con ella. Sin embargo, se declara partidario de consagrar en el nuevo texto una nueva filosofía económica. Comparte el criterio de consignar el principio de la libre iniciativa en el campo económico separado de la garantía constitucional del derecho de propiedad y sustentado en los valores mencionados anteriormente, pero establecido en forma tal que consagre el principio de subsidiariedad por su texto más que por su enunciado teórico o filosófico, señalando concretamente que sólo por ley específica y con reconocimiento de la ciudadanía será factible establecer beneficios especiales a favor de ciertos sectores o actividades económicas, evitando designar a las empresas, sean del Estado o no, para no caer en la tendencia de la Constitución de 1925 de ir agregando normas que

en las postrimerías de su vigencia le dieron un carácter cada vez más estatista" (sesión 388, p. 2906).

El señor Ortúzar (Presidente) "...Señala que, en seguida, la comisión se abocó al estudio del memorando remitido por el sector económico. Respecto de la primera disposición, relativa a la libertad y libre iniciativa para desarrollar actividades económicas hace saber que la comisión acordó incorporarla inmediatamente antes de la libertad para adquirir el dominio y del derecho de propiedad redactándola en los términos siguientes: "La Constitución asegura: La libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así. Sin embargo, podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio así lo autorice" (sesión 393, p. 3001; aprobación en sesión 398, p. 2924).

2. *El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica...*

2.1. La garantía protege específicamente la libertad para desarrollar cualquiera actividad económica

El señor Ortúzar (Presidente) "...Propone iniciar el estudio de las disposiciones en forma separada. Informa que la primera preceptúa que: 'Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad'. Añade que, en primer lugar, tiene dudas en cuanto si se trata de cualquier actividad o de cualquier actividad económica, sobre todo si se considera que se estimó necesario ampliar la garantía del derecho al trabajo. Señala que a continuación la norma dice: 'ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres, el orden y salubridad pública'. Advierte que deberá resolverse si lo anterior se establece como una garantía constitucional nueva, su ubicación y los términos" (sesión 388, p. 2907).

El señor Bertelsen "declara que no puede menos que estar de acuerdo con la inclusión de una garantía constitucional tan amplia respecto de la libertad personal. Sin embargo, recuerda que para otro tipo de actividades ya se ha hecho una consagración específica en la Carta Fundamental, por lo que estima indispensable precisar que en este caso se trata de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica" (sesión 388, p. 2908).

El señor Guzmán "apunta que desde un comienzo advirtió la omisión de la palabra 'económica' y que, por lo tanto, era necesario agregarla" (sesión 388, p. 2908).

El señor Ortúzar (Presidente) "dice que, conforme a la enmienda sugerida, la norma quedaría en los siguientes términos: 'Toda persona tiene el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, ya sea en forma individual o a través de una empresa' —a su juicio la expresión 'que organice o adquiera' está de más— 'sin más limitaciones que aquellas que impongan la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y salubridad pública.'" (sesión 388, p. 2908).

El señor Bertelsen "argumenta que ese texto da la impresión de que la iniciativa es libre. Cree que es más amplio establecer 'la libertad para desarrollar cualquiera actividad económica'. O sea —agrega—, para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc..." (sesión 388, p. 2912).

2.2. Formas de desarrollar las actividades económicas.

Individual o asociada

El señor Bertelsen propone decir: "La libertad para desarrollar actividades económicas, sea en forma personal o a través de empresas" (sesión 388, p. 2908).

El señor Guzmán "consulta cuál sería el alcance de la modificación" (sesión 388, p. 2908).

El señor Ortúzar (Presidente) "anota que, en realidad, puede haber empresas personales" (sesión 388, p. 2908).

El señor Bertelsen "considera necesario establecer algún distinción que garantice la libertad, no sólo para desarrollar individualmente cualquier tipo de actividad económica, sino también para hacerlo en forma agrupada. A su juicio, debe recordarse que en Chile ha habido sociedades prohibidas, como fue el caso, hasta hace muy poco tiempo, de las sociedades anónimas agrarias" (sesión 388, p. 2908).

La señora Romo "sugiere usar el término 'asociada'" (sesión 388, p. 2908).

El señor Ortúzar (Presidente) "lee la primera parte de la disposición en los términos que podría ser aprobada: 'Toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada', haciendo presente luego que no es correcto contraponer el término 'empresa' a la expresión 'forma indivi-

dual', porque la empresa pueda ser individual o asociada" (sesión 388, p. 2908).

El señor Guzmán "propicia, no obstante, la distinción entre las formas individual y asociada, incluir en el artículo la palabra 'empresa', que a su juicio tipificaría de manera muy nítida esta garantía como diferente de la relativa a la libertad de trabajo. Aunque reconoce que la agregación antedicha no es en absoluto necesaria desde el ángulo jurídico-constitucional, la estima útil desde el punto de vista de que las normas de la Carta deben ser de percepción fácil e inclusive didáctica para la opinión pública" (sesión 388, p. 2909).

El señor Carmona "aduce que la expresión 'actividad económica' es muy amplia, de manera que comprende la libertad de formar todo tipo de empresas..." (sesión 388, p. 2909).

El señor Guzmán "señala que su propósito tal vez podría obtenerse con una redacción que dijese: 'La libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada, y a través de cualquier tipo —o 'género'— 'de empresa'" (sesión 388, p. 2909).

El señor Carmona "objeta que en esa fórmula se da el carácter de empresa a cualquier actividad económica individual, lo cual le parece discutible" (sesión 388, p. 2909).

El señor Ortúzar (Presidente) "basado en que la 'empresa', como lo ha afirmado la Comisión, es una comunidad humana de trabajo, que supone la participación de un empresario, que aporta capital, y de trabajadores, admite que puede sostenerse que la 'actividad económica individual' —desarrollada por una sola persona, sin la asistencia de trabajadores— no constituye una 'empresa'" (sesión 388, p. 2909).

Desestimada la inclusión del vocablo "empresa", por innecesario, la primera parte de la disposición queda aprobada en los siguientes términos: "La libertad para desarrollar cualquier actividad económica, sea en forma individual o asociada" (sesión 388, p. 2909).

3. *Que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*

El señor Ortúzar (Presidente) "somete a debate la segunda parte del precepto, que reza así: '...sin más limitaciones que aquella que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres y el orden y la salubridad pública'" (sesión 388, pp. 2909 y 2910).

El señor Carmona "advierde que las expresiones 'moral' y 'buenas costumbres' son prácticamente sinónimas" (sesión 388, p. 2910).

El señor Guzmán "recuerda que, en general, la Comisión ha evitado la referencia a las 'buenas costumbres', manteniendo únicamente la mención de la 'moral', en la mayor parte de las garantías constitucionales" (sesión 388, p. 2910).

Se acuerda suprimir los términos "las buenas costumbres" (sesión 388, p. 2910).

El señor Ortúzar (Presidente) "expone que en el texto sugerido se encomienda a la ley determinar las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de la libertad económica en virtud de las causales en él enumeradas. Explica que la fórmula alternativa —consistente en disponer: '...siempre que no sea contraria a la moral, el orden y la salubridad públicos'— presenta el inconveniente de confiar tal determinación a la autoridad administrativa. Agrega que respecto de la libertad de trabajo se dijo: "Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibido, a menos que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Aclara que, salvo el interés nacional, en los demás casos no hay referencias a la ley" (sesión 388, p. 2910).

El señor Bertelsen "considera peligrosa esa interpretación y consulta si sería correcto que una autoridad administrativa prohibiera determinado tipo de trabajo por estimarlo atentatorio contra la moral" (sesión 388, p. 2910).

El señor Ortúzar (Presidente) "señala que la ley tendrá que ser general, ya que no podrá especificar cuáles son los casos en que, en razón de la moral, no puede desarrollarse determinada actividad económica, porque son infinitos" (sesión 388, p. 2910).

El señor Carmona "...sugiere agregar la frase 'sin otras limitaciones que las que establezca esta Constitución o la ley por razones de interés nacional', pues el término 'interés nacional' comprende la moral, las buenas costumbres, y el orden y salubridad públicos" (sesión 388, p. 2912).

La señora Romo "apoya la sugerencia del señor Carmona de hablar de que no hay otras limitaciones que las que la Constitución o una ley especial imponga, ya que el legislador podrá consagrar siempre restricciones por motivos de interés nacional" (sesión 388, p. 2914).

El señor Carmona "propone uniformar los criterios en el sentido de que el interés nacional lo incluye todo, pues la ley es la que debe ocuparse de los pormenores" (sesión 388, p. 2915).

El señor Guzmán "opina que debe existir un acercamiento lo más estrecho posible a la redacción, porque puede que de otro modo la idea no resulte clara.

Advierte que en este debate, la Comisión, con su solo voto en contra, estimó que ya existía en Chile una jurisprudencia y una costumbre que daban a cada término un sentido determinado, y que, por ejemplo, no cabía hablar de 'interés nacional' para expropiar un pequeño camino requerido para utilidad pública, pues aquél es un concepto mucho más amplio. No rechaza la aprobación de los términos 'interés nacional' como única excepción, pero cree que su interpretación no puede ser tan amplia que permita cubrir toda la gama de situaciones previstas en la proposición sometida a debate" (sesión 388, p. 2915).

La señora Romo "considera que 'interés nacional' podría llegar a ser la expresión que se comprendiera exactamente las limitaciones razonables al referido derecho, sobre todo si se toman en cuenta que el resto de las disposiciones de orden económico lo complementará. Estima que, en el caso de expropiación por causa de utilidad pública, lo más relevante será, no lo que la motive, sino el efecto, que es el pago al contado, y añade que cuando se está prohibiendo al Estado desarrollar actividades económicas se están garantizando doblemente la iniciativa y actividad privadas, por lo que el interés nacional pasa a tener un marco bien delimitado" (sesión 388, p. 2915).

El señor Carmona "cree que al decir 'sin más limitaciones que las que señale esta Constitución' se están aceptando los criterios limitativos que en cada una de las disposiciones constitucionales van a restringir o la libertad de trabajo o el derecho de propiedad, y agrega que en cada norma hay una referencia expresa a la utilidad pública, a razones de moral o de buenas costumbres, con lo que ya se está aceptando esa terminología. En esas condiciones, cree que la ley quedará reducida a concepto de interés nacional, con lo que las restantes expresiones adquieren el carácter de obsoletas, limitantes e inductivas a la confusión" (sesión 388, pp. 2915 y 2916).

El señor Ortúzar (Presidente) "afirma que cada vez que se ha hecho mención de las limitaciones a las garantías ha sido por razones de moral, de orden público y de seguridad del Estado, y que por excepción se ha empleado la expresión 'interés nacional', cuando se ha tratado de aludir a la función social de la propiedad, que es un concepto distinto. No duda de que una ley que adujera razones de interés nacional podría prohibir todo lo que fuera contrario

a la moral, a las buenas costumbres y la seguridad del Estado” (sesión 388, p. 2916).

El señor Guzmán “sugiere consagrar la proposición del señor Carmona redactándola en términos diferentes, en el sentido de decir ‘sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en aplicación de algún precepto constitucional’” (sesión 388, p. 2916).

El señor Bertelsen “opina que ello obligaría a interpretar todos los preceptos de la Constitución en el futuro y que podría aparecer una norma producto de una reforma inesperada que abriera todas las puertas” (sesión 388, p. 2916).

El señor Carmona “prefiere que la Carta Fundamental lo señale y que una ley específica represente las razones de interés nacional que aconsejan actuar de una manera determinada” (sesión 388, p. 2916).

El señor Guzmán “dice entender la referencia a la Constitución en cuanto ésta faculta al legislador para reservar cierta categoría de bienes al Estado. Cree que podría ser grave que la Constitución restringiera en algunos casos directamente el derecho a la propiedad privada, pues podría entenderse que sólo en esos casos opera la limitación, en circunstancias de que ese derecho también puede ser restringido por una ley que aplique la facultad constitucional de reservar determinada categoría de bienes al Estado” (sesión 388, p. 2916).

El señor Ortúzar (Presidente) “cree acertado decir: ‘sin otras limitaciones que las que establece la Constitución’, que no son otras que las referidas al derecho de propiedad, el derecho al trabajo, y por último, las dispuestas por razones de interés nacional” (sesión 388, p. 2916).

La señora Romo “sugiere decir ‘sin otras limitaciones que las que establezca esta Constitución o una ley especial por razones de interés nacional’” (sesión 388, p. 2916).

El señor Bertelsen “cree que no interesa tanto que la ley sea general o especial como que sea concreta, específica” (sesión 388, p. 2916).

Se acuerda redactar la frase de la siguiente forma: “*Sin otras limitaciones que las que establezca la Constitución o que sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así*” (sesión 388, p. 2916).⁵

⁵ En definitiva, el criterio de la Comisión no prosperó y hoy las limitaciones son la moral, el orden público y la seguridad nacional, apareciendo ya en el texto del Consejo de Estado, y posteriormente fueron consagradas en la Constitución de 1980.

4. *El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza*

4.1. La actividad empresarial del Estado

El señor Ortúzar (Presidente) “manifiesta que corresponde ocuparse en las materias que deberá contener el anteproyecto de Constitución con relación al Orden Público Económico y entre ellas se encuentra la actividad empresarial del Estado, comienza el debate sobre el particular.

“El Estado, en su actividad empresarial, recibirá el mismo trato que los particulares...” (s. 388, p. 2899).

El Sr. Carmona... si se define “empresa del Estado” como aquella que le pertenece o en que tiene participación...” (s. 398, p. 3127).

El señor Ortúzar (Presidente) “destaca que con la ‘libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica’ no se está permitiendo la actividad del Estado en materia económica, en la hipótesis de no establecer la excepción relativa al Estado” (s. 388, p. 2913).

La señora Romo “expresa que de ese modo tampoco se está prohibiendo la actividad económica estatal” (s. 388, p. 2913).

El señor Bertelsen “precisa que las garantías constitucionales no se aseguran al Estado, sino a las personas, por lo cual no se está asegurando al Estado la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas” (sesión 388, p. 2913).

El señor Carmona “propone establecer que “sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades industriales y comerciales cuando una ley lo autorice” (sesión 388, p. 2916).

El señor Bertelsen “advierte que en este punto debe considerarse la situación de las sociedades mixtas” (sesión 388, p. 2917).

La señora Romo “explica que por tal razón se consigna la frase ‘...en forma directa o indirecta, a través de empresas en las que tenga participación o sea dueño’” (sesión 388, p. 2917).

El señor Ortúzar (Presidente) “hace notar que la norma constitucional sobre la capacidad del Estado para participar o desarrollar actividades económicas, por excepción, ya está aprobada,” (sesión 393, p. 3007).

4.2. Actividad del Estado es de carácter excepcional y materia de Ley de Quórum Calificado

El señor Carmona "...Lo que sí cree necesario es hacer referencia, en algún lugar del texto constitucional, al principio de que sólo en virtud de ley el Estado podrá formar y mantener empresas" (sesión 388, p. 2909).

El señor Carmona "...Sugiere agregar la frase: 'Sólo excepcionalmente mediante la autorización expresa de la ley el Estado puede emprender actividades económicas'. Explica que no incorpora la última proposición en el artículo 44 de la Carta Fundamental porque en esta norma debe incluirse no sólo la autorización para el funcionamiento de empresas estatales, sino además, lo atinente al proceso inverso: la transferencia de una empresa pública al sector privado..." (sesión 388, p. 2912).

El señor Carmona propone salvar el problema diciendo que "cualquier participación del Estado como empresa debe ser autorizada por ley" (sesión 388, p. 2917).

El señor Guzmán "indica que la proposición de la señora Romo sobre esta materia estaba consignada en el artículo encabezado por la frase 'sólo en virtud de una ley se puede', lugar, que a su juicio, es el que corresponde" (sesión 388, p. 2917).

El señor Carmona "observa que están enunciando un principio y deben establecer la excepción respectiva" (sesión 388, p. 2917).

El Sr. Guzmán "no cree que deba consignarse tal excepción, pues no están consagrando la iniciativa exclusiva de los particulares, sino la libre iniciativa privada, la que puede coexistir con la actividad estatal" (sesión 388, p. 2917).

El señor Bertelsen "opina que no sólo se está consagrando aquí la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, sino que, por principio, se la está prohibiendo al Estado, el que únicamente podrá abordarlas de modo excepcional" (sesión 388, p. 2917).

El señor Guzmán "estima que coinciden en la doctrina, en la filosofía y en los objetivos, y que discrepan de la ubicación de los preceptos y del alcance que, por separado, se les pretende dar" (sesión 388, p. 2917).

El señor Ortúzar (Presidente) "reitera que el Estado requerirá de una ley especial para desarrollar tales actividades, y que en cambio los particulares no precisarán ley alguna" (sesión 388, p. 2917).

El señor Carmona "reitera que la excepción debe consignarse de inmediato, a fin de que sólo en virtud de una ley el Estado pueda emprender dichas actividades, y, en cuanto a las materias que deben ser objeto de ley, sugiere redactar una norma general que autorice al Estado para intervenir en empresas propias de la actividad privada, ... y en la transferencia de las empresas públicas al sector privado. Considera que, por tratarse de materias relacionadas con la custodia de los recursos públicos, deben ser reguladas por ley y debatidas ante la ciudadanía" (sesión 388, p. 2917).

El señor Ortúzar (Presidente) "concuerta en la conveniencia de establecer en esta parte la excepción, sin perjuicio de hacer una referencia a la materia al tratar las que figuran en el artículo encabezado por la frase 'sólo en virtud de una ley se puede'" (sesión 388, p. 2918).

El señor Bertelsen "señala que el señor Guzmán acepta que, en principio, los particulares son quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva, y que el Estado sólo puede abordarlas cuando la ley, en forma excepcional, lo autorice, porque la garantía que se pretende establecer no es para concurrir con el Estado, sino para excluirlo de ciertas actividades" (sesión 388, p. 2918).

El señor Bertelsen "piensa que la solución reside en que en el inciso primero se conceda la más amplia libertad para desarrollar cualquier actividad económica, y en el segundo, al hacerse la excepción se establezca que 'el Estado podrá desarrollar actividades económicas empresariales', atendido que otras actividades económicas, como las normativas, las puede realizar sin necesidad de autorización legal" (sesión 388, p. 2920).

El señor Guzmán "apoya la proposición anterior, que a su juicio deja perfectamente en claro que también se requerirá ley para que el Estado se asocie en una empresa mixta, inclusive en carácter minoritario" (sesión 388, p. 2920).

El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que, sin lugar a dudas, la norma no tiene otro sentido, porque la excepción contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar el principio de subsidiariedad, al decir que "Sin embargo, el Estado podrá desarrollar actividades económicas si una ley especial así lo autoriza" (sesión 388, p. 2918).

El señor Guzmán "recuerda que, salvo casos muy calificados, la Comisión ha acordado la exigencia de dos tipos de quórum especiales para la aprobación de las leyes... Funda su proposición en

que la ley que reserve determinada categoría de bienes al Estado es incluso más importante que la que lo autorice para intervenir en determinada actividad empresarial, como que su uso malintencionado puede llevar a la estatificación del país entero" (sesión 388, pp. 2920 y 2921).

Se aprueba el inciso en los siguientes términos: "*Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice*" (sesión 388, p. 2920).

El señor Carmona "señala que se ha tratado la idea de que sólo por ley el Estado puede constituir empresas económicas y operar como cualquier empresa privada, y que ha considerado también la situación de que, cuando el Estado haya constituido propiedad pública sobre determinadas actividades económicas, se requerirá de ley para traspasarlas al sector privado,..." (sesión 394, p. 3036).

El señor Carmona "...y en la transferencia de las empresas públicas al sector privado. Considera que, por tratarse de materias relacionadas con la custodia de los recursos públicos, deben ser reguladas por ley y debatidas ante la ciudadanía" (sesión 388, p. 2917).

El señor Carmona "...porque en esta norma debe incluirse, no sólo la autorización para el funcionamiento de empresas estatales, sino además, lo atinente al proceso inverso: la transferencia de una empresa pública al sector privado..." (sesión 388, p. 2912).

El señor Ortúzar (Presidente) "dice que la proposición del señor ministro de hacienda es para que la privatización de una empresa pública se haga necesariamente por ley" (sesión 394, p. 3036).

El señor Carmona "cree pertinente exigir la existencia de una norma general que impida, por ejemplo, vender a un particular a precio vil una empresa del Estado.

Aclara que al respecto hay tres situaciones: primero, que el Estado decida constituir una empresa para una actividad económica específica, para lo cual requiere ley especial, con quórum calificado; segundo las nacionalizaciones que también necesitan una ley específica; y tercero, la transferencia del sector público al sector privado, por ejemplo, de acciones, de participaciones en empresas, de bienes públicos, etc., para cuyo efecto se precisa una ley marco que establezca las normas generales a que debe ceñirse el Gobierno. Existe acuerdo sobre el punto que se ha debatido (sesión 394, p. 3036).

4.3. El principio de subsidiariedad como consecuencia de la actividad del Estado⁶

El señor Guzmán "concuerta con el criterio sustentado por la Comisión en cuanto a que la iniciativa particular o privada es preferente y que sólo en virtud del principio de subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no puedan efectuar por sí solos.

Dice haber entendido que el objetivo del precepto era más modesto, en el sentido de que no pretendía por sí solo configurar todo el principio, sino colocar un eslabón que, junto a otros, dejara sólidamente afirmada la subsidiariedad.

Se opone a decir que el Estado no pueda desarrollar actividades económicas, porque se estaría empleando un término muy amplio. Añade que al Estado le corresponden dos grandes tipos de actividades en materia económica: una, aquella que nunca podrían realizar los particulares y dice relación con su calidad de gerente del bien común —con facultades que incluyen regulación, control,

⁶ Sobre principio de subsidiariedad puede verse, entre otros, en esta Revista, N° 15 (1974) H. Riesle, *Derecho de propiedad privada, bien común y principio de subsidiariedad*, espec. 49-56; en la N° 39/40 (1986) pueden verse los trabajos de E. Soto Kloss, *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad*, 33-49; C.I. Massini, *Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad*, 51-58 y N.P. Sagüés, *Principio de subsidiariedad y anti-subsidiariedad*, 59-71. Más ampliamente, pueden verse O. Lira, *El orden político*. Edit. Covadonga, Santiago de Chile, 1985, 65 ss.; A. Widow, *El hombre, animal político*. Academia Superior de Ciencias Pedagógicas, Santiago de Chile, 1984, 120-128; L. Sánchez Agesta, *Los principios cristianos del orden político*. IEP. Madrid. 1962, 79-140; J. Höffner, *Doctrina* cit. 47-51; A. F. Utz, *Ética social* cit. 304-324; J. Messner, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*. Rialp. Madrid. 1967, 331-343; A. Millán Puelle, *Economía y libertad*. CECA. Madrid. 1974, 405-433, y *Sobre el hombre y la sociedad*. Rialp. Madrid. 1976, 153-167; Calvez et Perrin, *Eglise et société économique*. Aubier. París. 1959, 394-426, espec. 410-420; H. Tagle, *El principio de subsidiariedad*, en Istmo (México) 118-119 (1978) 110-130, también en Persona y Derecho (Pamplona) 3 (1976); J. Vallet de Goytisolo, *Libertad y principio de subsidiariedad*, en Tres Ensayos. Speiro. Madrid. 1981, 109-154; Varios autores, *El principio de subsidiariedad*. Speiro. Madrid. 1982; para su referencia a la Constitución de 1980 vid. M. Viñuela H., *El principio de subsidiariedad en las Actas de sesiones de la Comisión Constituyente y su consagración en la Constitución de 1980* (Memoria de licenciado). Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile. 1989.

orientación, estímulo, etc.—, y la otra, que emprende de manera subsidiaria y que implica aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al apoyo prestado por el Estado, y que son necesarias para el país o pertenecen al campo del bien común...” (sesión 388, p. 2918).

El señor Bertelsen “destaca que jamás ha pensado que el Estado no debe tener intervención alguna en la economía, por cuanto le compete la función normativa y de control. Pero, añade, no puede, apoyado en el principio de subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización, excepto cuando los particulares no puedan o no quieran emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional. Advierte que, en este último caso no será por simple voluntad del Gobierno que el Estado ejerza esas actividades, por cuanto la ley deberá autorizarlo expresamente para ello” (sesión 388, p. 2919).

El señor De Castro (Ministro de Hacienda) “manifiesta que el principio fundamental es que el Estado sea subsidiario, por lo cual no cree que eso se pueda lograr si no existe un trato absolutamente igualitario para el Estado y las empresas privadas (sesión 393, p. 3008).

El señor Guzmán “...A su juicio, el principio de subsidiariedad no se agota con el respeto a la autonomía de las sociedades intermedias, sino que exige también que el Estado no incurriera en campos susceptibles de ser desarrollados por los particulares en forma eficaz y conveniente” (sesión 388, p. 2905).

5. *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, que deberá ser, asimismo, de quórum calificado*

El señor Guzmán consulta igualmente sobre el alcance de la frase “dicha actividad estará sometida a la legislación común” (sesión 398, p. 3109).

El señor Guerrero (Fiscal del Banco Central) “expresa que la idea es que el Estado, en el caso de que esté autorizado para tener empresas o para desarrollar una actividad empresarial, deba regirse por las mismas normas vigentes para el sector privado, sin privilegios ni estatutos especiales” (sesión 398, p. 3109).

El señor Guzmán “estima que la expresión ‘legislación común’ da la idea de un rango determinado dentro de la escala jurídica, y que la norma podría no ser lo suficientemente explícita para señalar lo que se pretende consagrar”. A su juicio, habría que buscar una redacción más enfática y complementaria, diciendo, por ejemplo, que “en tal caso dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija respecto del sector privado” (sesión 398, p. 3109).

El señor Ortúzar (Presidente) “estima obvio que ‘legislación común’ es la que rige para todos los que se encuentran en la misma situación” (sesión 398, 3109).

El Sr. Bertelsen “advierte que algunos autores aplican la expresión ‘legislación común’ a las reglas generales a las cuales están sometidos todos los habitantes de un país, oponiéndola a las ‘legislaciones especiales’ o ‘estatutos especiales’ que rigen para ciertos sectores o ciertas zonas geográficas” (sesión 398, p. 3109).

El señor Ortúzar (Presidente) “puntualiza que la idea es que se aplique ‘la legislación que rija o regiría para los particulares’” (sesión 398, p. 3109).

6. *Texto definitivamente aprobado*

A continuación se indican las sesiones y las páginas en que constan las distintas aprobaciones de los incisos que componen la norma constitucional estudiada aquí en sus antecedentes; debe expresarse que el texto aprobado por la CENC, consta de un inciso más, el cual fue suprimido en los textos del Consejo de Estado y de la Honorable Junta de Gobierno, el cual disponía lo siguiente: “No se podrán establecer tributos, condiciones o requisitos que, por su cuantía elevada o por su naturaleza, impidan a los particulares el desarrollo de una determinada actividad” (sesión 399, p. 3132).

La aprobación del inciso primero “libertad para desarrollar cualquier actividad económica, en forma individual o asociada”, consta en la sesión 388, página 2909. El acuerdo sobre la frase “sin otras limitaciones que las que establezca la Constitución o que sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así”, se encuentra en la sesión 388, página 2916. La excepción referente a la actividad empresarial del Estado, y su autorización por ley para incursionar en ella, se acordaron en la sesión 388, página 2920. El texto definitivamente aprobado se encuentra en la sesión 399, página 3132, dejando constancia de su aprobación en la sesión 398, página 3108.

El acuerdo de incluirla entre los derechos constitucionales fue adoptado en la sesión 389, página 2924; en general, el derecho aprobado por la CENC difiere del que actualmente se encuentra rigiendo en la Constitución Política de 1980, pero en sus aspectos de fondo los principios y expresiones que contiene el artículo 19 N° 21, son los que fueron tratados por los comisionados y que definitivamente se aprobaron por ellos.

APÉNDICE

Declara como Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, las que indica

(Ministerio de Justicia.— D. Oficial de 21 de abril de 1983)

Santiago, 11 de marzo de 1983.— Hoy se decretó lo que sigue:

Núm. 260.— Visto: Lo dispuesto en el artículo 32, N° 8, de la Constitución Política de la República, y considerando la necesidad de conservar la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política de 1980,

Decreto:

Artículo único: Téngase como actas oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, designada por decreto supremo N° 1.064, publicado en el Diario Oficial de 12 de noviembre de 1973, del Ministerio de Justicia, las que constan en las colecciones, cada una de ellas de once tomos, que debidamente autenticadas por el Presidente y Secretario de dicha Comisión, se depositarán, respectivamente, en la Corte Suprema, en el Tribunal Constitucional, en la Secretaría de la Junta de Gobierno y en el Ministerio de Justicia.

Tómese razón, comuníquese y publíquese.— AUGUSTO PINO-CHEG UGARTE, General de Ejército, Presidente de la República.
— Jaime del Valle Alliende, Ministro de Justicia.

Lo que trascribo para su conocimiento.— Le saluda atentamente.— Alicia Cantarero Aparicio, Subsecretario de Justicia.