Deusto
Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

Facultad de Derecho

Tesis doctoral

La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena

Autor: Christian Viera Álvarez

Director: Dr. Santiago Larrazábal Basáñez

Bilbao 2011

Tesis doctoral

La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena

Autor: Christian Viera Álvarez

Director: Dr. Santiago Larrazábal Basáñez

Bilbao 2011

Portada.
Escultura “Solidaridad” de Pepe Noja, ubicada en el Parque del Rinconín, Gijón.

A Lorena y Francisco.

ÍNDICE

ABREVIATURAS. 17
INTRODUCCIÓN. 21

CAPÍTULO I: EL ESTADO SOCIAL. 31
1. Breve historia de su conceptualización. 33
1.1. Tránsito del Estado liberal (burgués) al Estado Social. 33
1.2. El origen del Estado Social. 38
2. Acerca del contenido del Estado Social. 45
2.1. Aproximación al contenido material del Estado Social. 45
2.2. Voces críticas a la definición social del Estado. 51
3. Crisis del Estado Social. 58
3.1. Algunas razones de la crisis. 58
3.2. Hacia una reformulación del Estado social. 67
4. El Estado Social en la Constitución española. 71
4.1. La eficacia de la cláusula del Estado social. 72
4.2. La cláusula del Estado social y su vinculación a los Órganos del Estado. 77
4.3. El Estado social como criterio hermenéutico. 82

CAPÍTULO II: CONSIDERACIONES ACERCA DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. 85
1. La Constitución Económica 89
1.1. Aproximación conceptual. 89
1.2. Contenido y operatividad de una Constitución Económica 93
2. La Constitución económica en la Constitución española. 101
2.1. Breves notas sobre el origen histórico de la Constitución económica. 101
2.2. Normatividad económica en la Constitución. 106
2.3. El modelo económico en la Constitución. 114
2.4. La Constitución económica y su relación con el derecho de la Unión Europea. 120
2.5. Relación Constitución – derecho de la Unión Europea: ¿mutación constitucional de la CE? 131
3. Claves interpretativas de las cláusulas económicas de la Constitución. 138
3.1. Aproximación al fenómeno hermenéutico. 138

3.2. Algunos ejemplos de interpretación jurisprudencial de las cláusulas abiertas. 141

CAPÍTULO III. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y ALGUNOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL. 149

1. La libertad de empresa. 151

1.1. Notas históricas sobre su consideración sustantiva. 151

1.2. Significado del la expresión "en el marco de una economía de mercado" del artículo 38 de la CE. 163

1.3. Reconocimiento de la libertad de empresa en la CE. 167

1.3.1. Naturaleza jurídica de la libertad de empresa. 167

1.3.2. Sujeto activo de la libertad de empresa. 171

1.3.3. Objeto de la libertad de empresa. 175

1.3.4. La reserva de ley para la libertad de empresa. 178

1.3.5. Contenido esencial de la libertad de empresa. 182

1.3.6. La libertad de empresa y su relación con otros derechos. 189

1.4. El derecho de la Unión Europea y su influencia en la comprensión de la libertad de empresa. 195

2. Limitaciones a la libertad de empresa. 206

2.1. La iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE). 206

2.2. La planificación de la actividad económica (art. 131 CE). 209

2.3. La libertad de empresa en un Estado Social. 212

CAPÍTULO IV: ANTECEDENTES RELATIVOS A LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE. 223

1. Génesis de la Constitución. 225

1.1. Etapas del proceso de formación de la Constitución chilena. 226

1.2. Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente. 231

1.2.1. La autoatribución del Poder Constituyente por la Junta de Gobierno. 232

1.2.2. El plebiscito "ratificatorio" de septiembre de 1980. 238

1.3. La problemática cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena. 240

2. Principales reformas a la Constitución: 1989 y 2005. 246

2.1. Presencia de "enclaves autoritarios" de la Constitución de 1980. 246

2.1.1. Articulado transitorio, en especial disposición 24ª transitoria. 252

2.1.2. Los senadores designados. 253
2.1.3. El sistema electoral y el sistema de *quorums* de la ley. 254
2.1.4. Las FFAA, garantes de la Institucionalidad. 256
2.1.5. Evaluación crítica de las instituciones autoritarias y no democráticas. 257
2.2. Reformas constitucionales del año 1989. 259
2.3. Reformas constitucionales del año 2005. 264
2.4. Algunos desafíos para la Constitución chilena. 269
3. Sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo. 275
3.1. La influencia del pensamiento cristiano en la Constitución chilena. 276
3.2. La influencia del pensamiento neoliberal en la Constitución chilena. 285
3.3. Efectos y contradicciones en la implementación de los postulados ideológicos iusnaturalistas y neoliberales. 299

CAPÍTULO V. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CHILENA. 305
1. Algunos antecedentes sobre la sociabilidad del Estado en la Constitución chilena. 307
2. La Constitución Económica chilena. 319
2.1. El principio de subsidiariedad en la Constitución chilena. 320
2.1.1. Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal. 321
2.1.2. Una propuesta interpretativa del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena. 330
2.2. El orden público económico. 337
2.2.1. El OPE desde una perspectiva neoliberal. 338
2.2.2. La Constitución Económica: manifestación de opciones ideológicas con textura abierta. 346

CAPÍTULO VI: LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA: ANÁLISIS DEL ART. 19 Nº 21 DE LA CONSTITUCIÓN. 359
1. Breve referencia a la historia de la redacción de la norma en la Comisión de Estudios. 361
2. Contenido de la libertad de empresa en la Constitución chilena. 369

2.1. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica. 369
2.1.1. Naturaleza jurídica de la libertad de empresa. 369
2.1.2. Sujeto y objeto del derecho. 373
2.1.3. Limitaciones a la libertad de empresa. 379
2.2. El Estado empresario. 385
2.2.1. Requisitos para la actuación del Estado como empresa. 387
2.2.2. Eventuales fundamentos teóricos: el principio de subsidiariedad y el principio de especialidad de giro. 392
2.2.3. Las empresas del Estado en un sistema democrático. 396
3. Relación de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales. 400
3.1. Libertad de empresa y libertad de expresión. 400
3.2. Libertad de empresa y la libertad de trabajo. 405
3.3. Libertad de empresa y derecho de propiedad. 408
4. Mecanismos de protección de la libertad de empresa. 410
4.1. Respeto al contenido esencial. 411
4.2. La reserva de ley. 418
4.2.1. Algunas cuestiones preliminares. 418
4.2.2. La relación Ley – reglamento. 421
5. Mecanismos de protección de la libertad de empresa y en especial el Recurso de Amparo Económico (RAE). 430
5.1. Mecanismos jurisdiccionales complementarios de protección de la libertad de empresa. 430
5.2. Génesis del Recurso de Amparo Económico (RAE). 438
5.3. Aspectos procedimentales. 440
5.4. ¿Se trata de una acción que protege la libertad de empresa y previene contra la actividad empresarial del Estado o se dirige sólo a la actuación del Estado empresario? 445
6. Análisis crítico sobre la libertad de empresa en la Constitución chilena. 452

CAPÍTULO VII: ANÁLISIS COMPARATIVO AL ESTATUTO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO Y LOS DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA DE UN ESTADO SOCIAL. 457
1. La importancia de la deliberación democrática en la génesis de una Constitución. 459

2. La eficacia de la cláusula del Estado social para la interpretación de la Constitución. 462
3. La Constitución Económica como manifestación de una opción política y la necesidad de un sistema interpretativo abierto. 469
4. El estatuto de la libertad de empresa en el derecho español y chileno: diálogo e imposición. 476
5. Algunos desafíos para el futuro de la Constitución chilena en el ámbito económico. 485

CONCLUSIONES 493
BIBLIOGRAFÍA. 507
1. Documentos. 507
2. Leyes y normas jurídicas en general 508
2.1. Organizaciones internacionales. 508
2.2. Legislación española 509
2.3. Legislación chilena. 510
3. Jurisprudencia. 513
3.1. Unión Europea. 513
3.2. Jurisprudencia española. 514
3.3. Jurisprudencia chilena. 516
4. Libros y Revistas. 519

AGRADECIMIENTOS.

En primer lugar, quisiera agradecer a mi mujer Lorena y a mi hijo Francisco. Somos unos privilegiados, que disfrutamos con la cotidianeidad de la vida. Asimismo, agradecer a mis padres, Sergio y Ana María, por la vida entregada, el amor recibido y el esfuerzo invertido en la educación de sus hijos. Lo mismo podría decir respecto de mi abuela Brunilda (QEPD) y mi tía Mirella: su apoyo y cariño, absolutamente inmerecido, han forjado también mi historia. A mi hermano Sergio Iván, por su preocupación constante y a mi hermana Marcela, ejemplo de fidelidad y compañía que guardo siempre en la memoria. También agradezco a mis suegros, Juanita y David, por su tremenda disponibilidad.

Amigos, muchos y fieles. Por de pronto, mi querida cuadrilla curicana, hoy en la diáspora, Carlos, Sergio y Coté; con ellos, pura gratuidad. Amigos de mucho tiempo, Hugo, Mónica, Pedro, Jorge y Matías. Amigos del trabajo, Eliset, Gonzalo, Felipe y, especialmente, Jaime, el que ha despertado mi gusto por el derecho constitucional. Amigos en Deusto, Carlos, Arantzazu, Aida, Patricio, Amanda, Anita. Con Nicolás y Mary, el café y los sueños en horas de estudios; con Diego, los hermosos días miércoles; Angélica, su testimonio y esfuerzo que iluminan; Juan Antonio Arrieta, por su apoyo en la etapa final de este trabajo.

No puedo dejar de agradecer al Gobierno de Chile que me ha beneficiado con una beca para estudiar en la Universidad de Deusto. Especial gratitud debo a mi ejecutivo José Joaquín González. Igualmente, agradezco el apoyo brindado por la Universidad de Viña del Mar, que me ha otorgado un permiso para estudiar este Doctorado, y a la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales que pacientemente ha esperado por mí todo este tiempo. A Juan Pablo Severin, el Director, por la confianza depositada.

Finalmente, agradezco profundamente al director de esta tesis, Dr. Santiago Larrazábal. Él inspiró el desarrollo de este trabajo en el curso de Doctorado "Implicancias del Derecho Público en la Economía". Asimismo, me ha acompañado con asertividad y paciencia y me ha corregido con rigor, pero al mismo tiempo con bondad.

ABREVIATURAS.

AA:	Auto Acordado.
AFP:	Administradora de Fondos de Pensiones.
AP:	Alianza Popular.
APEC:	Asia – Pacific Economic Cooperation. En castellano, Foro de Cooperación Económica Asia – Pacífico.
Art.:	Artículo.
AUGE:	Acceso Universal con Garantías Explícitas en Salud.
CA:	Corte de Apelaciones.
CC:	Código Civil.
CE:	Constitución Española.
CEDH:	Comisión Europea de Derechos Humanos.
Cf.:	*Confer* (véase).
Comp.:	Compilador.
Coord.:	Coordinador.
COSENA:	Consejo de Seguridad Nacional.
CPE:	Constitución Política del Estado.
CS:	Corte Suprema.
DC:	Democracia Cristiana.
DFL:	Decreto con Fuerza de Ley.
DD.HH:	Derechos Humanos.
Dir.:	Director.
DL:	Decreto Ley.
DS:	Decreto Supremo.
DSN:	Doctrina de la Seguridad Nacional.
DTC:	Declaración Tribunal Constitucional.
Edit.:	Editor.
EE:	Euskadiko Ezkerra.
Et. al.:	y otros (Otros Autores).
FFAA:	Fuerzas Armadas.
FACH:	Fuerza Aérea de Chile.
FJ:	Fundamento Jurídico.
Ibíd.:	*Ibidem*, la misma Obra.

Inc.: Inciso.

Isapre: Instituto de Salud Previsional.

LOC: Ley Orgánica Constitucional.

MERCOSUR: Mercado común del Sur.

OEA: Organización de Estados americanos.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

Op. cit.: Obra citada.

OPE: Orden Público Económico.

p.: Página.

pp.: Páginas.

PC: Partido Comunista.

PCE: Partido Comunista Español.

PEM: Plan Empleo Mínimo.

PIB: Producto Interno Bruto.

POJH: Plan Obrero Jefe de Hogar.

PSOE: Partido Socialista Obrero Español.

PUC: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Recop.: Recopilación de jurisprudencia del TJUE.

RAE: Recurso de Amparo Económico.

RFA: República Federal Alemana.

S.A.: Sociedad Anónima.

SCA: Sentencia Corte de Apelaciones.

SCS: Sentencia Corte Suprema.

SEBC: Sistema Europeo de Bancos Centrales.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STCCh: Sentencia Tribunal Constitucional de Chile.

SSTCCh: Sentencias del Tribunal Constitucional de Chile

STDLC: Sentencia del Tribunal de la Libre Competencia.

STEDH: Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TCCh: Tribunal Constitucional Chileno.

TCEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

TDLC:	Tribunal de la Libre Competencia.
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS:	Tribunal Supremo.
UCD:	Unión de Centro Democrático.
UE:	Unión Europea.
UNASUR:	Unión de Naciones Suramericanas.
UP:	Unidad Popular.
V.g.:	*Verbi gratia*, por ejemplo.

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación lleva por título "La libertad de empresa y algunas limitaciones desde la perspectiva de un Estado social. Análisis comparativo de la Constitución española y chilena".

En la descripción sistemática del trabajo, he optado por comenzar con el análisis del derecho español y, específicamente, del Estado social. Luego se reflexionará sobre la Constitución económica, tema bisagra que permite la conexión con el análisis propiamente dicho de la libertad de empresa. Y, en general, tanto para el caso español como para el chileno, la estructura es similar.

La hipótesis de investigación consiste en el análisis del derecho a la libertad de empresa en el derecho constitucional español y chileno, pero con la prevención de que éste no puede desplegarse arbitraria e ilimitadamente, sino que cuenta con restricciones. Por de pronto, las propias de cualquier derecho, pero en concreto, la existencia de un Estado social supone límites que, de no existir esta cláusula, no tendrían por qué estar presentes.

La hipótesis de trabajo obedece a una doble motivación. Por un lado, una motivación de carácter existencial y, por otra, también existe una de carácter jurídico – política.

En cuanto a la primera, debo señalar que vengo de Chile. Por diversas circunstancias que se han producido en la historia reciente del país, en Chile se ha impuesto una determinada visión para la construcción del modelo político social. Me refiero a la implementación radical de los fundamentos del neoliberalismo. Esta opción político – económica ha significado que a los chilenos nos ha tocado experimentar las consecuencias de la materialización de un modelo neoliberal, que se caracteriza porque la casi totalidad de las parcelas del mundo de la realidad se encuentran sometidas a los paradigmas de la competencia y mercantilización.

En estos años que he estado en Euskadi, me ha tocado vivir la experiencia de un Estado de bienestar y de cómo la libertad de empresa no es el *sancta sanctorum* de los derechos. Ello ha significado el anhelo de participar de una sociedad más inclusiva, igualitaria y con mejores índices de justicia social que, dicho sea de paso, es posible verificar en los más importantes indicadores de desarrollo humano en los que España – y cómo no el País Vasco – se encuentra presente.

En relación a la segunda, la adopción de un Estado social supone una opción política. El derecho constitucional es la más política de las ramas del Derecho, cuya *ratio* no se reduce a la pura normatividad, sino que está en permanente conexión con otros sistemas y disciplinas humanas. Por de pronto, tiene una íntima conexión con el sistema político, pues no sólo es Norma sino también Pacto, y en tanto que pacto, fruto de un ejercicio deliberativo en el marco de una sociedad democrática. De ahí que en España, en un momento determinado, la mayor parte de las fuerzas políticas consensuaron que se fundaba en un Estado social (y también democrático) de derecho. La fórmula del Estado social no es una declaración programática, sino que es la puerta de entrada a la Constitución y constituye una norma inspiradora e informadora de contenido a las políticas concretas que encarnen el ideario propugnado por la CE.

El problema radica en que en Chile se ha naturalizado un determinado modelo jurídico – político, en el que sus premisas se tienden a universalizar y escapar a las categorías de tiempo y espacio. Si bien es posible, razonable y atendible defender una propuesta de construcción social que beba de postulados neoliberales, lo que no se puede sostener que esa es la única opción para el desarrollo de una sociedad; Europa, y concretamente España han dado muestras de que, siendo sociedades capitalistas, el Estado de bienestar es una opción política válida y que se puede encarnar normativamente.

Por tanto, el objetivo principal de esta investigación se relaciona directamente con la hipótesis de trabajo, es decir, describir, analizar, reflexionar y postular que la libertad de empresa encuentra algunos límites importantes en un Estado que se define a sí mismo como social. Y esto en una perspectiva comparada, puesto que los sistemas español y chileno difieren al respecto. Para ello se toma la CE como modelo frente a la Constitución chilena. Digo *algunos* límites y no *los* límites, porque si pretendo proponer todos los límites, lo más probable es que muchos de ellos queden fuera del listado.

En cuanto a la metodología, se utilizan las herramientas propias de la dogmática jurídica, acudiendo a la inducción para extraer principios y conceptos básicos de las instituciones que se estudian, pero también sistematizando temáticas e ideas y deduciendo efectos que producen las diversas figuras jurídico – políticas que investigaré. Todo, sujeto al examen del análisis crítico de las consecuencias que se van extrayendo. No puedo desconocer el hecho de que parto de un *a priori*, a saber la simpatía y seducción que me produce el Estado de Bienestar, consciente, claro está, de sus limitaciones y desafíos.

Tratándose del apartado referido a la CE, el primer asombro y al mismo tiempo dificultad que aparece, es la abundante bibliografía que existe en materia de Estado social. Europa occidental, tras el término de la Segunda Guerra Mundial se ha caracterizado por la emergencia de un Estado que interviene en la economía como un agente económico. Si bien Europa es capitalista (y también liberal), no lo es al modo de las propuestas neoliberales, ya que sectores sensibles para un mejor desarrollo humano de los países europeos han sido sustraídos de la competencia mercantil, porque en esas esferas el Estado, por sus fines y fundamento, presta un servicio de mejor calidad a la ciudadanía.

He señalado la abundancia de literatura sobre el Estado social, tanto nacional como comparada. Con toda seguridad hay obras que están ausentes y, aunque realizara la búsqueda bibliográfica de manera aún más exhaustiva, estoy seguro de que aún persistiría este déficit. Sin embargo, autores destacados son los que han guiado la senda que favorece el desarrollo de este trabajo. Lo mismo puedo decir en relación a la Constitución económica y, en menor medida, sobre la libertad de empresa.

En el caso de la reflexión sobre la Constitución chilena, la literatura es menos abundante, y fuertemente condicionada por una lectura homogénea de la "institucionalidad económica – social". Además, es un recurso permanente de los autores y la jurisprudencia, acudir al trabajo de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como si en ese trabajo se pudiera encontrar la respuesta definitiva a todos los problemas interpretativos que genera la "institucionalidad económica". Pero no sólo eso, y adelanto mi opinión: este recurso presenta varias dificultades, por de pronto, un problema de legitimidad, pero sobre todo, se percibe una falta de adecuación del derecho con la realidad, por su tendencia a la petrificación normativa y hermenéutica.

Además, a diferencia de lo que ha ocurrido con la CE, la génesis de la Constitución chilena no es fruto del ejercicio deliberativo, sino que una imposición autoritaria de la dictadura militar. En treinta años de vigencia, ha habido innumerables reformas, lo que ha permitido una legitimación tácita, a pesar de sus vicios de origen. Lo anterior demuestra la importancia de lo que los autores llaman "fuerza normativa de lo fáctico". No obstante, el núcleo del entramado político – económico – social de la Carta chilena se mantiene intacto, a pesar de los años transcurridos y del cambio de signo político de las autoridades que gobernaron el país desde el retorno de la democracia hasta comienzos de 2010.

De ahí el interés personal por investigar sobre este tema, ya que una de las vertientes políticas que fundan la Constitución chilena favorece la emergencia de un sistema basado en la mercantilización de todas las esferas de la realidad, corriente que, o relativiza o directamente desconoce, la importancia del Estado como actor que pueda cumplir un rol en la redistribución y mejora de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Este trabajo consta de siete capítulos. Los capítulos I al III analizan el derecho español; los capítulos IV al VI tratan sobre derecho chileno y el capítulo VII contiene un análisis comparado, en sus grandes directrices, de los sistemas español y chileno en relación al estatuto de la libertad de empresa y su relación con un Estado social.

El primer capítulo estudia el Estado social, con un análisis de la historia y el contexto en el que surge. Un autor importante en esta materia es HESSE. Su aportación es esencial para el desarrollo de un modelo en el que, si bien no deja de ser capitalista, pervive una preocupación efectiva por los sectores menos favorecidos de la sociedad. Asimismo, se recogen las crisis y críticas que se hacen a esta figura, pero como el Estado social es un horizonte deseado, postulo que él no sólo ha sido un catalizador de la paz social, sino que ha asegurado también un nivel de vida y satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos que, difícilmente, podrá encontrar un ejemplo análogo de éxito a esta experiencia, porque entre otros beneficios, el Estado social ha favorecido el aumento del capital humano, una mejor distribución y transferencia de rentas entre diversas clases sociales, junto a una estabilidad política que favorece la cohesión social.

Finaliza el primer capítulo con una reflexión acerca del Estado social en la CE, su eficacia, vinculación a los Órganos del Estado y su validez como criterio hermenéutico. Sobre este último punto, cabe destacar que la solemne puerta de entrada a la Constitución en su artículo 1º, no puede quedar en un anhelo o entregado a la voluntad de los programas políticos contingentes, sino que debe ser el marco básico con el cual comparar la constitucionalidad de las normas jurídicas que tienen relación con el sistema económico y social.

El segundo capítulo contiene algunas consideraciones sobre una Constitución Económica y es el texto bisagra entre los capítulos referidos al Estado social y la libertad de empresa. Si bien es un concepto que puede recoger diversas perspectivas, lo relevante es su contenido y operatividad.

Para el análisis de la Constitución económica en la CE, se proponen unas breves notas sobre su historia, su normatividad y el modelo económico en la Constitución. Desde ya, llamo la atención de que en este apartado hay importantes coincidencias con el capítulo III, específicamente cuando analizo el derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, el capítulo II contiene una reflexión más general y el capítulo III más específica, especialmente en lo relativo al análisis histórico y al modelo económico. Se me puede objetar, con justa razón, que al menos el análisis histórico se podría haber realizado en un solo apartado, mas, por la estructura sistemática del trabajo, he preferido analizar separadamente la historia de la Constitución económica y de la libertad de empresa, pues aunque son figuras relacionadas, la relación entre ambas es parecida a la relación que existe entre género y especie, es decir, el capítulo II contiene una mirada más global y el capítulo III el análisis más detenido del art. 38 de la CE.

Ahora bien, en esta materia se está produciendo una especial relación entre derecho constitucional y derecho de la UE, por la tensión entre la sensibilidad europea de corte más socializante y la irrupción de una corriente liberal que, al amparo de las cuatro libertades, está implicando un menoscabo de los derechos sociales. Incluso, desde la perspectiva del derecho constitucional surgen problemas, como el de la jerarquía normativa entre derecho constitucional nacional y derecho de la UE. Tanto es así que propongo un apartado para analizar el problema de la mutación constitucional.

Este capítulo finaliza con una reflexión sobre de las claves interpretativas de las cláusulas económicas de la Constitución. Ya en el análisis del Estado social enunciaba la importancia de esa cláusula como criterio hermenéutico. Ahora, aparte de insistir sobre el problema, quiero destacar que la aproximación al fenómeno de la interpretación no es unitaria sino que depende de una postura de radical apertura por parte del intérprete. Y esto se refleja especialmente al analizar los casos concretos.

El capítulo tercero contiene un análisis de la libertad de empresa, pero relacionado con el hecho de que España se constituye en un Estado Social. Desde luego, no es inocua la definición constitucional de Estado Social, ya que en su raíz es posible encontrar el fundamento para autorizar la intervención del Estado en materias económicas, especialmente porque esas políticas interventoras apuntan a mejorar la situación de los sectores menos favorecidos de la comunidad.

En esta parte del trabajo se presentarán algunas notas históricas sobre su consideración sustantiva y me esforzaré por profundizar en el significado del la expresión "en el marco de una economía de mercado" del artículo 38 de la CE.

Ahora bien, como adelantaba en el apartado referido a la Constitución Económica, la relación entre derecho interno y derecho de la UE es particularmente estrecha. Y en ella se está produciendo una tensión entre derechos sociales y libertad de empresa, en que ésta última, desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, ha terminado imponiéndose en detrimento de ciertos derechos de los trabajadores que, de un tiempo a esta parte, formaban parte de su patrimonio. Por lo mismo, el análisis de la jurisprudencia reciente sobre este punto permitirá observar esta evidente tensión.

En todo caso, no cabe duda de que la UE es un exitoso proceso de integración, sin embargo, su camino no está exento de dificultades. Por de pronto, se puede vislumbrar una relación desequilibrada entre integración económica y vínculos políticos, junto con un déficit de democracia que caracteriza a los procesos de toma de decisiones. De ahí que, frente a los desafíos que aparecen, no será la imposición autoritaria, más bien la deliberación, la herramienta de diálogo frente a las tensiones del momento.

Además, recojo algunas restricciones a la libertad de empresa, que, como todo derecho fundamental, tiene límites. Al mismo tiempo, no se debe olvidar el carácter "relacional" de este derecho, como tampoco el hecho de que se encuentra sometido al examen del principio de proporcionalidad y que, finalmente, debe ser entendido en el marco de la "socialidad" del Estado. En este capítulo finaliza el apartado dedicado al derecho español.

El capítulo cuarto, contiene algunos antecedentes relativos a la Constitución chilena vigente. Para ello se hace un análisis de la génesis de la Constitución chilena y de las principales reformas que ha experimentado. Propongo esta reflexión, porque la Carta chilena arrastra un problema desde su génesis, a saber, su origen auto otorgado y autoritario, problema que si bien se atenúa con las reformas de 1989 y 2005, persiste en cuanto a su legitimidad y su falta de actualización con la pluralidad que caracteriza a la actual sociedad chilena.

La historia y la experiencia constitucional enseñan que una Constitución sólo establecerá un orden estable en la medida que promueva la unidad e integración de todos los sectores de la comunidad, debiendo reconstruir permanentemente dicha unidad e integración. Por lo mismo, la Carta Fundamental debe posibilitar la expresión de una

sociedad plural, donde cada uno de los sectores se sienta integrado y tenga un lugar para participar en forma representativa en las decisiones que conciernen al conjunto de la sociedad. Y ese es uno de los problemas que genera una institucionalidad democrática "protegida y autoritaria", que se manifestaba no sólo en la desconfianza sobre la madurez política de la sociedad, sino que especialmente desconoce la diversidad social, impidiendo la presencia de importantes fuerzas vivas de la comunidad en las instituciones representativas, además de entregar un rol de tutela política a las FFAA, lo que no se cohonesta con un verdadero sistema democrático.

Asimismo, se presenta el 'sincretismo' ideológico de la Constitución chilena, especialmente la influencia del iusnaturalismo escolástico y el neoliberalismo. Hago esa reflexión, porque en la configuración de la Constitución chilena hay opciones políticas que la fundan, y éstas no sólo responden a una determinada cosmovisión, que es parcial, sino que entre ellas mismas existe contradicción, lo que hace que a veces se fuerce el texto para tratar de conciliar las posturas enfrentadas. Y esas propuestas serán fundamentales para comprender la implementación e interpretación que se ha dado al entramado económico – social chileno durante la vigencia de la actual Constitución.

El Capítulo quinto analiza la Constitución económica chilena. Se inaugura el capítulo con una pregunta a propósito de la presencia del Estado social en la Constitución. Como se puede adivinar, sostengo que ésta no bebe de un modelo de Estado social, antes bien se imponen las ideas neoliberales, sin perjuicio de la influencia de la filosofía cristiana en el Capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad. Y es esa presencia normativa de las ideas cristianas lo que ha llevado a algunos autores a señalar que en Chile se ha producido una recepción del Estado social. Sin embargo, se trata de una postura minoritaria y sobre todo discutible, donde la discutibilidad radica en que los argumentos en que se funda esa posición chocan con una interpretación sistemática de la Carta y con las variantes de un constitucionalismo teleológico.

No obstante, el corazón del capítulo lo constituye la reflexión sobre la Constitución económica. Para ello, el apartado se divide en dos partes. La primera trata sobre el principio de subsidiariedad y la segunda sobre el Orden Público Económico.

En cuanto a la primera, se hace un breve repaso por diversas comprensiones del principio de subsidiariedad: en el ordenamiento jurídico de la UE, la interpretación neoliberal y las propuestas del Magisterio Oficial Católico Romano. Lo anterior, porque este principio no tiene una única forma de ser entendido, como se ha pretendido hacer creer por cierta doctrina y jurisprudencia chilena, sino que se trata de un concepto

polisémico. Lo relevante de este apartado es la propuesta interpretativa del principio, que asume su pluralidad de significados y que acoge la idea de que la subsidiariedad debe comportar un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia social, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios.

En cuanto a la segunda, se desarrolla el Orden Público Económico desde la perspectiva neoliberal, que es la postura predominante, tanto por la doctrina como la jurisprudencia. Con todo, se afirma la idea de que la Constitución Económica es una manifestación de opciones ideológicas con textura abierta y que se funda en una teoría política, en que su orientación responde a una visión de la sociedad en un momento determinado. Además, el concepto de Constitución Económica es contingente y se desarrolla bajo un lenguaje equívoco, en el que siempre está abierta la posibilidad, cuando existen poderosas y buenas razones, para reorientar su comprensión hacia principios alternativos mediante una labor interpretativa.

El capítulo sexto contiene un análisis de la libertad de empresa en la Constitución chilena. Este apartado pretende desentrañar su contenido, operatividad y cómo ha sido entendido por la jurisprudencia chilena.

Para ello se analiza, brevemente, la historia de la redacción de la norma, para después revisar el contenido de la libertad de empresa. Llegados a este punto, es necesario revisar el art. 19 Nº 21 de la Constitución desde una doble perspectiva, puesto que así lo plantea la misma disposición: desde el punto de vista del derecho a desarrollar cualquier actividad económica y desde el punto de vista del Estado empresario. Sobre esto último, en la presente investigación se propone relativizar la importancia de los principios de subsidiariedad y de "especialidad de giro", y se propone una interpretación para la actuación de las empresas del Estado en un sistema democrático, por lo que se postula la aceptación e implementación de propuestas que conceden al Estado la posibilidad de convertirse en empresario, cuando así lo exija el bien de la comunidad y también cuando se trata de esferas de la realidad especialmente sensibles para el desarrollo humano.

También aborda este capítulo la relación entre la libertad de empresa y otros derechos fundamentales, principalmente la libertad de expresión, la libertad de trabajo y el derecho de propiedad.

Finalmente, en relación a la protección de este derecho fundamental, este tema se aborda desde una doble perspectiva: por un lado, se encuentran los mecanismos que

se podrían llamar 'sustantivos' – la reserva de ley y el respeto a su contenido esencial – y, por otro, los mecanismos jurisdiccionales – los adjetivos – entre los que destaca el Recurso de Amparo Económico. Sobre este último, el trabajo plantea la pregunta acerca de su finalidad: ¿se trata de una acción que protege la libertad de empresa y previene contra la actividad empresarial del Estado o se dirige sólo a la actuación del Estado empresario? Lo anterior tiene especial relevancia, porque recientemente, la Corte Suprema chilena ha dado un giro interpretativo que resulta relevante para comprender la libertad de empresa en el marco del complejo sistema de derechos fundamentales, y la relativiza en su estatuto de "mega" protección.

Por último, el capítulo séptimo contiene un análisis comparativo entre el estatuto de la libertad de empresa en el derecho español y chileno y los desafíos desde la perspectiva de un Estado Social.

Para lograr ese propósito, el capítulo se desarrolla en cinco puntos.

El primero rescata la importancia de la deliberación democrática en la génesis de una Constitución, por cuanto no es lo mismo una Carta que es fruto del ejercicio democrático, que otra que es producto de una autoatribución del poder constituyente, sin espacio para la representatividad plural y sin la reflexividad propia del legítimo constituyente, como es el caso de la Constitución chilena.

El segundo analiza la eficacia de la cláusula del Estado social para la interpretación de la Constitución, ya que en el caso de la CE, siendo el art. 1 su puerta de entrada, condiciona la comprensión del entramado económico – social presente en el Estado español. Y esto puede servir de modelo para el caso de la Constitución chilena.

El tercero, recoge la idea de la Constitución Económica como manifestación de una opción política y la necesidad de un sistema interpretativo abierto, enfatizando la importancia de las cláusulas indeterminadas y también rescatando el método, que debe asumir el contexto y el *telos* social.

El cuarto, revisa el estatuto de la libertad de empresa en el derecho español y chileno, pero desde una visión dialéctica, es decir, como reflejo del diálogo y de la imposición, según se trata del caso español o el chileno. En el caso de España, ha primado el consenso y en Chile, ha existido una imposición constitucional, con los efectos que suponen la consolidación de una propuesta homogénea y unitaria, en detrimento de otra plural y legitimada socialmente.

Por último, se tienen presente algunos desafíos para el futuro de la Constitución chilena en el ámbito económico, a partir de la experiencia del derecho constitucional español.

A lo largo de este trabajo, se comparte la afirmación de que el sistema de economía de mercado, en el que a la libertad de empresa le cabe un importante papel, es el mejor de los modelos conocidos para el gobierno económico de un país. Y no sólo es un sistema eficiente, sino que, aplicado con correcciones, es un medio que puede garantizar una mejora sustantiva de los sectores más vulnerables de un país. El problema radica en que existen posturas y políticas fácticas que interpretan que toda realidad puede ser mercantilizada, como así se ha producido, tratándose del caso chileno.

En esta investigación se acoge la premisa de que Estado social y los derechos sociales son un freno a la irrupción radical de un liberalismo al modo del siglo XIX, que puede estar representado por una sobrevaloración del derecho a la libertad de empresa. Y frente a este derecho, uno como cualquier otro, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad. De ahí la importancia del estudio comparativo que se está proponiendo, por cuanto es posible sostener que en Chile se pueden aplicar las figuras constitucionales del derecho español, lo que tendrá efectos en la interpretación de la Constitución, pero especialmente en la implementación de las políticas públicas, que no podrán diseñarse sin considerar el carácter social en que se funda el Estado. Y en eso radica el esfuerzo que se despliega a partir de las páginas que siguen.

CAPÍTULO I: EL ESTADO SOCIAL.

1. Breve historia de su conceptualización.

1.1. Tránsito del Estado liberal (burgués) al Estado Social.

El concepto de Estado Social se deriva de la pregunta por los cometidos de la comunidad. Ya en la Antigüedad es posible encontrar como tarea el fomento del *bonum commune*, ideas que se reflejan en la Baja Edad Media en cuanto a que la tarea del rey era promover la *pax et tranquilitas, commodum et Salus* del mundo como la *felicitas* del pueblo[1].

Durante la época moderna se produce la transformación y cambio de los paradigmas reinantes. Clásica resulta la descripción que señala las mutaciones sociales de la Edad Media a la Moderna, en que se pasa de una sociedad teocéntrica a una antropocéntrica. La organización política de la sociedad no se encuentra inmune a esta radical transformación, produciéndose una lenta secularización del Estado y, por supuesto también de sus fines. Gran responsabilidad en este punto cabe a los teóricos políticos que, con la razón como instrumento, tratan de explicar la realidad a partir de categorías conceptuales. Tal vez DESCARTES, con su método basado en la duda metódica, inspiró el desarrollo de una teoría política racionalista y secular[2].

Con todo, no se puede hablar de Estado Social sin antes referirme al Estado Liberal.

En el ámbito del Estado se dio durante años el despotismo y, para tratar de eliminarlo, surge como reacción el Estado de Derecho. Al Estado soberano, que no tiene limitaciones fuera de sí mismo, sucede el Estado de Derecho, que se caracteriza por no

---

[1] *Cf.* RITTER, G., *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 19.

[2] *Cf.* DESCARTES, R.: "Meditaciones metafísicas". En: DESCARTES, R., *Discurso del Método. Meditaciones* Metafísicas, Espasa – Calpe Mexicana, México D.F., 5ª edición, 1982, pp. 101 - 182. Para el método cartesiano, véase principalmente meditaciones Primera y Segunda, pp. 115 – 130.

El contractualismo es heredero de la tradición racionalista y las obras de ROUSSEAU, LOCKE, HOBBES son muestra de aquello; son hijos de su tiempo, lo mismo que KANT y su esfuerzo por dar un estatuto científico a la metafísica, desafío en el que fracasa, sin perjuicio de empeñarse en dotar de contenido ético a la actividad humana y estatal. *Cf.* ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 4ª edición, 1998, pp. 161 - 205*;* LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 36 – 51. 55 – 75; HOBBES, T., *Tratado sobre el ciudadano*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 14 - 30; KANT, I., *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, pp. 81 - 93; KANT, I.: "La paz perpetua". En: KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres; Crítica de la razón práctica; La paz perpetua*, Editorial Porrúa, México D.F., 4ª edición, 1980, pp. 215 – 247.

poder requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal previamente existente[3].

El Estado de Derecho es la expresión jurídica del liberalismo. Tal expresión cobra una importancia destacada en el Estado liberal en la medida en que el derecho se convierte en baluarte de barreras definitorias, que marcan los límites de la acción estatal. El Estado debe ser limitado, y tal limitación se realiza a través del derecho, cuyo contenido tiene una determinación independiente de la propia voluntad estatal[4].

Esta concepción del Estado tiene un contenido que, en síntesis, es la siguiente: imperio de la ley, distribución del poder estatal en distintos órganos con control recíproco para evitar arbitrariedades y abusos de poder, legalidad de la Administración y responsabilidad de las autoridades, respeto y garantía de los derechos fundamentales y, en algunos casos, examen de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al eventual abuso del legislador[5].

Asimismo, el Estado Liberal como concepción política, bebe de una concepción antropológica individualista, pues subyace la idea de una persona libre y autónoma frente al Estado, con un pleno reconocimiento de la propiedad y de espacios de libertad individual, siendo misión del Estado defender la libertad, la igualdad – que es más bien formal – y la propiedad, desatendiéndose, en la práctica, de las demás[6]. Esto supondrá la emergencia de un Estado abstencionista frente a la actividad de los particulares, en que la subsidiariedad será entendida de manera negativa, es decir, el Estado interviene sólo en la medida que las personas o agrupaciones no puedan realizar actividades o cuando no se puedan satisfacer necesidades sociales, sea por falta de interés de los particulares en el desarrollo de una actividad o insuficiente capacidad de los mismos.

---

[3] *Cf.* FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, E., *Diccionario de Derecho Político*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 285.

[4] *Cf.* COMBELLAS, R., *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 9.

[5] Cada uno de estos caracteres pueden ser objeto de profunda revisión. Sobre las características, entre muchos *Cf.* LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de derecho político*, volumen II, Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1986, pp. 238 – 239; NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Manual de Educación Cívica, Educación para la Democracia*, Editorial Andrés Bello, 3ª edición, Santiago,1993, p. 104

[6] *Cf.* SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 83.

Dicho sea de paso, en cuanto al principio de subsidiariedad, éste no es un concepto unívoco, teniendo una comprensión diferente si se trata del ordenamiento jurídico de la UE, la Escuela de Chicago o las propuestas del Magisterio Oficial Católico Romano. Por de pronto, BANDRÉS postula que este principio supone un enriquecimiento de la idea de democracia, pues intensifica la participación de los ciudadanos en la esfera de lo público y favorece el control inmediato del ejercicio de las responsabilidades por los actores públicos, es decir, la implementación práctica de este principio supone un ejercicio de las funciones de parte de las autoridades, pero que se encuentran cercanas a los ciudadanos; se trata de un elemento de democratización y no de privatización, recogido por la normativa de la UE como un principio de descentralización de las competencias públicas[7].

Sin embargo, la propuesta neoliberal entiende este principio desde la perspectiva de su implementación económica, defendiendo la libertad de emprendizaje de los particulares y restringiendo la participación del Estado, llevándolo a una posición de abstención y de mera fiscalización del sector privado[8].

Desde la perspectiva del Magisterio Católico Romano, su formulación explícita se encuentra en la encíclica *Quadragesimo anno* de PÍO XII. El Papa, hablando de la reforma de las instituciones, aplica la doctrina de la subsidiariedad al tema de las relaciones entre los individuos, las sociedades inferiores y la sociedad mayor (el Estado). Entre estos debe establecerse un orden de relaciones mutuas que consiste en que la autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores los asuntos de menor importancia de que ellas son capaces y se reserve para sí aquellos que son de su exclusiva competencia y solo él puede llevar a cabo. En cuanto a su contenido, se pueden enumerar la prioridad ontológica y de finalidad de la persona humana; por el carácter social de la persona, las relaciones sociales y las comunidades existen para proveer ayuda (*subsidium*) a los individuos en su libre y obligatoria asunción de la responsabilidad en su propia autorrealización; el principio exige que las sociedades no priven a los individuos y a las comunidades menores de su derecho a ejercer su

[7] BANDRÉS SÁNCHEZ – CRUZAT, J.M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 13 - 16. *Cf.* también el artículo 3.B del Tratado de la Comunidad Europea.

[8] *Cf.* HAYEK, F. VON: "Los principios de un orden social liberal". En: *Estudios Públicos*, Nº 6, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1982, pp. 182 – 194; STIGLER, G.L.: "La Escuela de Chicago". En: *Estudios Públicos, Nº* 47, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1992, pp. 181 – 198.

autorresponsabilidad. La intervención solo es apropiada como ayuda en orden a la autorrealización, entre otras[9].

A pesar de la apretada síntesis, lo que queremos destacar es que el principio de subsidiariedad no puede ser entendido de una sola manera, como se nos ha querido persuadir por ciertas orientaciones liberales y que, al menos, hay tres corrientes que, con sus matices, explican y desarrollan el principio. En todo caso, volveré sobre este punto en capítulo V de este trabajo.

Retomando la idea del Estado de derecho, en opinión de BÖCKENFÖRDE, la razón de ser del Estado es la garantía de la propiedad y libertad de la persona, por lo que se produce un tránsito existencial desde lo público a lo privado, en que lo público es funcional (o subordinado) a lo privado. "En lugar de una orientación según bienes suprapersonales aparece la autorrealización de la subjetividad individual como sentido propio del orden público estatal. Y en la medida en que los supuestos que el Estado ha de crear para que sea posible esta autorrealización se concretan en la garantía de la libertad y la propiedad (y no por ejemplo en la igualdad social), el ordenamiento del Estado de Derecho se constituye como burgués, esto es, como referido a la adquisición y la posesión"[10].

La concepción liberal del Estado de Derecho no tardó en hacer crisis, dado que a partir del desarrollo del proceso de industrialización en masa, las injusticias y diferencias sociales que este fenómeno produjo provoca que sus principios y postulados no puedan dar respuestas a los problemas que él mismo generó.

Las condiciones de los trabajadores en el período de la Revolución Industrial fueron malas, empeorando en la medida que crecía el proletariado en la industria. Las condiciones de vida de los trabajadores dieron lugar a la masa, pero en vez de favorecer su evolución hacia un grupo organizado, más bien la obstaculizaron, lo que genera el retraso en las demandas sociales y el control político por parte de la burguesía industrial. Si se puede caracterizar el trabajo en esta época, tres son los factores a destacar: la relación entre persona y máquina, las horas de trabajo y el empleo de mujeres y niños, que unidas provocan una alienación del trabajo, un agotamiento

[9] *Cf.* SCHICKENDANTZ, C.: "El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica". En: *Teología y Vida*, volumen 42, Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 280-291.

[10] BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 22.

biológico y psicológico de la persona y una repercusión en las tasas de mortalidad infantil y esperanza de vida, pues las condiciones de trabajo para todos son análogas. Tal vez este último carácter, el empleo y degradación de los niños tuvo el efecto de retrasar la conciencia de clase de los trabajadores, pues condicionados por el trabajo y la disciplina de las fábricas desde su infancia, ya adultos, incultos y frecuentemente enfermos, se tornaban incapaces de apreciar su miseria y tomar bases para hacer algo y remediar su situación[11].

Asimismo, el sistema liberal decimonónico no sólo produce una relativización del valor de la persona. El mismo modelo de Estado de Derecho deviene en un legalismo formal, en que, controlado el poder absoluto – y despótico – de la autoridad estatal, la realidad política impone la necesidad de sujetar el ejercicio del poder a una legalidad que contara con la aprobación de la ciudadanía, pero el exceso de individualismo que alienta el Estado, orientado a límites formales y procedimentales, resta legitimidad de cara a la nueva realidad social que se manifiesta fuertemente desde la segunda mitad del siglo XIX[12].

La historia da cuenta de la miseria en que se encontraban miles de trabajadores, con derechos precarios y abusos sistemáticos de parte de los empleadores. Se produce un antagonismo clasista en la sociedad y se manifiesta una falta de libertad, ahora de naturaleza social, que acompaña a la igualdad jurídica, unido todo a la pérdida de espacio vital que genera el desarrollo industrial. Estos hechos plantean la exigencia de un Estado que intervenga en la sociedad, que asuma funciones de asistencia y redistribución, que opere activamente contra la desigualdad social, a fin que las garantías del Estado de Derecho (liberal) no sean meras declaraciones programáticas para un cada vez mayor número de ciudadanos[13].

El mérito histórico del individualismo moderno y del constitucionalismo liberal es haber elaborado una antropología hegemónica y haber fijado las condiciones institucionales que han favorecido la primacía de ciertos derechos y la irrupción de la

---

[11] *Cf.* BERGIER, J.F.: "La burguesía industrial y la aparición de la clase obrera, 1700 – 1914". En: CIPOLLA, C.M. (ed.), *Historia económica de Europa (3). La Revolución Industrial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, pp. 440 – 444.

[12] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago, 2008, pp. 54 – 55. 148.

[13] *Cf.* BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, *op. cit.,* pp. 34 – 35.

economía y sus criterios como la disciplina dirigente para la elaboración de cualquier política social.

Pero, ¿qué es la racionalidad económica? Significa ante todo cálculo. Para el código calculador, sólo son racionales aquellas actividades que hacen de la producción y la adquisición de bienes el fin mismo del obrar humano. El constitucionalismo y la Constitución liberal llegan a este resultado a partir de la fijación de una serie de principios, todos ellos convergentes en configurar al individuo aislado como el origen primero y absoluto del conocimiento, como un *a priori* respecto a la sociedad y el poder político, y en particular: el principio de libertad e igualdad entre personas y el principio de inviolabilidad de los derechos económicos de libertad (propiedad y libertad contractual)[14].

Pero, los méritos del Estado liberal, al estabilizarse y no dar respuesta a los procesos dinamizadores que se producen en la sociedad, provocan estancamiento y petrificación normativa. Y la tradición no se supera ignorándola sino que se asume lo positivo de ella y se desplazan los paradigmas superados. Algo así intenta proponer el Estado social[15].

1.2. El origen del Estado Social.

Se ha señalado como precursor de la idea de Estado social a VON STEIN[16].

Según GARCÍA-PELAYO, VON STEIN sostuvo que había terminado la época de las revoluciones y reformas políticas y que era necesario comenzar la de las revoluciones y reformas sociales. Parte VON STEIN de la distinción entre Estado y sociedad, en que el Estado tiende al desarrollo superior y libre de la personalidad de los

[14] *Cf.* CÁNTARO, A.: "El declive de la Constitución económica del Estado Social". En: GARCÍA HERRERA, M. (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 156 – 159.

[15] Una breve y sencilla introducción a este tema se puede encontrar en un trabajo de ARAGÓN REYES, que analiza en art. 1 de la CE: *Cf.* CASAS BAAMONDE, M.E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 33 – 36.

[16] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, 2ª edición, Madrid, 1989, p. 14; RITTER, G., *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 27.

Cabe destacar, en todo caso, que SOTELO ve antecedente remotos del Estado social en los albores de la modernidad, señalando como precursor a LUIS VIVES, un español exiliado, profesor en Lovaina y Oxford (*Cf.* SOTELO, I., *El Estado social*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 140 – 159).

individuos y la sociedad (sustentada sobre relaciones de propiedad) tiende a la dependencia y miseria de la personalidad. Por ello, la corrección por el Estado de los efectos disfuncionales de la sociedad competitiva supone es un imperativo ético y una necesidad histórica. La reforma propuesta por VON STEIN no puede realizarse sin el apoyo de los ciudadanos, incluidos los sectores más desfavorecidos como también los más acomodados, pues si bien los beneficios redundan principalmente hacia los desfavorecidos, por el propio interés de la clase poseedora sería alentador que asuman la necesidad de la reforma social[17].

Con todo, se ha señalado a HERMANN HELLER como autor de la fórmula Estado Social de Derecho[18].

Por cierto, HELLER fue uno de los más importantes constitucionalistas del siglo XX, a pesar de su temprana muerte. A España, lugar de su fallecimiento, llega después del ascenso del nazismo al poder, teniendo una enorme influencia en el desarrollo del socialismo democrático, lo que se cristaliza en el influjo que ejerció durante la II República española, e incluso en las ideas que emergen en la incipiente democracia de fines de los setenta[19].

HELLER postula un Estado de Derecho democrático basado en las relaciones reales de poder, siendo Estado y Derecho los medios de organización de la sociedad, en que el Derecho es una técnica de organización social que puede asumir una función al servicio de la transformación de la sociedad, poniendo de relieve la tensión entre la forma jurídica del Estado democrático-social de Derecho y los poderes económicos fácticos que presionan sobre la toma de decisiones del poder público[20].

El desarrollo de su pensamiento está condicionado por el problema al que se enfrenta: la crisis de la democracia y del Estado de Derecho, al que considera que es preciso salvar no sólo de la dictadura fascista, sino también del declive al que le ha llevado el positivismo jurídico y los intereses de sectores los dominantes, ideas que han

---

[17] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 15.

[18] *Cf.* ABENDROTH, W.: "El Estado del derecho democrático y social como proyecto político". En: ABENDROTH, W. et. al.: *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 20; GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, *op. cit.,* p. 16; JIMENA QUESADA, L., *La Europa Social y democrática de derecho,* Editorial Dykinson, Madrid, 1997, p. 53.

[19] *Cf.* MONEREO – PÉREZ, J.L: "Estudio preliminar. La teoría político-jurídica de Hermann Heller". En: HELLER, H., *Teoría del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. IX - X.

[20] *Cf. Ibíd.,* p. XI.

convertido la idea de Estado de Derecho en un postulado que, o no significa nada o es incapaz de encarar los dos frentes en que se despliega la irracionalidad: por un lado, la irracionalidad del capitalismo, que provoca un nuevo feudalismo económico en que el Estado formal de Derecho resulta un aplicado cómplice, y por otro, la irracionalidad del fascismo. No renuncia a la idea de Estado de Derecho, sino que lucha por dar a éste un contenido económico y social, en que sólo el Estado social de Derecho puede ser una alternativa válida frente a ambas irracionalidades y salvar los valores de la civilización[21].

Tanto es así, que HELLER sostiene que "la burguesía está sobresaturada, el pensamiento dominante se hace positivista y la ideología del Estado jurídico toma un matiz formalista. El Estado jurídico significa ahora un Estado en el que la esfera de acción de los gobernantes está limitada por las leyes. La libertad significa simplemente la seguridad económica de la burguesía contra las intromisiones del Estado en la 'libertad y propiedad de los individuos', no autorizadas por la representación del pueblo. La igualdad no es concretamente lo contrario de la injusticia y la arbitrariedad; no es, por tanto, justicia cualitativa, sino generalidad cuantitativa y lógica"[22].

Los postulados hellerianos están condicionados por su visión política – la socialdemocracia – pero también por la realidad de su tiempo. Exponiendo las ideas socialistas, no escatima en recurrir a datos e informes que favorezca la encarnación de las ideas defendidas y propuestas, *V.g.* se preocupa de la jornada de trabajo para niños, las condiciones de la vivienda de obreros o la concentración de las explotaciones industriales (la irrupción de los Cárteles), todo para mostrar la inhumanidad que produce un sistema capitalista sin consideración de la economía humana[23]. Asimismo, se manifiesta crítico del sistema capitalista por la deshumanización que produce y por la pretensión de transformar los criterios económicos como los únicos válidos tanto para explicar el comportamiento humano en la sociedad, como para el diseño de las políticas públicas[24].

---

[21] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 17.

[22] HELLER, H., "Europa y el fascismo". En: HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 30.

[23] *Cf.* HELLER, H., *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Comenares, Granada, 2004, pp. 135 – 138.

[24] *Cf.* HELLER, H., *Teoría del Estado,* Editorial Comenares, Granada, 2004, pp. 244 – 249.

HELLER defiende la idea de una función para el Estado, pues como toda función social que nace y se manifiesta por medio de actos de voluntad humana eficaces, la función del Estado es algo que se plantea a la persona; la función del Estado es dada al hombre por una situación cultural y natural – no meramente natural, como podrían sostener los contractualistas –, como son, *V.g.*, el paso de una sociedad nómada a sedentaria o el fenómeno de la división del trabajo[25]. Por ello, sostiene que la función del Estado consiste en "la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un *status vivendi* común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante"[26].

Dado que al Estado le asiste una función teleológica y que sin ella, los conceptos de una Teoría del Estado y del Derecho Político aparecen vacíos de significado, HELLER postula un modelo de Estado "social" de Derecho, ya que no es la dictadura la solución a la crisis del Estado liberal burgués. El poder de mando de las dictaduras está exento de toda fiscalización, en tanto que en un Estado de Derecho hay controles recíprocos entre las diferentes fuerzas políticas, por lo que la corrupción, fácil de denunciar y controlar en un sistema democrático, es tierra fértil en dictadura, tanto por la ausencia de control, como por la impunidad de los responsables[27].

A pesar del contexto histórico-político en el cual HELLER está inmerso, cree que para renovar la cultura y civilización, no sólo hay que evitar la dictadura, sino que además se debe relativizar la importancia de la economía, que debe sumisión a las leyes de un Estado de Derecho, puesto que es el sometimiento de los medios a los fines de la vida. Piensa que el futuro de la cultura occidental está amenazado por la dictadura y por el frenesí anárquico de la producción capitalista, que no deja tiempo a los trabajadores, ni ocio y oportunidad a los intelectuales para el desarrollo de una actividad cultural

[25] *Cf. Ibíd.,* pp. 231 – 234.

Para el contractualismo y su postulado naturalista, *Cf.* HOBBES, *Tratado sobre el ciudadano, op. cit.*, pp. 22 – 49; LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil, op. cit.*, pp. 36 – 45. 55 – 75. 96 – 110.

[26] HELLER, H., *Teoría del Estado, op. cit.*, p. 235.

[27] *Cf. Ibíd.* p. 235; HELLER, H., "¿Estado de Derecho o Dictadura?". En: HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 292 – 294.

creadora. De ahí el dilema que se plantea para sus tiempos: dictadura fascista o Estado Social de Derecho[28].

En opinión de BÖCKENFÖRDE, los postulados de HELLER, mantienen los derechos de libertad del Estado democrático de Derecho como garantes del valor del individuo y de que la voluntad del pueblo sólo se puede manifestar democráticamente. Sin embargo, el Estado de Derecho liberal se debe abrir a las exigencias de la democracia social del proletariado, en que la ordenación del trabajo y los bienes se someta a una organización basada en la igualdad material, económica y social[29].

Si la Constitución de Weimar da al Estado de bienestar un perfil propio, el *welfare state*, una creación británica, trae consigo la instrumentalización operativa de los postulados sociales en la sociedad, y está asociado principalmente a KEYNES[30].

Este autor es muy importante porque es un firme partidario de la intervención del Estado en la economía, especialmente para solucionar el problema del paro, que se agudiza tras el término de la Primera Guerra Mundial. "A finales de 1930 el número de parados en Alemania representa el 25% de la población activa; en Inglaterra el 21%. La creación de empleo se convirtió en el problema más apremiante para el que la 'teoría clásica' no ofrece solución alguna"[31]. De ahí que se muestre un gran contradictor del *laissez – faire*, y es que lo nuevo de KEYNES es el salto de una perspectiva microeconómica, propia de la economía clásica, a una macroeconómica, en la que pone en tela de juicio que el mercado consiga por sí solo el equilibrio entre oferta y demanda. Y no sólo eso, pues también la base filosófica del liberalismo clásico, el individualismo, porque ha demostrado que en base a esas premisas, quienes han resultado más favorecidas son las clases dominantes[32]. El gran mérito de la teoría keynesiana es haberla fundado en lo que parece de sentido común y además es consciente de las dos grandes deficiencias del capitalismo clásico: la incapacidad de ofrecer empleo a todos los que lo necesiten y una distribución de la riqueza desigual y arbitraria[33]. Por ello, sin

[28] *Cf.* HELLER, H., "¿Estado de Derecho o Dictadura?", *op. cit.,* pp. 300 – 301.

[29] *Cf.* BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, *op. cit.,* p. 33.

[30] *Cf.* SOTELO, I., *El Estado social*, *op. cit.,* p. 205.

[31] *Ibíd.,* p. 207.

[32] *Cf. Ibíd.,* pp. 208 – 209.

[33] *Cf. Ibíd.,* p. 215.

postular una economía socialista, de la que se manifiesta crítico, postula una economía de mercado con una intervención correctora por parte del Estado.

También podemos destacar el rol de EEUU sobre estos tópicos. Tras la Primera Guerra Mundial y hasta 1929, se produce un desarrollo económico significativo en muchos países y, cómo no, en EEUU. Sin embargo, los niveles de producción alcanzados no eran equivalentes a los niveles de consumo. El famoso "viernes negro" se produce el crack bursátil en *Wall Street* e inaugura una época de crisis internacional que afectará a todos los sectores productivos, generando altos niveles de desempleo y caída de precios y producción[34]. Frente a esta situación de crisis, ROOSEVELT propone un *new deal*, que supone una mirada a la acción del Estado en relación a los negocios y la economía, lo que significará la elaboración de una declaración de derechos económicos y *an economic constitutional order*, es decir, un orden económico constitucional, una Constitución Económica[35].

La política de ROOSEVELT implicará un cambio sustancial en las relaciones existentes entre Estado y economía, ya que el *new deal* supondrá una política estatal de intervencionismo económico. Para ello, en los primeros días, esta nueva política entrará a regular ciertos aspectos de la producción, como también encontrar una solución a quienes se encuentran en paro y a los indigentes. Relevantes resultan tres leyes de 1933: la *Tennessee Valley Authority Act* (18 de mayo), la *Agricultural Adjustement* (12 de mayo) y la *National Industrial Recovery Act* (16 de junio)[36].

Sin embargo, este cambio de orientación en la política económica impulsado por el Estado encontró una fuerte resistencia política y jurídica, puesto que el Tribunal Supremo se pronuncia en ocho ocasiones en contra del *new deal*, argumentando que las funciones del Congreso en la Economía eran limitadas y que muchas de las medidas concretas que emanan del plan económico suponen un menoscabo del derecho de

[34] *Cf.* RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado Social*, Colección Tesis doctorales Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, p. 112.

[35] *Cf.* ROOSEVELT, F.D., *Great Speeches*, Dover Publications, New York, 1999, p. 25. No deja de llamar la atención que un liberal como ROOSEVELT hable de Constitución Económica, toda vez que ello significa una intervención del Estado en la marcha de la economía y una limitación de las libertades de los individuos.

[36] *Cf.* RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado Social*, *op. cit.*, pp. 114 – 122.

propiedad, el cual se encuentra reconocido en la Constitución y, por tanto, no puede ser lesionado por el legislador[37].

Con todo, lo relevante de las políticas del Gobierno de ROOSEVELT manifiestan que, a pesar de los condicionamientos históricos y políticos que imprimen el carácter liberal de EEUU, frente a una situación de crisis que afecta a importantes sectores de la comunidad, la intervención del Estado resulta decisiva para su superación; deben callar los dogmas y dar paso a un sistema operativo que permita encarnar los principios de libertad e igualdad para que esos principios no sean meros formalismos.

La constitucionalización de la idea de Estado Social se realiza por primera vez en 1949.

Es menester recordar que, una cosa es la constitucionalización de la fórmula y otra la consagración en la Constitución de los derechos sociales. Sobre esto último, la primera Carta que consagra derechos sociales es la Constitución mexicana de 1917 (arts. 3, 27, 123). Le siguen la Constitución alemana de 1919 (de Weimar) y, tiempo después, la Constitución española de 1931.

La Ley Fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal Alemana) - en su art. 20.1 definía a la RFA como "un Estado federal democrático y social" y el art. 28.1 señala que "el orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social". Por su parte, la Constitución italiana de 1947 ya esbozaba la idea en sus arts. 1 y 2, pues dicen que "Italia es una Republica democrática fundada en el trabajo (art. 1) y "la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social" (art. 2). Con posterioridad, otros Estados han seguido el mismo camino trazado por la Ley Fundamental de Bonn: Portugal (art. 2) o España (art. 1.1).

Lo esencial del Estado Social consiste en que el orden existente (el modelo capitalista liberal) no se reconoce como justo en principio, ni tampoco se admite que la sociedad esté sustraída a la intervención estatal[38]. El nuevo Estado, apoyado por la idea

[37] *Cf. Ibíd.*, pp. 128 – 129.

[38] *Cf.* BALLESTEROS, J.: "Los principios básicos de la Constitución (I): El estado Social y democrático de Derecho". En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 41.

intervencionista, va a trabajar prestando asistencia a los más débiles y conformando la vida social. Lejos de inhibirse en la actividad económica, ahora participa activamente como un actor y como máxima autoridad que controla, planifica e incluso corrige los desequilibrios económicos. De lo dicho cabe extraer una conclusión: mientras que la concepción liberal supuso la separación formal entre Estado y sociedad, el Estado social va a terminar con esta separación, pues el Estado intervendrá como principal actor en la sociedad y en la vida económica[39]. Por ello es posible sostener que el Estado social, que conserva los rasgos básicos del Estado liberal, es una revisión del individualismo y del abstencionismo estatal propios de éste, y se caracteriza por la asunción de objetivos de justicia social (a través del intervencionismo del Estado) y por la afirmación de los derechos sociales[40]

Por cierto, el sendero trazado no es inmune a la crisis, pero antes de examinar las oscuridades de un concepto de esta naturaleza, urge revisar el contenido de esta formulación para el Estado, cuestión no pequeña y definición no pacífica.

2. Acerca del contenido del Estado Social.

2.1. Aproximación al contenido material del Estado Social.

El frágil desarrollo social del siglo XIX y los consecuentes efectos en la vida de las personas, favorecen la emergencia del Estado social, con énfasis distintos a los propuestos por el Estado liberal; se inicia una progresiva conciliación entre intereses de trabajadores, sectores productivos y autoridad estatal, lo que deriva en la consagración de iniciales regulaciones legislativas en derecho del trabajo desde comienzos del siglo XX. Al mismo tiempo, desde la perspectiva política, el Estado social se vislumbró como una fórmula que busca el logro de la paz social y la estabilidad política, la que únicamente se podía fundar en la justicia social[41].

---

[39] *Cf.* OJEDA MARÍN, A., *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990, p. 21.

[40] DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 84 – 86.

[41] *Cf.* JORDÁN DÍAZ, T.: "La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)". En: *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Nº 10, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006, p. 19.

Se produce una radical transformación en cuanto al papel que debe cumplir el Estado en la sociedad. Ya no sólo se trata de la defensa de los derechos burgueses clásicos, sino que a partir de la premisa de que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de condiciones mínimas de existencia, el Estado deviene en distribuidor de prestaciones sociales de diversa índole[42]. Como señala GARCÍA – PELAYO, "mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad"[43]. Se ha producido una rotación en la posición que cabe al Estado pues, "este giro social del derecho fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal de derecho"[44].

Reconociendo esta mutación situacional del Estado, es necesaria una advertencia. La fórmula Estado social, con defensores y críticos, tiene el carácter de cláusula abierta, por lo mismo, la determinación de su contenido material no es una cuestión ajena a la discrepancia temporal y/o espacial. Esta fórmula está presente en algunas Constituciones, pero incluso en aquellas latitudes no es pacífico el debate sobre su comprensión sustantiva. Por ello no he querido titular este epígrafe con un categórico "contenido de la cláusula" sino más bien con un tímido "acerca…" que permite el tanteo prudente de un terreno resbaladizo y a veces escarpado.

El Estado Social es aquella figura política que supone que los poderes públicos (principalmente la Administración) asumen la responsabilidad de otorgar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina alemana ha denominado "procura existencial"[45]. También se le ha definido como una serie de disposiciones legales que dan derecho a los ciudadanos a percibir prestaciones de

---

[42] *Cf.* GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas – Universidad de Vigo, Madrid, 2002, pp. 45 – 46.

[43] GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.*, p. 26.

[44] HABERMAS, J., *Facticidad y validez, op. cit.*, p. 471.

[45] *Cf.* PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8ª edición 2004, p. 193.

seguridad social y contar con servicios estatales organizados en una variedad de situaciones de necesidad y contingencia[46].

De ambas aproximaciones al fenómeno "Estado Social" destacan, al menos, dos rasgos comunes. Por un lado, el Estado se presenta como un prestador de servicios y de otro, esos servicios se otorgan en la medida que exista una necesidad vital insatisfecha.

El Estado desde esta perspectiva, centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos. Por tanto, las medidas concretas estarán encaminadas a la seguridad de aspectos vitales en la sociedad, que no sólo tienen que ver con la defensa, sino también con la prevención y sanción del delito o el cuidado del medio ambiente. Asimismo, caben prestaciones como la fijación de un salario mínimo, la protección del empleo y la salud, el acceso a la vivienda, medidas para mejorar la distribución de la riqueza, la formación de capital cultural en las distintas clases sociales, etc, siendo relevante no tanto la implementación de políticas de nacionalización de los medios de producción, cuanto una justa distribución de lo producido llevada a cabo por la utilización para ese fin de la potestad impositiva fiscal[47].

OFFE señala que la aceptación del Estado Social en los países de occidente fue compartido mayoritariamente, independiente de la fuerza política que detentara el poder, hasta que se produjo una primera gran crisis económica y el cambio de paradigmas políticos en importantes países. Se refiere a la crisis por el precio del petróleo en la década del setenta y la llegada de THATCHER y REAGAN al poder en Reino Unido y EEUU. Esta aceptación se fundaba en que las principales economías de los países industrializados eran prósperas y desarrolladas y, además, un esquema estatal de esta naturaleza ha significado estabilidad política y menor agitación social, pues atenúa el conflicto entre clases[48].

Sin embargo, aunque es posible señalar medidas operativas que encarnen un modelo de Estado Social, por el carácter abierto de la cláusula aparecen interrogantes

---

[46] *Cf.* OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1988, p. 74.

[47] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.*, pp. 29 – 33; GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pp. 46 – 47; PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 193.

[48] *Cf.* OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, *op. cit.*, pp. 72 – 73.

para comprender su contenido. Por de pronto, cuáles son las necesidades básicas que deben ser satisfechas, en qué consiste la "procura existencial", las disposiciones constitucionales que plasman los fundamentos del Estado Social son imperativas o más bien obedecen al deseo del Constituyente pero sin exigencia práctica, es una cláusula pacífica o ambigua. Si bien éstas no son todas las preguntas, ayudan a centrar un problema de la definición de Estado Social: el de su interpretación.

Como señala BÖCKENFÖRDE, la apelación a lo social derivada del concepto de Estado Social de Derecho es una apelación de carácter general, viva y abierta, no existiendo en la actualidad acuerdos sobre en qué medida se pueden estructurar elementos sociales en una Constitución sin que se pierdan elementos esenciales del Estado de Derecho, ni tampoco hay acuerdo sobre cuáles son los elementos sociales estructurales en particular que deben ser considerados[49].

A su vez, postula ROSANVALLON que el Estado reposa en un programa ilimitado que consiste en liberar a la sociedad de la necesidad y el riesgo. Es ilimitado, porque es el traslado a lenguaje económico del problema político de la búsqueda del bienestar, en que además existe el problema de que las palabras necesidad, satisfacción y bienestar son vagas y confusas. Por de pronto, necesidad oscila entre el concepto de supervivencia y abundancia, en que al Estado (protector) correspondería la garantía de la supervivencia y una abundancia mínima (Estado providencia), pero en qué consiste ese mínimo: es un concepto histórico y evolutivo, mas el sistema de necesidades se confunde con la dinámica social[50].

Como se ha señalado, es imposible dar una respuesta categórica a los planteamientos que surgen por la cláusula del Estado social, aunque se puede realizar una interpretación que se mantenga próxima a la realidad, con el riesgo de rebajar el debate constitucional a uno de impronta político – cotidiano.

Siguiendo a BENDA, la búsqueda de la justicia social es esencial a toda política, de ahí que toda política presuma de sí misma de ser conforme al Estado social, con conciencia que al carácter 'social' se atribuyan diversos objetivos[51].

---

[49] *Cf.* BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, *op. cit.*, p. 37.

[50] *Cf.* ROSANVALLON, P., *La crise de l'Etat-providence*, Editions du Seuil, Paris, 1981, pp. 33 – 34.

[51] *Cf*. BENDA, E.: "El estado social de Derecho". En: BENDA, E. et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 2001, p. 522.

Por ello, la cláusula Estado social se puede interpretar de diversas maneras. Una manera es asociarla a los problemas derivados de la cuestión social (protección a los pobres y necesitados). Pero también puede ser lo social un rechazo al individualismo imperante, de lo que resulta el esfuerzo por compensar intereses antagónicos con la solidaridad. O, en tanto que ceden los intereses individuales, se plantee la situación social como la más importante o, al revés, prestar atención al individuo que, antes que todo es ser social. Con todo, es denominador común de las posturas la relación entre individuo y comunidad[52].

Según BENDA, en la doctrina y jurisprudencia alemana es posible constatar indicios de acuerdo para interpretar la cláusula del Estado social. Una decisión adoptada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo federal ha concebido esta cláusula como un mandato constitucional al legislador para que se interese por los asuntos sociales. También el Tribunal Federal de lo social interpreta este postulado no sólo como exigencia programática, sino como habilitación al legislador para que configure un orden social orientado al establecimiento y garantía de la justicia social, como también a la eliminación de situaciones sociales de menesterosidad. Por su parte, el Tribunal Federal de lo Contencioso ha establecido que este parámetro de interpretación está directamente relacionado con la garantía de la dignidad humana. Lo anterior, no impide, en opinión del autor, que la interpretación hecha por la jurisprudencia constitucional se muestre cauta para aplicar materialmente el postulado, tanto es así que, acogiendo la opinión de un voto de la minoría acuse una cierta timidez para recurrir al principio del Estado Social en el juicio de constitucionalidad[53].

Si bien la apertura de la cláusula no debe impedir que en su interpretación puedan tener cabida variedad de posiciones, es necesario un requisito: se debe hacer un esfuerzo para su concreción material. El mismo BENDA dice que "la democracia no depende menos del consenso en las cuestiones fundamentales que de la diversidad de las opiniones. La cláusula del Estado social… sirve para promover un tal acuerdo"[54].

---

[52] *Cf. Ibíd.,* p. 524.

[53] *Cf. Ibíd.,* p. 525.

[54] *Ibíd.,* p. 528.

Otro autor que desarrolla estas materias es CALSAMIGLIA. Éste se enfrenta a la pregunta por el contenido y definición de las necesidades básicas a propósito del principio de la igualdad y, se limita a desarrollar los problemas que generan los principios. Por supuesto que plantea el postulado de la revisión histórica de las demandas y medios económicos, ya que al cambiar en el tiempo, no puede proporcionarse un modelo

A pesar de las dificultades que entraña la interpretación de esta cláusula, es razonable la tesis propuesta por GARCÍA–PELAYO en cuanto a que la distribución ha sido siempre un concepto clave de la estructura y función del Estado, aunque cambien sus modalidades y contenido; no hay Estado sin distribución de poder entre gobernantes y gobernados y en el orden económico procede a la distribución de recursos económicos nacionales en recursos fiscales y en recursos a disposición de las personas[55].

Por tanto, la interpretación del contenido material del Estado social puede variar a lo largo del tiempo, pero siempre quedando un cierto *minimum*, en que los problemas de financiación de los derechos sociales no pueden significar el grado cero de vinculación jurídica de los derechos fundamentales sociales. Y, no debe olvidarse que tras esta cláusula existe una determinada opción política – ideológica que, en un sistema democrático, dependerá de la ciudadanía ratificarla o mudarla[56]. Con todo, en un sistema democrático, no le está permitido al Estado imponer o sustituir cosmovisiones acerca de la realidad, ya que el Estado pluralista no administra verdades absolutas. La tarea de establecerlos radicará en la persona y los grupos sociales. Como nos alerta BENDA, "es creencia básica de nuestra democracia en libertad que a largo plazo la continua formación de opiniones a través de debate es mejor que cualquier orden totalitario"[57].

---

de necesidades de carácter universal. También expone la propuesta de SINGER que señala que las necesidades básicas primarias deben garantizarse para todos los seres humanos, problema que debe ser resuelto por aquellos habitantes de países ricos que tienen la oportunidad de hacer algo para remediar la situación. En este punto, este autor critica a SINGER, crítica que comparto, pues un axioma de esta naturaleza supone que la sociedad está compuesta por héroes, cuestión fácilmente desmentida por los hechos. Con todo, CALSAMAGLIA preocupado de hacer operativo el principio de igualdad material, más que respuestas presenta lo problemático de definir contenidos categóricos e imperativos sobre estas materias. *Cf.* CALSAMIGLIA, A.: "Sobre el principio de igualdad". En: MUGUERZA, J. et al, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pp. 106 – 109.

SINGER, es un destacado filósofo que ha desarrollado su pensamiento en la ética práctica. No es este el espacio para presentar sus ideas, pero se pueden revisar los postulados criticados por CALSAMIGLIA en SINGER, P., *Ética Práctica*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 200 - 209.

[55] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 34.

[56] *Cf.* BALAGUER CALLEJÓN, F.: "El estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social". En: MONEREO PÉREZ, J.L. et al, *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comenares, Granada, 2002, p. 101. En la misma línea *Cf.* HÄBERLE, P., *Pluralismo y constitución*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 201 - 209.

[57] BENDA, E.: "El Estado social de Derecho", *op. cit.,* p. 529.

2.2. Voces críticas a la definición social del Estado.

La consagración constitucional expresa de la sociabilidad del Estado está presente en algunas Constituciones. México, Alemania, Portugal, Italia y España, consagran la función social que le cabe al Estado. Contemporáneamente otros países han establecido la voluntad de constituirse en un Estado social, por ejemplo Colombia (art. 1 Constitución de 1991), Ecuador (art. 1 Constitución de 2008) o Bolivia (art. 1 Constitución de 2009).

Sin embargo, otros Estados, con importantes y efectivos sistemas de asistencia social no han considerado una definición explícita de la sociabilidad del Estado, *V.g.* Reino Unido, Suecia, Francia o Canadá, que si bien mantienen modelos de Estado de Bienestar, no han hecho de ello una cuestión constitucional[58].

¿Por qué todo este preámbulo? Porque frente a la calificación de social para el Estado, se esconde una profunda discrepancia en torno a su compatibilidad con un Estado de Derecho o con la viabilidad operativa de las medidas que supone implementar un Estado de estas características.

Existe una posición crítica a la formulación del Estado social que se encuentra representada por FORSTHOFF, el que, a grandes rasgos, postula la incompatibilidad de los elementos liberales y sociales en una Constitución[59].

FORSTHOFF, remitiéndose a la Constitución de Weimar señala que los intentos de aquella para anclar en la Constitución el Estado de Derecho y el Estado social fueron un fracaso, ya que el anhelo del constituyente se estrelló contra la realidad formal y estructural de normas constitucionales, como también contra los problemas prácticos que supone la implementación de medidas que encarnen el ideal de Estado social. Cree que ninguna constitución democrática ha podido separar de un modo real y práctico en la vida jurídica de las posiciones del liberalismo clásico en los derechos fundamentales[60].

---

[58] *Cf.* MARTÍNEZ ESTAY, J.I.: "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional". En: *Nomos*, Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 276 – 278.

[59] *Cf.* FORSTHOFF, E.: "Problemas constitucionales del Estado actual". En: ABENDROTH, W. et al, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 45.

[60] *Cf.* FORSTHOFF, E.: "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho". En: ABENDROTH, W. et al, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 77 – 78.

Reconoce FORSTHOFF que Estado de Derecho y Estado social son componentes de la vida política, pero se han desarrollado en dos planos diferentes de las formas jurídicas, en que ambos son fuerte expresión de corrientes ideológicas que las sustentan, no obstante, no deja de preguntarse acerca de la posible fusión entre los elementos social y liberal en la unidad de una constitución[61].

Es categórico para señalar que "no se consigue el Estado Social de Derecho con medio Estado social y medio Estado de derecho"[62]. Afirma que la opción de la Ley Fundamental alemana se decanta a favor de una decisión a favor al Estado de Derecho, lo que se manifiesta en los artículos 20 y 79 de la referida Ley[63]. Si bien es cierto que puede alegarse la discontinuidad histórica del Estado de Derecho, ya que el contexto cultural de entonces no es el de hoy, esta objeción no es válida porque desconoce la relación que se da entre la constitución del Estado de Derecho y la realidad, puesto que la Constitución del Estado de derecho se caracteriza por su alto grado de formalización y con ello se afirma que sus principales elementos estructurales llevan en sí mismo las condiciones de su eficacia, puesto que si ellos se dan, al mismo tiempo está asegurada su efectividad[64].

Desde la perspectiva de los derechos consagrados por las constituciones liberales, éstos suponen un límite para el Estado, que debe abstenerse. Sin embargo, las garantías jurídico – sociales no consisten en limitaciones sino en participación, en que la libertad como participación supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye, que no abandona a la persona y la socorre con subsidios. Vistas así las cosas, Estado de Derecho y Estado social son completamente diversos por no decir antagónicos, puesto que los derechos del Estado social, al suponer participación, carecen de contenido constante susceptible de reglamentación previa; necesitan modulación y diferenciación pues sólo son razonables en el marco de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto, en que la fijación de este patrón debe ser hecho por la ley y la Administración, ya que la Constitución no es una ley social[65].

---

[61] *Cf. Ibíd.,* p. 80.

[62] *Ibíd.,* p. 80.

[63] *Cf. Ibíd.,* pp. 80 – 81.

[64] *Cf. Ibíd.,* p. 83.

[65] *Cf. Ibíd.,* pp. 86 – 88.

Por ello, FORSTHOFF postula que el espacio propio para el desarrollo de los llamados derechos sociales es el que ofrece la Administración, dado que ella se enfrenta con la realidad social del modo más directo y no puede esquivar sus exigencias. El derecho constitucional y el Derecho administrativo considerados desde la perspectiva del Estado social, presentan un aspecto completamente diferente. Mientras que la constitución tradicional, democrática, con separación de poderes, se muestra distante respecto de los esfuerzos en la formación del Estado social, el derecho administrativo sí es el lugar para el desarrollo de medidas operativas que materialicen los requerimientos de un Estado social[66].

En la misma línea propuesta por FORSTHOFF se sitúa MARTÍNEZ ESTAY el que desarrolla la hipótesis que Estado de Derecho y Estado social son conceptos que apuntan a fines distintos e incluso contrapuestos[67]. Es más, manifiesta esta incompatibilidad y, con valentía por lo radical de la afirmación, señala que los derechos sociales no son derechos en sentido estricto, dado que su realización está sujeta a las condiciones económicas de cada momento y su constitucionalización podría producir frustración y pérdida de confianza por la ciudadanía, en el caso de que se produzcan momentos de precariedad económica, unido todo lo anterior al hecho que estos derechos no son justiciables[68].

Funda la incompatibilidad entre Estado de Derecho y social en que la Constitución fue inventada para garantizar los derechos fundamentales mediante la limitación del poder, siendo el Estado de Derecho el procedimiento óptimo para el logro de aquél fin. Si esto es así, Estado de Derecho y Estado social son incompatibles, ya que no es posible que se dé al mismo tiempo la limitación y no limitación del poder, agregando que la experiencia indica que la realización de determinadas aspiraciones pueden conllevar el sacrificio de otras, en que la opción por el Estado de Derecho

[66] *Cf. Ibíd.*, p. 78. Se puede profundizar la tesis del autor en FORSTHOFF, E.: "Problemas constitucionales del Estado actual", *op. cit.*, pp. 43 – 67.

[67] MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 334.

[68] *Cf*. MARTÍNEZ ESTAY, J.I.: "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, pp. 282 – 283.

supone el sacrificio de la pretensión de lograr, por medio de la Constitución, la igualdad material[69].

Siguiendo a LOEWENSTEIN, señala que la Constitución no puede obrar milagros ya que, ni la más perfecta, está en situación de satisfacer los deseos de superación de la pobreza, pues no puede salvar el abismo entre pobreza y riqueza: no puede traer ropa, casa, comida, educación o descanso. Además, señala que la fórmula de Estado social no garantiza la superación de la pobreza, pues existen Estados que han permanecido al margen del constitucionalismo social y han desarrollado exitosos sistemas de seguridad social[70].

Desde el mundo anglosajón, el Estado social también ha sido merecedor de importantes cuestionamientos. HAYEK es uno de sus detractores, quien si bien tiene como inmediato interlocutor al socialismo de raíz marxista y su rechazo a los totalitarismos, también se muestra crítico de la figura del "Estado providencia"[71].

Postula HAYEK, que la sociedad deseable tiene como eje la idea de libertad individual que funda un orden social generado espontáneamente (*catalaxia*). Por ello, se deben limitar los mandatos y decisiones de órganos como el Estado, pues lo deseable es seguir reglas de conducta justa de extensión universal y carácter formal, que naturalmente se han fermentado producto del juego recíproco de intereses y acciones individuales. De aquí se deriva un concepto de libertad negativa, es decir, ausencia de obstáculos que como conjunto global provee un sistema mínimo de reglas del juego, que el Estado debe garantizar y vigilar por medio de un Estado de Derecho, alentador del libre desenvolvimiento de esas fuerzas espontáneas. Estas reglas tienden a resguardar la intromisión pública en la propiedad privada o el ámbito privado, el dominio inviolable desde el cual nace la relación social[72].

---

[69] *Cf.* MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, *op. cit.*, pp. 334 – 335.

[70] *Cf. Ibíd.,* p. 61.

[71] *Cf.* HAYEK, F. VON, *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2009. En esta obra es manifiesto el diálogo y la crítica hayekiana a los modelos socialistas y, especialmente cuando devienen en Estados totalitarios, *Cf.* pp. 173 – 244.

En cuanto a su crítica al Estado social, que lo distingue de los Estados socialistas, *Cf.* HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998, pp. 346 – 357.

[72] HAYEK, F. VON: "Los principios de un orden social liberal", *op. cit.,* pp. 179 – 202.

El fondo teórico que sirve de fundamento a este pensamiento se sirve de una idea modesta de razón, lo que quiere decir una especie de empirismo que rechaza el acceso a esencialidades y que se conforma con abstraer leyes inducidas de la observación de los hechos sociales. Esto implica también que no hay cómo establecer trascendentalmente un significado a universales como bien común, justicia, etc. Predomina un pesimismo respecto de la razón mezclado con una tendencia conservadora que considera positivamente la tradición, sobre todo cuando se considera que ella porta reglas de conducta justa decantadas por el tiempo y por los éxitos individuales que generan. La racionalidad de los individuos se agota en sus preferencias egoístas y el cálculo utilitario que ocupan para tener éxito.

Respecto al Estado social, señala HAYEK que éste "carece de significado preciso" o "carece de objetivo definido"[73]. Sin perjuicio de la legitimidad de una mínima intervención estatal para la asistencia social y ayuda a los más menesterosos, observa que la actuación de los poderes coactivos para asegurar que determinados individuos obtengan ciertos bienes, requiere cierta discriminación entre las personas, lo que no es compatible con una sociedad libre. Según él, "toda clase de Estado – providencia que aspira a la 'justicia social' se convierte 'primariamente en un redistribuidor de rentas'. Tal Estado no tiene más remedio que retroceder hacia el socialismo, adoptando sus métodos coactivos, esencialmente arbitrarios"[74], porque gran parte de los objetivos de esta figura estatal no se pueden lograr sin detrimento de la libertad individual, cuestión de capital importancia para este pensador.

Por tanto, HAYEK se muestra escéptico en cuanto a la definición de una supuesta justicia social o la utilización de ésta como fundamento para la intervención del poder del Estado. Nos dice que cuando "la mayoría desea en la actualidad justicia social, demuestra que este ideal tiene un contenido determinable. Pero, desgraciadamente, ello es como perseguir un espejismo"[75], o "cuando se solicita la intervención del gobierno en nombre de la 'justicia social', esto significa la exigencia de protección en beneficio de la posición relativa existente de algún grupo. De esta manera, la 'justicia social' se ha convertido en poco más que una demanda de protección de

[73] HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad, op. cit.*, pp. 346. 348.

[74] *Ibíd.,* p. 349.

[75] HAYEK, F. VON: "Los principios de un orden social liberal", *op. cit.,* p. 194.

intereses creados y en la creación de nuevos privilegios…"[76]; más radical aún es la sentencia que "sólo hay una justicia de la conducta individual, pero no una 'justicia social' separada"[77].

Por tanto para HAYEK, sólo es posible la superación de las diferencias entre personas y desigualdades sociales por la emergencia del mercado y la apertura al derecho a la libertad.

Como se puede observar, la fórmula 'Estado social' no está exenta de crítica, puesto que no sólo estamos en presencia de un problema de teoría política sino, sobre todo, estamos tratando una cuestión que tiene relación con aspiraciones humanas como son la superación de la desigualdad social o la pobreza. No creo que existan opiniones que justifiquen la bondad de la pobreza o el mantenimiento de profundas brechas. El punto de inflexión radica en que el acercamiento a ese fenómeno es diferente y tras ello existe una posición política que la nutre.

Como dice GARCÍA PELAYO, Estado de Derecho y Estado social no son conceptos contradictorios, ya que los componentes formales (Estado de Derecho) son los mecanismos para actualizar los valores jurídico-políticos que inspiran al Estado y que racionalizan su acción, a la vez que los valores jurídicos necesitan ser actualizados a través de los mencionados mecanismos; la vertiente social del Estado no supone una ruptura con el Estado de Derecho y es, más bien, un intento de adaptación de las notas clásicas del liberalismo a las nuevas condiciones ambientales[78], pues no olvidemos que si bien el Estado de Derecho es una conquista de las personas que limita el poder político arbitrario, no es menos cierto que el poder no sólo amenaza por medio de la actuación de los agentes del Estado, sino que también constituye una amenaza el abrazo acrítico de un modelo económico que tiene opciones políticas que la fundan y que son fuente de diferencias y abusos que, al menos, deben llamar nuestra atención y volcar energías en la mejora de los sectores menos aventajados de la comunidad.

La propuesta de FORSTHOFF y MARTÍNEZ ESTAY, supone que será función de la Administración el que se materialicen políticas de aseguramiento de mínimos que reclama la dignidad humana, pero también será la Ley quien debe establecer el

[76] *Ibíd.,* p. 195.

[77] *Ibíd.,* p. 198. Estas premisas también pueden verse en: HAYEK, F. VON: "El atavismo de la justicia social". En: *Estudios Públicos,* Nº 36, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1989, pp. 182 – 193.

[78] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 54.

desarrollo material de los derechos. Una propuesta de esta naturaleza parece ignorar que con la legitimación democrática, quien habla en la Constitución es la comunidad política, por lo mismo, lo que queda plasmado en la Carta es la voluntad popular. Además, en el sistema constitucional contemporáneo, no es posible situar a la Ley en la cúspide de la pirámide de la jerarquía normativa[79].

La propuesta neoliberal de HAYEK, seductora por su transparencia y simpleza, parte de un axioma, si bien razonable, sumamente discutible: la pretensión que la estructura de la sociedad descansa en un orden espontáneo. Es un razonamiento que arranca de un juicio de autoridad a partir de su observación de la realidad, sin embargo, como en toda ciencia social, es posible un acercamiento al fenómeno desde una perspectiva diferente.

Por de pronto, aceptando el *factum* de la sociedad, integrada por seres humanos a los que, en principio, sólo interesa la autosatisfacción de sus propios intereses, con la propuesta de cierto orden de cosas es posible, si no lograr una sociedad en que se materialice el principio de igualdad, al menos con una preocupación cierta por los menos favorecidos que habitan en ella. Una simple mirada a países con menos desarrollo humano y con economías sumamente liberalizadas, me permite, al menos, disentir de la propuesta hayekiana.

Por último, HABERMAS, no es contrario a un sistema basado en un Estado social, pero manifiesta su preocupación por una excesiva injerencia del Estado en la vida cotidiana que puede resultar opresora. Señala que "el proyecto que es el Estado social ni simplemente hay que ratificarse en él, ni tampoco se lo puede interrumpir, sino que debe proseguir en un plano superior de reflexión pues la intención rectora sigue

---

[79] *Cf.* GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 55.

También en RAWLS es posible encontrar una propuesta política que, siendo liberal, no enfatiza radicalmente el ejercicio de la libertad, sino que la atenúa. RAWLS desarrolla una Teoría de la Justicia en la que no propone suprimir las desigualdades existentes, pero si ellas existen y se mantienen, lo relevante es que no se perjudique a todos; propone que dado el hecho de que las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones iniciales sobre otras generando desigualdades esencialmente profundas, es a estas situaciones de desigualdad en la estructura básica de la sociedad (lo más probable inevitables) a las que se deben aplicar primeramente los principios de justicia, postulando unos principios de justicia para que la situación de los menos favorecidos sea más beneficiosa. ¿Cuáles son los principios de justicia? El principio general es bienes primarios para todos, a menos que la desigualdad sea en beneficio de sectores más desvalidos, sin embargo, al hablar de bienes primarios, hablamos de distintos bienes: libertades públicas (derechos civiles y políticos), oportunidades (acceder a cargos en la sociedad), ingreso (acceso a los recursos naturales) y fundamentos de la propia autoestima (RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2ª edición, 6ª reimpresión, 2006, pp. 20 - 21. 27).

siendo la de domesticar el sistema económico capitalista"[80]. Para ello, propone un paradigma procedimental del derecho que permite la autonomía privada y pública de los ciudadanos, en que todo acto jurídico se puede entender como una contribución a la configuración política-autónoma de los derechos fundamentales y el poder administrativo puede intervenir de manera moderada y conectado en retroalimentación dialéctica con el poder comunicativo desde puntos de vista de legitimidad, inmunizándolo al propio tiempo contra el poder ilegítimo[81]. Es decir, se muestra partidario de los fundamentos que imprimen carácter a un Estado social, sin embargo, en vista de una mayor eficacia y legitimidad, procedimentalmente realiza una corrección desde la perspectiva de un sistema basado en la comunicatividad de los ciudadanos en el marco de una democracia deliberativa.

3. Crisis del Estado Social.

3.1. Algunas razones de la crisis.

Cuando se habla de crisis, se está hablando de una quiebra, por lo general drástica y/o violenta, y que dará paso a otra situación, mejor o peor que la anterior[82].

Sin embargo, a la experiencia de la crisis se le debe restar dramatismo toda vez que forma parte de la existencia de una persona o de la sociedad. De hecho, como señala LUCAS VERDÚ, todas las estructuras de la convivencia política han surgido de la crisis, de una crisis previa, se consolidan durante un cierto tiempo y al fin ceden paso a otras nuevas, que también decaerán. Esto es así porque el Estado, como estructura convencional, es fruto de una cultura que va mutando permanentemente[83].

La fórmula del Estado social, con detractores y defensores, no se encuentra inmune a la crisis y así ha ocurrido.

Sin perjuicio de que el Estado social se ha manifestado como una importante fórmula pacificadora en las democracias de Occidente – entendiendo por Occidente a

[80] HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 492.

[81] *Cf. Ibíd.,* pp. 492 – 493. Para profundizar este punto *Cf. Ibíd.,* pp. 473 – 532.

[82] *Cf*. LUCAS VERDÚ, P.: "Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional". En: *La crisis del Estado y Europa*, HAEE – IVAP, Bilbao, 1988, p. 150.

[83] *Cf. Ibíd.,* p. 154.

Europa occidental y EEUU – y que ha mostrado una especial resistencia a episodios críticos, no tardó en llegar el tiempo de poner a prueba sus fundamentos y tener que dar cuenta a las voces críticas frente a la insuficiencia de sus respuestas a los requerimientos de la comunidad[84].

Un primer elemento importante a destacar como causa del cuestionamiento al Estado social es la crisis económica provocada por el alza del petróleo en los años setenta, episodio que deja en evidencia que, como las demandas de la comunidad y satisfacción de sus necesidades son ilimitadas, para hacer frente a ellas el Estado debe contar con medios suficientes para costearlas, lo que supone que el producto social debe estar en constante aumento. Cuando la situación económica no permite asegurar este aumento del producto interior bruto, el Estado no puede seguir garantizando el mismo nivel de prestaciones sociales, ya que, simplemente, no contará con los recursos para aquello, por tanto, los beneficios que se extendían a los ciudadanos dejan de ser entregados. Los problemas que parecían resueltos en las economías occidentales, como el aumento del paro, la extensión de los niveles de pobreza y marginalidad, los conflictos laborales o la pérdida de poder adquisitivo, reaparecen y obligan a cuestionar los fundamentos que han dado origen al Estado social, pues no estaría cumpliendo los cometidos que fundaron su emergencia[85].

Sin embargo, ese episodio concreto es reflejo de un fenómeno complejo al cual los Estados nacionales de la época no se habían enfrentado en su realidad, que se relaciona con la internacionalización de la economía[86].

El mantenimiento del mínimo vital garantizado se empieza a reducir con la finalidad de frenar el gasto público – factor importante en procesos inflacionarios –, para así permitir el desarrollo menos gravoso a la iniciativa privada. Aun más, la crisis de los años setenta está vinculada estrechamente a una crisis de la Seguridad Social, puesto que el recargo progresivo en la responsabilidad al sistema de Seguridad Social simplemente lleva a un sistema deficitario y falto de eficiencia. Todo, lleva a cuestionar la intervención del Estado en la economía, pues los fallos estatales pueden ser iguales o

[84] *Cf.* OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 135; GARCÍA COTARELO, R., *Del Estado del bienestar al estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 119.

[85] *Cf.* CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 81.

[86] *Cf.* SOTELO, I., *El Estado social*, *op. cit.*, p. 297.

mayores a los del mercado, de manera que resulta más efectivo que sólo actúe el mercado, a pesar de sus yerros[87].

La crisis de los setenta alerta sobre una fórmula que se había mostrado exitosa hasta entonces. La crítica desde los sectores liberales apunta a la excesiva carga fiscal que supone un desincentivo para la inversión, pero sobre todo, al garantizar pretensiones y títulos de poder colectivo a trabajadores y sindicatos, genera un desincentivo para el trabajo o al menos para un trabajo todo lo duro y productivo como el que se da cuando no existen frenos a la actividad mercantil. Ambos efectos (carga fiscal y poder negociador) generan presión inflacionaria y sobrecarga en la demanda política que produce ingobernabilidad ante la insatisfacción de las demandas reclamadas[88].

Con todo, DE CABO MARTIN y PORRAS NADALES apuntan a que la crisis del Estado social no estriba tanto en un episodio histórico concreto sino que, más bien, se debe a un déficit en la estructura de fundamentos de la fórmula.

Por una parte, DE CABO MARTIN señala que la irrupción del Estado social ha supuesto un cambio importante en la relación estructura – superestructura en la actual fase del capitalismo, en que la intensificación de la relación entre los diferentes elementos del modo de producción ha provocado entre Estado y proceso económico una interacción tal, que ha cristalizado en una estructura objetiva de articulación entre ambos, de la que ha pasado a ser dependiente la lógica y el proceso de acumulación. La interrelación entre Estado y proceso de acumulación ha hecho tan interdependientes a ambos que los cambios internos al proceso de acumulación han determinado cambios en el Estado que suponen la transformación del Estado social. Como la configuración del Estado social es histórica, sólo fue funcional al anterior proceso económico, mas, al estallar la crisis, el Estado social no sólo es disfuncional sino que su transformación debe suponer su ocaso, ya que mantener la fórmula del Estado social como hasta ahora impide que funcionen los mecanismos necesarios para salir de la crisis, puesto que con la configuración actual será imposible el crecimiento de la economía – rasgo central en una economía de mercado –, aumentará la presión inflacionista y no será posible una mayor flexibilidad laboral para superar la crisis[89].

---

[87] *Cf.* OJEDA MARIN, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993, p. 36.

[88] *Cf.* OFFE, C., *Contradicciones en el Estado del Bienestar, op. cit.*, p. 138.

[89] *Cf.* CABO MARIN, C. DE, *La crisis del Estado Social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1986, pp. 41 – 50.

Por otra, PORRAS NADALES señala que la crisis del Estado social es una crisis general que afecta a la propia racionalidad del modelo de Estado nacido tras la Segunda Guerra Mundial, pues en el Estado social subyace una contradicción entre el pluralismo social y político como soporte de las decisiones normativas del Estado y el principio de racionalidad, única y vertical, del Estado. Al aparecer la crisis, que en un comienzo tiene un carácter socioeconómico, empieza a socavar los soportes dogmáticos del sistema jurídico del Estado, operando una tensión sobre su entramado constitucional[90].

Señala PORRAS NADALES que se ha producido un proceso de politización de la economía privada del mercado por la progresiva centralidad del Estado intervencionista, fenómeno que surge por la propia estrategia de los poderes públicos y por las demandas sectoriales de los sujetos económicos. Por ello, la crisis de racionalidad del Estado social intervencionista implica la existencia de procesos de penetración recíproca entre ámbitos públicos y privados que determinan la inexistencia final de una lógica de mercado capaz de aparecer como plano último de referencia, todo esto unido a que los organismos públicos están limitados por una escasa capacidad de percepción y planificación que les impide tomar decisiones autónomas capaces de generar una racionalidad desde arriba. El problema radica en la pérdida de sustancialidad normativa respecto de los fines, que muchas veces contemplan imperativamente fines antagónicos o contradictorios con las posibilidades reales del sistema económico. Un sistema edificado en base a estos paradigmas conduce a la sociedad a la tensión inflacionaria y al déficit financiero, crecimiento de la burocracia que restringe la esfera del mercado, como también a la aparición de sectores descontrolados del mercado que dan pie a la economía sumergida y al fraude fiscal[91].

Por su parte, O'CONNOR realiza un análisis de la crisis del Estado social a partir de las paradojas que producen políticas destinadas al consumo y la asistencia social.

Si bien, parte de la base que el Estado en una economía capitalista debe satisfacer dos funciones básicas como son la acumulación y legitimación, es decir, mantener o crear condiciones en las cuales sea posible la acumulación rentable de capital y mantener o crear condiciones necesarias para la armonía social, postula que la

---

[90] *Cf.* PORRAS NADALES, A.J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, pp. 42 – 43.

[91] *Cf. Ibíd.,* pp. 56 – 60.

crisis fiscal sólo se puede comprender partiendo de las categorías económicas marxistas. Los gastos del Estado tienen un doble carácter de capital social y gasto social. Los gastos necesarios para la rentabilidad privada son capital social que indirectamente hacen aumentar la plusvalía, existiendo, por su parte, dos clases de capital social: inversión y consumo social, en que el primero consiste en proyectos y servicios que incrementan la productividad de una fuerza de trabajo y que, en igualdad de condiciones, aumenta la tasa de beneficios, y el segundo consiste en proyectos y servicios que disminuyen el coste de reproducción del trabajo y que, en igualdad de condiciones, incrementan la tasa de beneficios. Los gastos sociales son proyectos y servicios necesarios para la armonía social (así cumple su función de legitimación)[92].

Con estas premisas, O'CONNOR sostiene dos tesis. La primera es que el crecimiento del Estado y su gasto se convierte en la base del crecimiento del sector monopolista y de la producción total, pues el incremento del carácter social de la producción impide la acumulación privada constante de capital e incluso puede ser este sector deficitario, siendo del crecimiento de los monopolios irracional pues los acompaña el paro, la pobreza, etc, debiendo el Estado satisfacer las necesidades que estos efectos provoca[93].

La segunda es que la acumulación de capital y gasto social es un proceso contradictorio que genera tendencias hacia crisis sociopolíticas y económicas, esto porque a pesar de que el Estado socializa los costes sociales, el excedente social sigue siendo apropiado por el sector privado (el Estado puede intervenir en períodos de déficit de las empresas, pero cuando ellas son rentables, la ganancia es neta), por lo que socialización de costes y apropiación privada de beneficios crean una crisis fiscal por la diferencia entre gastos e ingresos fiscales. La crisis se ve agravada, además, como consecuencia de la apropiación privada del poder estatal para fines privados, en que grupos de interés presionan para dedicar el presupuesto a diferentes clases de inversión social, en que la mayoría de estas presiones no son coordinadas por el mercado sino que se cursan a través del sistema político, lo que a fin de cuentas perjudica la capacidad fiscal del sistema y amenazan la capacidad del Estado para generar excedentes[94].

---

[92] O'CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado*, Ediciones Península, Barcelona 1981, pp. 26 – 27.

[93] *Cf. Ibíd.,* p. 29.

[94] *Cf. Ibíd.,* pp. 30 – 31.

Para este autor, por tanto, la crisis del Estado social no radica tanto en el nivel de gasto del Estado como que éste es consecuencia de la dinámica interna que produce la fórmula del Estado social, que tiende a favorecer los monopolios económicos y por lo mismo, en su irracional mecánica, va generando déficit fiscal producto de sus propias deficiencias internas.

El análisis de la crisis del Estado social no puede enfrentarse de una manera objetiva sino que, con el fin de mostrar los déficits de la fórmula, no se escatiman críticas que apuntan al agotamiento de Estado social, especialmente desde la perspectiva de un nuevo liberalismo al modo del siglo XIX.

Parece que viviéramos el declive del constitucionalismo social del siglo XX y de la idea de orden democrático de la economía. El nuevo constitucionalismo económico repropone las exigencias liberales; y probablemente va más allá cuando postula que el cálculo económico debe servir como vínculo constitucional pues la razón económica ambiciona actuar como razón única y paradigma de todas las relaciones[95].

Ahora bien, no por estar teñidas de ideología las visiones críticas, pecan de irracionales. Al contrario, se trata de postulados reflexionados, sustentables y, sobre todo, razonables.

GARCÍA HERRERA es otro de los autores que apunta severas críticas a la fórmula. Se pregunta sobre la pertinencia de seguir anclados en la defensa y reivindicación del Estado social cuando se han erosionado las bases de su identidad y viabilidad pues esa relación entre economía y política ha sido superada en la práctica[96].

Los fundamentos de tan radical afirmación son variados. Uno de ellos tiene relación con uno de los propósitos del Estado social, a saber, la conquista de la libertad e igualdad material reales, sin embargo, dice GARCÍA HERRERA que "no se ha logrado implantar aquél objetivo de la libertad e igualdad reales, de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los individuos en la vida política, económica, cultural y social"[97], es decir, una falta de realización histórica del Estado social. Asimismo, el Estado social es ineficiente, derrochador y

[95] *Cf.* CANTARO, A.: "El declive de la Constitución económica del Estado Social". En: GARCÍA HERRERA, M.A (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao 1997, p. 154.

[96] *Cf.* GARCÍA HERRERA, M.A.: "El fin del Estado Social". En: *Sistema,* Nº 118/119, Fundación Sistema, Madrid, 1994, p. 135.

[97] *Ibíd.,* pp. 140 – 141.

excesivamente burocrático, de ahí que sea necesario destruir las bases del ideario social – democrático sobre la base de predicar una nueva moral de trabajo, el rechazo del protagonismo administrativo que limita la capacidad de decisión, reclamo de un nuevo orden productivo y oposición y resistencia a la capacidad de presión sindical[98]. Unido a todo lo anterior, la internacionalización de la economía configura nuevos polos de desarrollo que desencadenan unas formas de competitividad económica que aparecen como incompatibles con un estado social[99].

De ahí que GARCÍA HERRERA postule la superación del Estado social, sin perjuicio de anhelar un principio alternativo constitutivo de la relación entre economía y política, que reivindique a la sociedad del trabajo como criterio de ordenación[100].

La historia da cuenta de episodios que muestran la crisis del Estado social, pero esta crisis hunde sus raíces en la racionalidad del sistema implementado tras la Segunda Guerra Mundial.

En este marco de tinieblas y tanteos, hay quienes sostienen que la crisis del Estado social también afecta a la democracia y al Estado de Derecho.

A la democracia, porque al reducir las formas de participación para dejarla limitada a la mera participación electoral y actividad de órganos representativos, se desalienta cualquier otra movilización que permita una canalización de las demandas no atendidas del Estado social. Asimismo, no sólo la democracia deviene en formal, sino que entran en crisis las instituciones más propias de un sistema representativo: Parlamento y partidos políticos, en que el primero pasa a ser un instrumento de ratificación de las decisiones básicas que se toman fuera de ese espacio deliberativo, buscando en esa actuación una legitimación democrática de las medidas, y los segundos, porque sus postulados ideológicos pasan a ser cada vez más próximos, menos diferenciados hasta convertir a las democracias modernas en objetivamente consensuales, lo que favorece una distancia del ciudadano con los partidos y produce, nuevamente, un déficit de representación, resultando de todo ello la generación de

[98] *Cf. Ibíd.,* p. 143.

[99] *Cf. Ibíd.,* p. 146.

[100] *Cf. Ibíd.,* p. 148.

procesos de despolitización, descrédito de la política y mínima significación del sistema político[101].

La crisis del Estado social en lo político también repercute en el ámbito social, con una pérdida de protagonismo y representatividad de sus organizaciones, en que el movimiento obrero organizado – obstáculo para el restablecimiento de un proceso de acumulación – tiende a su desarticulación, sea por una crítica directa y frontal del Estado o por sus propias acomodaciones prudenciales en pos de la autorresponsabilidad, lo que favorece la pérdida de representatividad sindical o simplemente a que la mediación de conflictos ya no sea patrimonio exclusivo de los sindicatos[102].

En cuanto al Estado de Derecho, la crisis pasa por la transformación de la Ley como categoría básica del Derecho público. Por de pronto, la virtualidad de la ley se atenúa al ser cada vez mayor el número de casos en que se negocia fuera del Parlamento – la sede propia de la deliberación – cuando se trata de intereses o materias relevantes y complejas. Al mismo tiempo, su eficacia jurídica es cada vez menor en la medida en que la resistencia a las actuaciones del Estado muestra su incompatibilidad con el libre desarrollo capitalista; unido lo anterior al hecho de la cada vez mayor importancia del contrato en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa de los intereses privados[103].

Además de lo dicho, también el Estado social sufre por los avatares de la globalización y de la transformación del Estado nacional.

En cuanto a la globalización, el mayor beneficiado con la irrupción fáctica (y de imposible sustracción) ha sido el capital, puesto que puede trasladarse rápidamente hacia donde consiga los mejores rendimientos, siendo la principal damnificada la mano de obra en los países que quedan sin trabajo. En los países desarrollados con la globalización pierden sobre todo los sectores más vulnerables, ya que su principal protector, el Estado, muestra su impotencia en este nuevo contexto. En un mundo globalizado, las empresas comienzan a librarse de los Estados, ya que están prestas a acudir a los lugares que ofrecen las mayores y mejores ventajas, a saber, salarios y

[101] *Cf.* CABO MARIN, C. DE: "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social". En: *Sistema*, Nº 118/119, 1994, pp. 69 – 70.

[102] *Cf. Ibíd.*, p. 70.

[103] *Cf. Ibíd.*, p. 71.

fiscalidad baja, y especialmente a acogerse a países con carencia de derechos sociales, en los que a manudo ni siquiera se respetan los derechos humanos[104].

Tratándose de la transformación del Estado nacional, éste, unido al fenómeno globalizador, ha experimentado profundos cambios. Si nos detenemos en sus tres rasgos clásicos (soberanía, territorio y población), la primera ha dejado de constituir un poder supremo, teniendo que admitir zonas de soberanía compartida; el territorio se diluye puesto que sus fronteras son difusas, sea en el ámbito militar o económico y en cuanto a la población, el fenómeno de la inmigración la hace cada vez más variada y compleja[105]. Con todo, donde más se advierte la transformación es en el ámbito económico, puesto que muchas de las funciones económicas del Estado se le están sustrayendo, llegando a pensar algunos, según SOTELO que "éste (el Estado) había perdido su principal razón de ser, al traspasar el mercado su marco jurídico y territorial"[106].

Mucho más se puede decir sobre la crisis del Estado social. Trabajos enteros se han escrito tratando de explicar su ocaso o porvenir. Pero quisiera detenerme en un aspecto. La crisis no es efecto de un puro episodio histórico que por su devenir genera una falta de recursos para satisfacer las demandas sociales. Es eso y más. Es una crisis sistémica y de racionalidad. La crisis del Estado social toca sus paradigmas básicos y también cuestiona la democracia y el Estado de Derecho.

¿Es el crepúsculo de la fórmula? Hay quienes así lo preconizan, sin embargo, y no por un deseo utópico, me resisto a aceptar la defunción de un modelo que se ha mostrado capaz de mantener y conservar la paz y que ha puesto especial atención en los sectores menos favorecidos de la comunidad.

El problema que el Estado social quiso resolver sigue vigente: la búsqueda de otra racionalidad frente a la económica, una racionalidad capaz de limitar y corregir el código meramente calculador del *homo economicus*, sobre todo porque esa racionalidad está colonizando todas las esferas del obrar humano, y vaya que sí lo sabemos en este tiempo presente, pues a partir del año 2008 los costes de la crisis económica mundial no pueden ser resueltos por el mero orden espontáneo, sino que está siendo clave la

[104] *Cf.* SOTELO, I., *El Estado social*, *op. cit.*, p. 298.

[105] *Cf. Ibíd.*, pp. 319 – 320.

[106] *Ibíd.*, p. 329.

intervención – y fiscalización- estatal al sector privado, para corregir los excesos de la radical desregulación que defiende el "anarcoliberalismo"[107].

3.2. Hacia una reformulación del Estado social.

La crisis y crítica del Estado social lleva un buen tiempo realizándose y no faltan escritos que tratan de explicar el fenómeno y dar una respuesta que pueda predecir el futuro de la fórmula. Si bien algunos desahucian al Estado social, otros, asumiendo la crisis, postulan que ésta debe ser superada para mejorar la institución del Estado que tantos beneficios ha generado principalmente en Europa.

La crítica al Estado social, es razonable y atendible, especialmente por las consecuencias económicas que suponen un Estado que interviene en exceso y que gasta, no sólo más de lo que produce sino que estimula el alza del costo de la vida, por lo que los fines perseguidos por el Estado social bien pueden quedar en letra muerta, considerando que los efectos de su actividad pueden ser perjudiciales, principalmente, para los sectores más vulnerables de la sociedad. ¿Hay porvenir para el Estado social? Modestamente creo que es razonable su continuidad, pero con modificaciones a la idea original.

Por de pronto, y compartiendo el diagnóstico de OFFE, el Estado social es una estructura irreversible, cuya abolición exigiría la abolición de la democracia política, los sindicatos y el sistema de partidos, lo que implica cambios dramáticos en la estructura de la sociedad. Pero no sólo eso. El neoliberalismo y su propuesta de Estado mínimo, a pesar de la sencillez y razonabilidad de sus postulados, no es la solución para la crisis. Sin una política de subsidios, sea a la vivienda, en la educación y la sanidad, así como un sistema de seguridad social obligatorio, el funcionamiento del sistema económico sería inconcebible, ya que la desaparición de los fundamentos de un Estado social abandonaría a la realidad social a un escenario de conflicto explosivo y crisis de la convivencia. Lo contradictorio de todo esto es que un modelo económico capitalista no puede existir ni con ni sin un Estado social.

---

[107] *Cf.* Una interesante aportación en el mismo sentido se puede observar en las conclusiones de un trabajo de LÓPEZ Y LÓPEZ quien sostiene que, a pesar de la incertidumbre de este tiempo, es necesario hacer frente a la crisis porque no se trata de un problema de pura técnica, sino que en juego está la existencia humana. *Cf.* LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: "Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular". En: *Quaderni Fiorentini*, *Nº* 25, Giufrrè Editore Milano, Milán, 1996, pp. 459 – 466.

Al mismo tiempo, el Estado social no sólo ha sido un catalizador de la paz sino que esta estructura del Estado ha asegurado, durante decenios, un nivel de vida y una satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos que difícilmente podrá encontrarse un ejemplo exitoso análogo, porque entre otros beneficios, el Estado social ha favorecido el aumento del capital humano, una mejor distribución y transferencia de rentas entre diversas clases sociales, junto a una estabilidad política que favorece la cohesión social, ya que las prestaciones de bienestar operan como elemento compensador a la competencia pura y al carácter ganador-perdedor que suscita el mercado[108].

Entonces, ¿cuáles son las líneas a priorizar a fin que el Estado social no desaparezca?

No es fácil la respuesta, sin embargo, es necesario afirmar, como primer elemento, que los fines del Estado social deben ser cumplidos y se deben tratar de desterrar aquellos elementos que han provocado la crisis del Estado. Ciertamente, se trata de afirmación sencilla de formular, por lo que el desafío radica en tratar, al menos, de asomar una propuesta de futuro para el Estado social.

La revisión de los paradigmas del Estado social se debe realizar considerando su doble faceta de articulación: Estado interventor y asistencial respectivamente[109].

En cuanto al Estado interventor, en occidente parece existir acuerdo entre socialdemócratas y liberales acerca de la necesidad de reducir las funciones del Estado y restablecer una relación entre economía y mercado de un sistema capitalista más libre. Este acuerdo supone procesos de *desregularización*, reprivatización, reducción de la presión fiscal, del gasto y déficit públicos, es decir, un programa de ajuste para sanear la economía y permitir que las empresas puedan incrementar sus beneficios, lo que implicará la utilización de mano de obra ajustada a la línea de beneficios de la empresa privada[110].

En relación al Estado asistencial, a pesar de las fuertes críticas recibidas desde la vereda neoliberal, ha conseguido mantenerse sin grandes erosiones, principalmente

[108] *Cf.* OJEDA MARIN, A., *Estado social y crisis económica*, *op. cit.*, p. 42.

[109] *Cf.* GARCÍA COTARELO, R.: "Crisis y reformulación del Estado de bienestar". En: CORCUERA ATIENZA J. y GARCÍA HERRERA, M.A. (edit.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 30 – 35.

[110] *Cf. Ibíd.*, pp. 31 – 32.

por tres motivos. El primero es que la existencia de un fuerte Estado asistencial ha mitigado los efectos sociales nocivos de las políticas de reconversión industrial. El sistema de seguridad social, subsidios al paro y otras prestaciones ha permitido la reconversión industrial y flexibilización de las condiciones laborales que, sin esos resguardos, no hubiesen podido aplicarse. Lo segundo es que, los beneficios del Estado social forman parte de la conciencia moral de la época, en que ciertos servicios públicos asistenciales son intocables. Por último, el Estado asistencial es una reivindicación suprapartidista, por lo que difícilmente un partido atacará frontalmente esta fórmula sin perder en el intento[111].

En la misma línea, GÓMEZ apunta a que la reestructuración del Estado social debe hacerse en una doble dirección: desde arriba y desde abajo. Lo primero significa que se debe actuar sobre los propios objetivos del Estado social, sus recursos e instituciones, de manera que se adecuen a las necesidades actuales de reestructuración del capitalismo, buscando una mayor eficacia, descentralización y flexibilidad en la actuación del Estado. Lo segundo, hace referencia a una profundización de la sociedad civil en la configuración y objetivos del bienestar social. No se cuestiona tanto el papel del Estado, sino que propone nuevos criterios de orientación: una mayor participación de la sociedad en la organización de la red de protección social, en que las personas en vez de ser receptores de la protección del Estado deben comenzar a buscar alternativas para conseguir protección e integración social[112].

Para llevar a cabo este propósito, entre las medidas concretas propuestas por GÓMEZ se incluyen la conservación de la intervención estatal en sectores claves de la economía, compromiso del capital de favorecer un crecimiento productivo que favorezca la generación de puestos de trabajo y la de encontrar un modo para vincular los beneficios del capital con la política salarial, proponiendo como ejemplo el aumento de la intervención social en los mecanismos de reinversión y reproducción del capital[113].

Con todo, GÓMEZ cree que la rearticulación del Estado social pasa también por una reaparición del principio de la solidaridad, ya que una redefinición del sistema capitalista en menos solidario conduce a una marginación de los sectores menos

[111] *Cf. Ibíd.*, pp. 32 – 33.

[112] *Cf.* GÓMEZ, J.M.: "El Estado del bienestar y el reto de la solidaridad". En: *Anales de estudios económicos y empresariales, Nº* 10, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, p. 268.

[113] *Cf. Ibíd.*, p. 269.

favorecidos, marginación que, si bien, puede no desembocar en un conflicto social abierto, ni poner en peligro el nuevo modelo de Estado, una fórmula que aísla la solidaridad sólo podrá ser disfrutado por un puñado de miembros de la comunidad, generando una sociedad menos solidaria[114].

La crisis del Estado social no sólo tiene su base en la aparente insuficiencia de sus propios postulados sino que también el nuevo contexto histórico en el que se desarrolla genera dificultades para su desenvolvimiento. Bien dice SERRA que en el próximo futuro será "imposible encontrar una salida a los problemas que lleva consigo el desarrollo del Estado desde una perspectiva puramente nacional. Vivimos hoy ya una época en que se ha desarrollado la conciencia planetaria que pugna por alzarse ante los obstáculos que representan los Estados nacionales"[115].

Por ello, en este contexto se puede globalizar un modelo de Estado que, a pesar de sus dificultades, ha estado marcado por el éxito. Dice CARMONA CUENCA que, si bien es sabido que el bienestar de unos se basa normalmente en las condiciones materiales ínfimas de la mayoría, los mismos postulados de justicia social que hicieron surgir el Estado social en las sociedades occidentales industrializadas, deben servir para crear un Estado social mundial, porque una creación de esta naturaleza va en directo interés de las naciones menos desarrolladas y también afecta a los países más industrializados, porque una fórmula de esta naturaleza puede impedir que los graves desequilibrios actuales desemboquen en una crisis generalizada[116].

¿Llegará ese momento pronto? Difícil saberlo, pues se trata de un desafío de largo aliento. No quiero decir que la propuesta de un Estado social debe seguir literalmente el modelo que se ha impuesto en países industrializados de Europa, pero, no cabe dudas que el Estado social, con sus déficits y desafíos, ha permitido la convivencia pacífica entre economía de mercado y bienestar social.

Ya en diversas parcelas del mundo de la vida se observan transformaciones que hace apenas cincuenta años parecerían impensables. Me refiero, sobre todo, a la nueva autoconciencia social en lo referido a los crímenes de *lesa humanidad*. Tratándose de estos delitos, instituciones claves del derecho como la prescripción, amnistía,

[114] *Cf. Ibíd.,* pp. 271 – 272.

[115] SERRA, F.: "El futuro del Estado social". En: OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social,* Trotta, Madrid, 1991, p. 174.

[116] *Cf.* CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución, op. cit.,* pp. 90 – 91.

inmunidades de jurisdicción o la propia soberanía estatal son relativizadas, porque en casos de atentados graves contra los derechos humanos, por sobre cualquier institución jurídica prima la dignidad humana. Esto no quiere decir que los problemas de derechos humanos hayan sido resueltos o que en el futuro no vayan a existir, sin embargo, el tratamiento y condena a esas violaciones en el futuro no es un asunto que quede entregado a la mera soberanía nacional. Ante la impunidad local, la comunidad internacional reacciona.

Ha habido enormes progresos en el desarrollo de los derechos sociales en las últimas décadas. No obstante, la realidad mundial no es homogénea sino esencialmente dispar. A pesar de la consolidación de la democracia y el mercado como sistemas político y económico, la fragilidad institucional de muchas naciones, los problemas de corrupción, la distancia cultural y cosmovisiones diferentes a la hora de construir una sociedad, no favorecen una inculturación pacífica de los paradigmas del Estado social, porque el problema es complejo y no solo jurídico o económico; es también una cuestión antropológica, religiosa, sociológica y étnica. Y aún más, el desarrollo de sus postulados supone gran cantidad de dinero, lo que es difícil de obtener en países con economías primarias.

Con las dificultades y desafíos que se imponen al Estado social, la problemática que le dio origen sigue latente. Si bien es cierto que la economía, su lenguaje y códigos han tratado de explicar y desarrollar todos los fenómenos de la vida en común, el mero orden espontáneo no es el catalizador de una sociedad más igualitaria. Por ello postulo que el Estado social, con su caminar a tientas y limitaciones propias de sus condicionamientos culturales, no ha perdido eficacia y es necesario y vital para responder a los desafíos sociales, especialmente en materia de igualdad y preocupación por los sectores menos aventajados de la sociedad.

4. El Estado Social en la Constitución española.

Dice la Constitución española en el art. 1.1 que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Esta disposición es de una riqueza enorme y excede, por mucho, los propósitos de una presentación breve del Estado social como el que estoy haciendo.

El texto constitucional presenta una configuración del Estado con tres adjetivos que no pueden ser entendidos de manera separada sino que en estrecha relación, con implicaciones relevantes en materia de interpretación dado el carácter abierto de los enunciados.

Asimismo, existe la referencia a los valores superiores del ordenamiento jurídico, los que suponen, una declaración de principios inspiradores, deseables y una matriz ética que supere un positivismo técnico que reduce el derecho a la mera norma sin más.

Con todo, en este ordinal sólo me detendré en la declaración de la sociabilidad del Estado español, no tanto por falta de interés en los otros aspectos, sino que ese análisis permite la continuidad sistemática con la materia que se está trabajando. No es fácil esta opción, porque es casi imposible no advertir las mutuas relaciones entre caracteres del Estado y los valores superiores, mas, haré el intento para no desviar la atención en lo que me ocupa: el significado e importancia del carácter social del Estado.

4.1. La eficacia de la cláusula del Estado social.

A pesar de la solemne declaración hecha en la puerta de la Constitución, "no es posible vincular a la misma consecuencias jurídicas de exigibilidad inmediata amparadas en este solo precepto; la fórmula no realiza referencias normativas individualizables y, por tanto, concretables inmediatamente en un derecho subjetivo jurisdiccionalmente exigible… pero sería incorrecto deducir de aquí que la calificación del Estado como 'social' carece de valor 'normativo', esto es, de la cualidad que acompaña a toda 'norma', y que su alcance se reduce, en consecuencia, al de una mera declaración constitucional de aspiraciones o principios"[117]. Es decir, la fórmula del Estado social no es una mera declaración programática sino que constituye una norma inspiradora e informadora de contenido a las políticas concretas que encarnen el ideario propugnado por la CE.

Por ello, dice LUCAS VERDÚ que el art. 1, en cuanto norma de apertura *constituye* al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente, cimentando el

[117] GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Tecnos, Madrid, 1987, pp. 99 – 100. En el mismo sentido se pronuncian GARCÍA-PELAYO y LUCAS VERDÚ: *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.*, p. 93; LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho". En: ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, p. 100.

ordenamiento jurídico, siendo esta norma constitucional la fórmula política de la Constitución que sintetiza el techo ideológico (Estado social y democrático de Derecho), la organización jurídica (igual que el anterior, pero explicitado en párrafo 3º que establece la forma política del Estado español) y la estructura social (al propugnar los valores de justicia e igualdad y la misma estructura social que condiciona el Estado de Derecho)[118].

Sin embargo, el hecho de que una fórmula de esta naturaleza esté reconocida en la Constitución no implica, en modo alguno el éxito de su cometido. ¿Es realmente España un Estado social y democrático de Derecho? No se puede dar una respuesta categórica a esta pregunta, dado que el Estado de Derecho no puede ser comprendido de manera estática. Por supuesto, si comparamos la actual situación con la que existía en la dictadura franquista, el progreso ha sido enorme, mas, no se logra jamás la perfección dado el carácter dinámico de la realidad en la que se encuentra inserto el Estado. Siguiendo a LUCAS VERDÚ, la expresión "'se constituye' puede entenderse como edificación permanente de un Estado que lucha para defenderse con los valores de la libertad, de la igualdad y el pluralismo político"[119].

La posición *geográfica* del art. 1 dentro del texto de la Constitución no deja de ser importante. Se ubica en el Título preliminar y, de conformidad al art. 168, si se quiere reformar alguna de las materias comprendidas en el Título Preliminar, entre otras, "se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes (Nº 1). "Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras" (Nº 2), de lo que se deduce que su modificación es dificultosa y, además, equiparable a la reforma total de la Constitución.

Es posible advertir que para algunas materias el Constituyente se ha reservado un quórum altísimo que hace casi imposible la reforma o exige un consenso político de tal magnitud que puede significar la mutación radical de importantes paradigmas[120].

[118] *Cf.* LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.*, pp. 98 – 104.

[119] *Ibíd.*, p. 103.

[120] La rigidez de los mecanismos de reforma, si bien procura cuidar las bases esenciales en que se funda el sistema político – jurídico de un Estado, pueden generar una petrificación del texto constitucional que no se actualiza en conformidad a las mutaciones sociales. Si bien es cierto que las cláusulas abiertas de la Constitución permiten una interpretación teleológica, no todo el edificio constitucional se construye con

Este formalismo obedece a una *ratio* sustantiva. Si bien todas las normas constitucionales tienen validez jurídica, no todas son de la misma especie o la misma significación. El art. 1 de la CE forma parte de las normas fundamentales del Estado, es decir, normas constitutivas del tipo concreto de Estado desarrollado por la Constitución, que configuran la esencia de la Constitución a la que dan existencia normativa el resto de los preceptos constitucionales, por lo que tienen un carácter acuñador, generador o troncal de otras normas de la Constitución[121].

Que el Estado español sea definido como social supone que debe cumplir ciertos propósitos que encarnen operativamente esa declaración.

Por de pronto, debe cumplir una función asistencial, que es más que la pura beneficencia, en que el Estado se transforma en gestor de prestaciones y servicios para asegurar las condiciones mínimas de existencia. Es lo que se ha llamado la *procura asistencial*, que crea un espacio vital efectivo para el individuo que supone la existencia de medios puestos a su alcance y que mejoran sus condiciones de vida (sanidad, educación, transporte, áreas verdes, cultura, etc), aunque no posea sobre ellos un derecho de dominio personal[122].

También debe cumplir una función de intervención y tutela de la economía, lo que convierte al Estado en planificador incluso empresario en el proceso económico[123].

Asimismo, debe cumplir una función de remodelación social, función que si bien puede ser cumplida a través de las anteriores funciones, este propósito es más amplio y debe ser un objetivo preciso del Estado en cuanto a su carácter social[124].

---

esos niveles de apertura. Baste un ejemplo, tal vez reiterativo, pero que da cuenta de la falta de actualización con la sensibilidad contemporánea: la sucesión en el Trono. El art. 57.1 establece los criterios para suceder, entre los que figura que, si hay igualdad de grado entre los sucesores, se preferirá al varón por sobre la mujer, criterio que si bien en su momento pudo ser comprendido, en la actualidad se encuentra desfasado, sea por la emergencia del principio de no discriminación por razón de sexo o la lucha por la igualdad material entre hombres y mujeres.

[121] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 93. Recoge esta opinión y la hace suya CASCAJO CASTRO: CASCAJO CASTRO, J.L.: "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales para un léxico constitucional español". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº* 112, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 14.

[122] *Cf.* GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, op. cit.,* pp. 83 – 84.

[123] *Cf. Ibíd.,* p. 84.

[124] *Cf. Ibíd.,* p. 85.

Si el Estado es capaz de asumir estas funciones, fáciles de describir pero difíciles de materializar, debe diferenciarse de las notas principales del Estado demoliberal, al menos desde dos perspectivas. La primera, es que se trata de un Estado estructuralmente distinto, con un poder visiblemente mayor, y una estructura que lo asemejan a un aparato, por su sistema de organización y su burocracia. La segunda, es que contiene en su base una concepción diferente en cuanto a las relaciones entre el Estado y la sociedad, pues se debería dar una interacción constante y profunda entre ambos niveles[125].

En fin, se trata de un Estado que pretende el desarrollo de las personas en la vida social, considerando la dignidad como dinámica de la libertad, a través de una organización social que busca integrar las conquistas de liberales y socialdemócratas, siendo el Estado social (y democrático) una organización del poder político que considera compatible el liberalismo y el socialismo[126].

Para GARCÍA-PELAYO, la fórmula Estado social y democrático de derecho es una totalidad compuesta por tres componentes, los cuales aunque analíticamente se pueden separar, ellos son inseparables y se encuentran en interacción recíproca[127].

Por su parte, señala DÍAZ REVORIO, que la utilización que la CE hace en el art. 1.1 de la expresión 'Estado social y democrático de Derecho' supone la síntesis de todos los elementos que conforman los distintos tipos – fase del Estado de Derecho (Estado de Derecho, Estado social, Estado democrático). Aunque estemos en un proceso de evolución, la superación histórica de una fase no supone el abandono de sus postulados, por lo que el texto de la Constitución parece acoger las aportaciones de cada una de las fases históricas del Estado de Derecho, superando aparentes incompatibilidades[128].

Siguiendo a GARCÍA-PELAYO, "la originalidad y significación de la fórmula 'Estado social y democrático de derecho' no radica en los términos que contiene tomados cada uno de ellos aisladamente… ni tampoco en una simple agregación o superposición… sino que en la integración de los tres términos en una totalidad conceptual que define a un tipo de Estado relativamente complejo constituido por la

[125] *Cf. Ibíd.,* p. 87.

[126] *Cf.* PECES –BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 63.

[127] *Cf.* GARCÍA-PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* pp. 93 – 94.

[128] *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 81 – 83.

unidad de tres componentes vinculados entre sí por relaciones directas o indirectas, más o menos complicadas según los casos y las coyunturas concretas"[129].

Por ello se sostiene que cada uno de los términos, a pesar de su propia autonomía, se encuentran vinculados con los demás mediante relaciones de coordinación que establecen limitaciones a su desarrollo y amplían sus posibilidades de realización. Entonces, el componente social no puede desarrollarse ni autoritaria ni arbitrariamente, sino que mediante métodos democráticos y, sometidos a la disciplina del derecho, siendo, por su parte, el principio democrático la garantía de que los intereses sociales serán atendidos por el legislador y la Administración. Su vinculación al Estado de Derecho asegurará la realización de los valores sociales y garantiza su respeto frente a posibles actos arbitrarios de los poderes públicos[130].

La materialización de un Estado social es realidad y tarea. No agota su funcionalidad en la declaración semántica sino que se proyecta hacia el futuro. Claro está que en el devenir de la historia habrá momentos en que la materialización práctica de su contenido será más amable que en las épocas marcadas por las crisis, sobre todo económicas, sin embargo, la aspiración del Constituyente, que refleja el sentir de la comunidad política, es generar un estadio en que igualdad material y justicia social sean patrimonio de todos y no de grupos privilegiados.

Para que esto sea posible, es necesaria la actuación de un Estado fuerte que canalice las demandas sociales –claro está en una economía de mercado – porque en la dialéctica Estado – sociedad, que se decanta hacia una relación horizontal y de interacción recíproca, no serán ni la beneficencia pública ni la virtud ciudadana las que permitirán que se hagan operativos los anhelos del Estado social, sino que las políticas efectivas que tengan en cuenta la madera de la que estamos hechos los seres humanos, que buscamos legítimamente y antes que nada, la autosatisfacción de nuestros propios proyectos. Por lo mismo, la cláusula del Estado social es una fórmula fruto del diálogo entre diversas corrientes ideológicas (políticas y jurídicas), y refleja una determinada antropología con ribetes negativos, aunque moderados. Es curioso, porque, mal que mal, la autoconciencia comunitaria anhela una mayor y mejor calidad de vida de todos

[129] GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 103.

[130] *Cf. Ibíd.*, p. 103. En el mismo sentido *Cf.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al régimen constitucional español*, Sanz y Torres, Madrid, 3ª edición, 2003, p. 324.

los ciudadanos, mas, la praxis de nuestro actuar no se condice con este anhelo. Por ello, la canalización efectiva pasa por una actuación colaborativa del Estado[131].

4.2. La cláusula del Estado social y su vinculación a los Órganos del Estado.

Como se ha visto, la fórmula del Estado social no es una declaración con efectos puramente programáticos, sino que desea irradiar consecuencias que permitan hacer operativos los propósitos de la sociabilidad del Estado.

Por ello resulta importante destacar la opinión del TC a propósito del art. 1.1 de la CE, pues ha señalado que "en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1.1 de la C.E. no puede sostenerse con carácter general que el titular de los derechos fundamentales no lo sea en la vida social… Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas"[132], es decir, el Estado social supone una vinculación para los poderes del Estado, en que su actuar está condicionado por la

[131] Es cierto que en este párrafo hago una afirmación antropológica fuerte, sin embargo, bebo para ello de una tradición que viene de KANT. Desde la perspectiva de una teoría política, creo que, considerando el autointerés de la persona humana y que esto es lo que mueve nuestras actuaciones, es posible convivir en una sociedad en que la justicia, sobre todo social, sea un valor primordial para la convivencia en una sociedad ordenada. En este punto me baso principalmente en JOHN RAWLS. *Cf.* RAWLS, J.: "La justicia como equidad: política no metafísica". En: *La Política (Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad), Nº* 1, Paidós, Buenos Aires 1996, p. 32; RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 17. 26 – 27.

[132] STC 18/1984 de 7 de febrero de 1984, FJ 6. Si bien es cierto, el extracto de la sentencia habla de derechos fundamentales, es aplicable su contenido a la Constitución, en general, no sólo por su referencia al Estado social sino porque manifiesta con claridad el carácter vinculante de toda la Constitución a los poderes públicos en general.

Una prevención en relación a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (*BOE*, Nº 3, 3 de enero de 1979). Aunque el art. 53.2 CE habla de un "un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", se trata más bien de varios procedimientos basados en esos principios. Inicialmente, esos procedimientos aparecían recogidos en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y que regulaba los procedimientos especiales en materia civil, penal y contencioso – administrativa. Sin embargo, las reformas procesales posteriores han optado por incorporar esos procedimientos especiales a la legislación procesal de cada orden, en lugar de reunirlos en una sola Ley. Por eso, esta ha quedado derogada y para encontrar los procedimientos especiales para la defensa de los derechos fundamentales, habrá que acudir a las legislaciones procesales del derecho civil, laboral, contencioso – administrativa o militar (*Cf.* LARRAZÁBAL BASAÑEZ, S., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 522).

obligación de configurar la sociedad con un contenido social, no pudiendo aplicar el Derecho en un sentido contrario o como si esta cláusula no existiera.

En cuanto al Órgano Legislativo, el art. 53.3 de la CE impone el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica, que han de informar la legislación positiva. Por ello, esos principios deben ser reconocidos en una ley que los desarrolle, la cual, a su vez, es condición para su invocación en Tribunales. Es la Ley la que los hace jurisdiccionalmente exigibles, sin embargo, aparece una dificultad no menor: la paralización del ejercicio de los derechos prestacionales por inactividad del legislador. El mismo TC ha reconocido que "la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta"[133].

Esto implica que el Legislativo no puede ser obligado a producir leyes, lo que da lugar al problema constitucional de la omisión del Legislador, dificultad de difícil solución por cuanto en el fondo lo que se produce es un conflicto de soberanías, la del Parlamento y de la Constitución. En el ámbito de los derechos sociales, el conflicto es especialmente grave puesto que los derechos sociales están formulados, generalmente, como principios rectores de la política social y económica, lo que produce que su alegación en sede jurisdiccional dependa del actuar del Legislativo. Además, éste es un problema técnico - jurídico pero también es de naturaleza económica, ya que el legislador está condicionado por la capacidad financiera del Estado para hacer efectivo su ejercicio, pues si la regulación legal no fuera acompañada de las posibilidades de ejercicio real, sería regulación en el vacío[134].

¿Significa esto que el ejercicio efectivo de los derechos sociales depende del arbitrio del Legislador? No, porque siendo razonable la aprehensión manifestada por GONZÁLEZ MORENO, los derechos sociales en cuanto manifestación concreta del Estado social, cuentan con garantías en el sistema constitucional que hacen posible su operatividad.

---

[133] STC 45/1989 de 20 de febrero de 1989, FJ 4.

[134] *Cf.* GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, pp. 58 – 60.

Por de pronto, la garantía del contenido esencial de los derechos sociales, que se arregla desde una doble perspectiva: externa e interna.

La externa, se vincula con que cada derecho tiene un mínimo indisponible unitario que debe ser respetado por el legislador en el desarrollo o ejecución de los preceptos constitucionales – sin perjuicio que el art. 53.1 no considera los detalles concretos de la conformación específica del contenido esencial de cada derecho en particular[135] –.

Desde el punto de vista interno, el contenido esencial de los derechos concretos tiene una conformación multidimensional, pues, el contenido esencial no responde a una conceptualización única y sin matices. El contenido esencial de un derecho social está integrado por distintas definiciones del contenido esencial, al tenor de cada enunciado normativo del derecho o de la interpretación más o menos extensa de éste. Todos estos subconjuntos de esencialidad conforman un todo unitario global que compone la perspectiva externa del contenido esencial de ese derecho[136]. Por ejemplo, lo anterior se observa en el caso del derecho a la educación, que contiene una referencia amplia del derecho – como si tuviéramos claridad acerca de lo que implica el derecho a la educación y la libertad de enseñanza – pero cada ordinal del art. 27 de la CE constituye en sí mismo el contenido esencial interno del mismo[137].

En relación a la Administración, ésta se encuentra directamente vinculada por el carácter social del Estado y es, en el marco de la habilitación financiera, donde su responsabilidad es más fuerte que en otro Órgano del Estado. "El principio del Estado social y los concretos principios rectores constitucionales que no confieren inmediatamente derechos son título suficiente para una intervención del Estado en la

[135] JORDÁN DÍAZ, T.: "La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)", *op. cit.,* pp. 86 – 87.

[136] *Cf. Ibíd.,* pp. 86 – 87.

[137] *Cf.* STC 86/1985 de 10 de julio de 1985. Esta sentencia recoge el carácter complejo del derecho a la educación al señalar que "el derecho a la educación incorpora junto a su contenido de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo… en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4° de este art. 27. Al servicio de tal acción prestacional se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5, así como el mandato, en su apartado 9° de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca" (FJ 3).

vida económica y social tendente a la superación de desigualdades o situaciones injustas"[138].

Como el Órgano Ejecutivo no está exento de las obligaciones derivadas del Estado de Derecho y, especialmente, del principio de legalidad, necesita estar especialmente autorizado por la ley para hacer efectivo el despliegue de los derechos. En esta esfera es donde se conectan las leyes presupuestarias, como el instrumento propio del Estado social de Derecho, con la orientación política de la acción del Gobierno[139].

Por último, el artículo 1º de la CE no está de modo estático sino que dinámico y ejerce una función de interpretadora de la Constitución, por lo cual, una interpretación unidimensional técnico – jurídico de la Carta desvaloriza el espíritu y *telos* de la Constitución[140]. De ahí que el TC reconozca que principios y normas de la Constitución, resultan vinculantes para todos los poderes públicos, entre los que se cuenta, claro está, el Órgano Jurisdiccional[141]. El juez ha de aplicar los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, sin perjuicio de que la propia Constitución ha limitado la eficacia de estos derechos en vía jurisdiccional, lo que no quiere decir, en ningún caso, negar su condición de normas jurídicas[142].

Como señala GARRORENA, si bien la cláusula Estado social no puede por sí sola fundamentar una pretensión jurídica inmediata, sí puede hacerlo, en la medida en que concurra con otros preceptos para determinar su sentido y alcance, y para ello da como ejemplo el caso de sentencias en que se aplica el art. 14 de la CE (igualdad ante la ley) o aquellas referidas al art. 9.2 (promoción de la libertad e igualdad del individuo), que también descansan en el art. 1.1. En estos casos, es el compacto que forma la

---

[138] GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.,* p. 60.

[139] *Cf. Ibíd.,* p. 60.

[140] *Cf.* LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.,* pp. 152 – 153.

[141] "Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable" (STC 31/1994, de 31 de enero de 1994, FJ 7, párrafo 3).

[142] *Cf.* GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.,* p. 61.

reunión de los preceptos y no uno solo de ellos, el que constituye el fundamento de las pretensiones que se acaban derivando[143].

El mismo GARRORENA reconoce que la jurisdicción constitucional cumple un importante rol desde la perspectiva de la eficacia negativa de los derechos (anular el derecho constitucional), sin embargo, pasar a la eficacia positiva (vincular al legislador a producir el derecho que haga reales las expectativas constitucionalmente abiertas) es más difícil, por cuanto la aprobación de las leyes no depende de las resoluciones judiciales sino de la soberanía parlamentaria. Sí cree en la posibilidad de que el TC se aproxime a ciertos efectos cercanos a la eficacia positiva. Por de pronto, se encuentra abierta la vía de las 'recomendaciones' dirigidas al legislador con la intención de llamar su atención sobre ciertas grietas normativas capaces de reducir la eficacia de las normas constitucionales. Asimismo, ante la falta de regulación de un derecho, el TC puede juzgar desde la omisión del legislador, obteniendo de ella determinadas consecuencias que ayudan a paliar los resultados inconstitucionales que de su ausencia se derivan. Finalmente, el TC puede censurar en sus sentencias la pasividad del legislador, fijar un plazo o incluso declararle incurso en violación constitucional, declaración esta última, si bien no ejecutiva, en Alemania ha bastado esa amenaza para que el legislador se sintiera estimulado a actuar[144].

La fórmula del Estado social abre la puerta de la CE y es expresión de un consenso político importante, pero sobre todo es el anhelo de mayores y mejores niveles de igualdad material. Sin la colaboración efectiva de los Órganos del Estado, se corre el riesgo de tener una declaración semántica sin verificación en la *praxis*. Por ello, a pesar de las dificultades que supone la implementación del Estado social, la colaboración recíproca de los Órganos, como también la implementación anticipada de políticas sociales favorecerá la vigencia y el futuro del Estado social.

---

[143] *Cf.* GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, pp. 102 – 103.

[144] *Cf. Ibíd.*, pp. 104 – 106.

En cuanto a las 'recomendaciones' del TC, *Cf.* STC 76/1983 de 5 de agosto de 1983, sobre recursos previos de inconstitucionalidad. En ella el TC utiliza fórmulas tales como: "convendría que el legislador precisase el alcance de la referencia…" (FJ 40) o "es necesario que el legislador elimine la ambigüedad del texto…" (FJ 41). Incluso en STC 3/1983 de 31 de enero de 1983, el TC 'recomienda' expresamente la reforma de un artículo: "sería conveniente que el legislador, para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el art. 170 y conexos…" (FJ 5).

4.3. El Estado social como criterio hermenéutico.

Si bien en este trabajo abordaré el tema de la interpretación en derecho constitucional, tratándose del Estado social, su funcionalidad pasa también por el alcance interpretador de la Constitución que ejerce el art. 1.1.

Están los que señalan que la calificación 'Estado social' se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico; otros que esta fórmula tiene un valor interpretativo del resto del ordenamiento. También está quien afirma el alcance interpretador de la Constitución ejercida por el art. 1 de la CE o simplemente que por la apertura de los conceptos de la Constitución, su interpretación debe ir adaptándose a las circunstancias sociales[145]. En fin, la fórmula Estado social cumple una función hermenéutica que permite la comprensión y actualización de los postulados del Estado social.

Por de pronto y de manera genérica, el TC ha señalado que la interpretación de las normas debe realizarse de manera que "si existen varios sentidos posibles de una norma, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el texto fundamental… La razón de ello está en que… los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Esta sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella"[146], idea que el TC ya había señalado con anterioridad: "la legalidad ordinaria debe ser reinterpretada a la luz de los preceptos constitucionales…"[147]. Es decir, la primera regla hermenéutica es la adecuación de la norma interpretada con el contexto constitucional.

Asimismo, la cláusula del Estado social al figurar en la Constitución, excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, lo que supone "adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos a las posibilidades reales

[145] *Cf.* GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 101, GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 62, LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.*, p. 147, DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 129, respectivamente.

[146] STC 77/1985 de 27 de junio de 1985, FJ 4.

[147] STC 70/1982 de 29 de noviembre de 1982, FJ 5.

de cada sector de la sociedad, reforzando, sí, unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados, pero también restringiendo otras el alcance el alcance de esos derechos (función social de la propiedad) en razón de la posición social prevalente de sus titulares"[148].

Por su parte, es necesario reiterar el hecho que el art. 1 de la CE tiene un sentido dinámico, porque el establecimiento del ordenamiento constitucional es una operación, integradora, estimativa y transformadora, no limitándose ese dinamismo al momento de la transición de un régimen político autoritario a otro democrático, dado que el dinamismo constitucional es permanente. "Una Constitución se está haciendo, y rehaciendo, continuamente, conservando su misma estructura formal sin necesidad de reformarla de acuerdo con los preceptos específicos que controlan su revisión. Una Constitución viva se autorrealiza, se integra, se transforma a sí misma y transforma la realidad social"[149].

La apertura de los conceptos constitucionales, unida a una lectura de la sociedad y Constitución dinámica, permite que la interpretación pueda ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas y evitar el peligro de una petrificación del derecho, peligro latente y del que no pocas veces pecan los sistemas jurídicos. Lo anterior, porque aún existen concepciones que, en ocasiones, por temor a los efectos de lo desconocido no se abren a la mutación de paradigmas, fenómeno tan propio de cualquier sociedad en un tiempo histórico determinado. Que la realidad social va cambiando no es un descubrimiento copernicano. La dificultad estriba en una lectura adecuada de la realidad y de la necesaria adaptación a los tiempos nuevos.

La interpretación no se puede presentar como un sistema abstracto, con reglas universales aplicables para todo tiempo y lugar, desconociendo o volviendo la espalda a la realidad social. La pluralidad en la que nos encontramos sumidos ha generado la explosión subjetivista de la interpretación del Derecho, ya que se ha agotado un cuadro

---

[148] GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 102.

[149] LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.*, p. 156. Esta misma idea es defendida por DÍAZ REVORIO, *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.*, pp. 128 – 132.

Como se verá más adelante, el dinamismo para interpretar la Constitución supone una opción metodológica, pero, desde ya adelanto que hay corrientes, como el originalismo, que postulan que el espíritu de los constituyentes quedó plasmado en el texto, por lo que siempre hay que tenerlo como marco de referencia al interpretar las normas jurídicas.

de principios compartidos por la generalidad[150]. Se puede afirmar que el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad. No es inocuo plantear un determinado modelo de interpretación en vez de otro. Si se bebe de una fuente flexible, las cláusulas abiertas pueden ser determinadas evolutivamente en su contenido material, pero, si la fuente es restringida, se quedará atrapado por la tradición y el momento inicial del pacto, por más razonable que sea y no es posible, por la *original intent* o la buena fe, superar criterios que tácitamente pueden estar siendo superados por la realidad. Y esto ocurre en materia de la conceptualización del Estado social, siendo necesario interpretar esta problemática con criterios amplios, extensivos y abiertos a la constante evolución de la sociedad.

El Estado social en la Constitución española, como toda la Carta, ha sido fruto de un consenso político que pretendía transitar desde un estadio dictatorial a uno democrático. A lo largo de sus años de vigencia no esta fórmula ha sido criticada, sea por su largueza o por su insuficiencia. Sin embargo, no es aventurado afirmar que el Estado social ha sido exitoso en acentuar la preferencia que debe asistir en el desarrollo de las políticas públicas a los sectores menos aventajados de la sociedad.

La solemne puerta de entrada a la Constitución española, con su rico contenido, no puede quedar en un anhelo o entregado a la voluntad de los programas políticos contingentes, sino que debe ser el marco básico con el cual comparar la constitucionalidad de las normas jurídicas que tienen relación con el sistema económico y social. Por ello comparto lo que señala PECES – BARBA: "no cabe duda de que el Estado social y democrático de Derecho no es un modelo acabado y cerrado, sino abierto, por construir. Supone, en alguno de sus aspectos, un horizonte utópico, lo cual no quiere decir imposible, porque la utopía es sólo una verdad prematura"[151].

En los apartados que siguen se analizará cómo el Estado social condiciona e ilumina, en la *praxis*, las concretas políticas económicas – sociales que emergen en el derecho del Estado español.

---

[150] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho-Escuela de Graduados, Santiago, 2007, p. 70.

[151] PECES –BARBA, G., *Los valores superiores, op. cit.,* p. 65.

CAPÍTULO II: CONSIDERACIONES ACERCA DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA.

Toda Constitución es fruto y expresión de una visión política de las cosas y, en las democracias occidentales, el cauce ordinario para esta interpretación tiene en las ideologías – representadas por fuerzas políticas – a uno de sus máximos referentes. Defienden éstas una explicación racional y sistemática acerca de la estructura y sentido de lo político, y procuran un modelo de organización conforme a las ideas-madre que sirven de eje y fundamentación a su propia cosmovisión. Propugnan, en competencia práctica y teórica con otras, una elegida manera de concebir las formas del poder político y su vinculación con el sujeto, y, en general, de organizar las relaciones de los hombres en un cuerpo político jurídicamente organizado[152].

En los modelos económicos, las regulaciones jurídicas tienen la condición de un dato más del problema, mientras que para el derecho la ciencia económica es la perspectiva que desvela ciertas interdependencias y correlaciones, cuyo conocimiento resulta imprescindible para la elaboración de la normativa de aspectos materiales concretos. Para el derecho, los contenidos económicos son elementos vinculantes para la construcción de la norma, ello, en la asunción de que la racionalidad rectora del impulso organizativo de las sociedades modernas ha sido la económica, supuesto que obliga a atribuir a la economía un carácter de *lege ferenda* en la construcción de los ordenamientos modernos[153].

El rol que le cabe al Estado en la economía ha tenido diversas fases y formas históricas. Siguiendo a AMIN, hay una primera etapa mercantilista, previa a la revolución industrial y con hegemonía del capital mercantil en la zona Atlántica y zonas de comercio periféricas (América), desde el siglo XVI a comienzos del XIX. Una segunda es el modelo clásico, posterior a la revolución industrial y hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, en que emerge el Estado liberal y el mercado como agente regulador de las relaciones económicas. La tercera, período de posguerra, en que se produce un despegue económico de los sectores periféricos de la tierra y en las economías del "primer mundo" un sistema capitalista fuertemente regulado por el Estado. Finalmente, la época más reciente, desde 1990, en que la acumulación de

[152] *Cf.* BREY BLANCO, J.L.: "Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional". En: *El sistema económico en la Constitución española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 85.

[153] *Cf.* COTARELO GARCÍA, J.: "Ideologías políticas y modelo socioeconómico". En: *El sistema económico en la Constitución española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid 1994, p. 129.

transformaciones ha provocado el colapso del equilibrio característico del sistema mundial de posguerras, con economías muy fuertes y grandes sectores de la población mundial marginados[154]. Asimismo, el Estado, en el actual contexto apunta sus políticas a la desregulación, que no significa ausencia de normas, sino que un desplazamiento de la capacidad de normar de la esfera pública a la privada. El derecho se desformaliza al ser atribuida parte de la regulación a entidades privadas, con la previsible consecuencia de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles y liberación de cargas al empresariado y más generalmente a los capitales[155].

A estos efectos cabe señalar que la desregulación supone una mengua de lo público. No sólo decrece la conciencia cultural relativa a los intereses generales, sino que también decrece el ámbito jurídico público. Al mismo tiempo, en la lógica de la desregulación, las nuevas normas jurídicas públicas han de ser resultado de una negociación entre partes, por lo que se podría decir que este fenómeno tiende a una definición contractual de lo público[156].

¿Por qué todo esto? Porque el mundo contemporáneo es un mundo en crisis. No tengo una visión negativa de la crisis, porque ésta supone una búsqueda para enfrentarla y superarla. Las notas que se han reseñado, discutibles o no, son efecto del fenómeno complejo de la contemporaneidad y no da lo mismo enfrentarse a ellos desde una óptica que otra.

La materia que se empieza a revisar no es inmune a las corrientes políticas, ya sea en el plano de las ideas como en el plano operativo, por tanto, a pesar de que los temas económicos puedan tener relación con técnicas para el mejor aprovechamiento de los recursos, quisiera insistir en que beber de una fuente u otra no es indiferente. Se tratará de dar un enfoque crítico, que reúna diversas concepciones que existen sobre la materia, consciente de que pueden quedar fuera otras tantas, pero desde ya adelanto, que no obstante el esfuerzo por respetar las diversas miradas, no es posible ser neutral en el tratamiento sistemático de las materias objeto de estudio, lo que se irá reflejando a lo largo del presente apartado.

---

[154] *Cf.* AMIN, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 15 – 16.

[155] *Cf.* CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida*, Trotta, 5ª edición, Madrid, 2008, p. 319.

[156] *Cf. Ibíd.*, pp. 320 – 321.

1. La Constitución Económica.

1.1. Aproximación conceptual.

Con el triunfo y la implantación del espíritu liberal a fines de los siglos XVIII y XIX, el individuo se rebela contra el sistema corporativo, rompiendo las cadenas que dificultaban su libre desenvolvimiento. Frente al monomio industrial, ahora se defenderá la libertad de contratación, trabajo, comercio, industria y circulación. Se preconiza la política abstencionista del Estado, el *laissez faire, laissez paser*. La iniciativa privada queda transformada en base de todo progreso social, mientras que la propiedad privada es el fundamento de una organización social digna. Por ello, el Estado renuncia a interferirse en asuntos considerados ajenos, especialmente los sociales y la actividad económica, para salvar y garantizar la imparcialidad en su función tutelar de los derechos individuales[157].

Las Constituciones liberales del siglo XIX no contienen referencia explícita a una Constitución económica pues, como señala BASSOLS COMA, ella se encuentra implícita, porque al ser un tema que pertenece a la esfera de la sociedad, no es necesaria la constitucionalización expresa del sistema económico, aunque sí es necesario establecer algunos derechos y libertades – sobre todo el derecho de propiedad y la libertad de comercio – que cumplen la función de crear las condiciones jurídicas ambientales para el desarrollo del capitalismo, sistema que, como ya hemos visto, se concibe como regulado por sí mismo a través del mercado y sin necesidad, por lo general, de intervención del Estado[158]. Por ello, "el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independiente, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro)"[159].

---

[157] *Cf.* OJEDA MARÍN, A., *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p. 19.

[158] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 21 – 26. En la misma línea, *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: GARCÍA - PELAYO, M., *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2855 – 2856; CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles". En: *Revista jurídica*, Nº 7, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2002, p. 53.

[159] GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2856.

Conocidas son las consecuencias y disfuncionalidades que provoca la irrupción de un sistema liberal marcado por el radicalismo en la implementación de sus postulados. Por esta razón, esas disfuncionalidades, implementadas sin contrapeso, darán origen a la agregación de una serie de medidas de política social y económica llevadas a cabo a través de la legislación y la Administración, que empiezan a tener un sustento constitucional a partir de la Constitución de Weimar[160].

Al término de la Segunda Guerra Mundial se inicia una nueva etapa en el Derecho constitucional, que apunta a consagrar en la Constitución normas de principio de carácter declarativo sobre fines sociales o de rechazo del orden económico liberal sin trabas; con este propósito se incorpora un catálogo de derechos sociales, entendidos como prestaciones u obligaciones a asumir progresivamente por el Estado, la previsión de medidas de nacionalización de sectores productivos, entre otras. La Constitución no plasma una imagen fija del orden económico – social a alcanzar, sino que se limita a configurar un marco de principios, como si se tratara de un programa a desarrollar por los poderes públicos, con el impulso de partidos políticos y la presión de las fuerzas y en torno a la convicción de que, a través de la extensión y participación en el poder político, la comunidad podrá hacer frente a sus necesidades colectivas[161].

En este contexto, numerosos autores han ensayado algún concepto que permita comprender el fenómeno de la Constitución económica. Sólo presentaré algunos, que son muestra de las aproximaciones que existen sobre la materia.

HERRERO DE MIÑÓN postula que la Constitución económica tiene una doble acepción. En un sentido formal "es el conjunto de normas constitucionales que consagran los principios y reglas por las que han de regirse la actividad económica desarrollada por el Estado y los ciudadanos"[162], pero agrega que la Constitución económica es la piedra principal de lo que se ha llamado orden económico, que son las reglas por la que se rige la economía nacional y los procesos económicos, como la totalidad de las instituciones competentes para la administración, dirección y estructuración de la economía. Por ello postula que como el orden económico y su

[160] *Cf. Ibíd.*, p. 2856.

[161] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema* económico, *op. cit.*, p. 41.

[162] HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 57, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 11 – 12.

dimensión normativa existen, haya o no Constitución económica formal, sí existe una Constitución económica material que es el fundamento constitucional del derecho de la economía[163].

FONT GALÁN expresa que la Constitución económica es el "conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y se determinan las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de aquéllos y éste en el ejercicio de dicha actividad"[164].

Por su parte, GARCÍA – PELAYO, que atribuye a EUCKEN como el primero que empleó el concepto de Constitución económica, señala que son "las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico. Tales normas sirven de parámetros jurídicos básicos para la acción de los actores económicos públicos y privados, y pueden ser enunciación de principios y valores directivos orientadores de la acción, o pueden tener formulación y garantías más rigurosas"[165].

GARCÍA ECHEVARRÍA reconoce la complejidad que supone conceptualizar la Constitución económica, ya que en ella se incluyen diversos componentes como normas, procesos, interdependencia, situaciones económicas y aspectos jurídicos[166]. Aun así, distingue la existencia de dos áreas: la Constitución económica propiamente tal que afecta a la determinación y definición de las decisiones fundamentales que afectan a la vida económica y social (orden económico en el lenguaje de la ciencia económica) y un área que es la administración de la economía, que recoge las instituciones y normas jurídicas que regulan legalmente las consecuencias del orden económico, en que la

[163] *Cf. Ibíd.*, p. 12. BIDART CAMPOS, coincide con ese planteamiento. También desde una perspectiva formal señala que la Constitución económica es el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico financieras (*Cf.* BIDART CAMPOS, G.: "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). En: *Cuestiones Constitucionales*, Nº 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002, p. 4.

[164] FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 131 – 132.

[165] GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2857.

[166] *Cf.* GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: "El orden económico en la Constitución". En: *Libre empresa*, Nº 8, Asociación de estudios empresariales, Madrid, 1978, p. 16.

primera define un marco de ordenación de la vida económica como sistema político-económico y la segunda traduce y da flexibilidad para ajustar a la realidad legal la norma constitucional[167].

CANCIO MELIÁ agrega que en el caso de la Constitución económica del Estado social, a diferencia de lo que ocurre con las Constituciones liberales decimonónicas, ésta es expresa, pues "se toma conciencia de la necesidad de someter – al menos parcialmente – el poder económico al poder político, es decir, al poder democrático"[168].

Aunque aún no es tiempo de analizar la Constitución económica en la CE, permítaseme recoger la definición acuñada por el TC: "en la Constitución Española de 1978…, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal"[169].

Es necesario señalar que la Constitución económica, como la entendemos hoy, es fruto de la emergencia histórica que se da tras la Segunda Guerra Mundial y es fruto de una reacción al liberalismo del siglo XIX. Además, destaca la distinción que realizan algunos entre una Constitución económica formal y otra material, en que la primera se refiere al orden constitucional expreso en materias económicas y la segunda, el sistema complejo que relaciona a la economía con el derecho.

Por ello, el concepto de Constitución económica, también podría ser entendido como sinónimo de 'orden económico', 'sistema económico' o 'modelo económico'[170], en que más que un contenido y ordenación sistemática de la Constitución, son determinados tópicos que conectan a la economía con el derecho, entre los que destacan ciertos derechos y la cuestión de si una Constitución es neutra frente a un determinado modelo.

---

[167] *Cf. Ibíd.,* p. 16.

[168] CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, p. 53.

[169] STC 1/1982, de 28 de enero de 1982, FJ 1. Esta definición ya encuentra antecedentes en un voto particular de DÍEZ-PICAZO en STC 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.

[170] *Cf.* ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 182.

Esta aproximación conceptual no es más que eso, un acercamiento al fenómeno; la comprensión sustantiva de la Constitución Económica es lo que pasamos a analizar a continuación[171].

1.2. Contenido y operatividad de una Constitución Económica.

Señala DUQUE DOMÍNGUEZ que la sociedad ha perdido su fe optimista en la mecánica autorregulación de la economía en virtud de las leyes económicas del mercado casi equiparadas a las leyes naturales que regulan los fenómenos de la naturaleza. El reconocimiento de una pluralidad de centros de poder económicos, no ha evitado que se produzcan crisis, desequilibrios, desigualdades y concentración de poder económico que, a su vez, genera inquietud e injusticia social. Por ello, la iniciativa económica en el mercado, es controlada y rectificada con la actividad económica del Estado. La actitud abstencionista del Estado se ha convertido en una actitud activa, de participación en el proceso económico mediante toda la gama de instrumentos de intervención económica[172].

Se podría decir que el Estado Social de derecho integró en una fórmula unitaria el principio de los derechos individuales – expresados en el campo económico por el derecho de propiedad y las libertades de iniciativa económica – con el principio de solidaridad, transformación que implica superar la separación entre Estado y sociedad. El Estado deja de ser árbitro neutral de la actividad privada de los particulares, que sólo establece reglas dentro de las cuales los particulares pueden actuar libremente. Al contrario, se hace responsable de que se mantengan las condiciones fácticas de las que depende el mercado y la libre determinación de los particulares y el equilibrio social y económico de la sociedad. Estas condiciones ya no son obra de una legalidad natural,

---

[171] También pueden revisarse las aproximaciones conceptuales que aportan SANTOS, DE LA QUADRA – SALCEDO, CANTARO o LOJENDIO: *Cf.* SANTOS, V.: "Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978". En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, p. 367; QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "La Constitución económica de España". En: ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, p. 21; CANTARO, A.: "El declive de la 'constitución económica del Estado social'". En: GARCÍA HERRERA, M.A (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao 1997, p. 153; LOJENDIO, I.: "Derecho Constitucional Económico". En: SÁNCHEZ AGESTA, L. (coord.), *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, p. 83.

[172] *Cf.* DUQUE, DOMÍNGUEZ, J.: "Iniciativa privada y empresa". En: SÁNCHEZ AGESTA, L. (coord.), *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, p. 59.

que sólo puede ser alterada por actos humanos sino producidas por la actividad normativa del Estado cuando el mismo proceso natural de la libertad económica las ha deteriorado[173].

Por ello, las Constituciones contemporáneas aparte de su natural contenido político, formulan jurídicamente una Constitución económica para ordenar la actividad económica, en que no se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales, sino también considerar una orgánica genérica que regule la economía nacional en sus grandes tópicos[174].

Existen diversas teorías sobre la Constitución económica[175].

La primera es la propuesta de la neutralidad político-económica de la Constitución, es decir, no debe buscarse en la Constitución una respuesta a la organización de la vida económica. La decisión sobre la organización de la vida económica es una decisión política y no constitucional, por lo que no hay garantía sobre la permanencia de un marco para la actuación económica, toda vez que toda democracia descansa en el relativismo y no contiene ninguna decisión valorativa[176].

Una segunda propuesta postula que el Estado debe dar un marco de actuación a la economía y ordenar su estructura, por lo que la Constitución económica debe integrar las ideas políticas sobre el orden de la sociedad con las exigencias de organización de la economía (muy cercano al planteamiento alemán de la economía social de mercado)[177].

Una tercera señala que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero también normas fundamentales del más alto nivel, por lo que la actuación del Estado puede consistir en el apoyo a la persona ante una necesidad (en una dimensión preventiva o curativa). Pero además, un determinado orden económico se mide con la vara de si corresponde o no a los derechos fundamentales. Por tanto, la Constitución económica se plantea como una correspondencia de las estructuras y principios del orden económico con los derechos del individuo en la Constitución: el orden económico

---

[173] *Cf. Ibíd.,* pp. 65 – 66.

[174] *Cf.* BREWER - CARÍAS, A.: "Reflexiones sobre la Constitución económica". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 6.

[175] Recojo la propuesta sistemática sobre teorías de GARCÍA ECHEVARRIA: *Cf.* GARCÍA ECHEVARRIA, S.: "El orden económico en la Constitución", *op. cit.,* pp. 17 – 20.

[176] *Cf. Ibíd.,* p. 17.

[177] *Cf. Ibíd.,* p. 18.

está sujeto a los derechos fundamentales y estos derechos fundamentales deben considerarse en la configuración del orden económico[178].

Un cuarto postulado recoge la dimensión funcional del sistema económico y social para el logro de los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales. Un orden económico se sitúa en una sociedad en un momento concreto y con condiciones reales dentro de las cuales debe realizarse. Entonces, el orden económico debe tener en cuenta el orden real. La relación norma - realidad constituye un problema abierto, pues un desconocimiento de la situación factual puede llevar al vacío de la norma jurídica[179].

Por lo visto, resulta complejo clasificar los modelos de Constitución económica, pues no hay una sola aproximación. Además, los efectos son diferentes tratándose de unas u otras. Sin embargo, esta categorización puede ser útil para comprender que el tema está lejos de ser un campo en que las propuestas únicas con pretensiones de validez universal puedan tener cabida. Es un espacio en el que discusión racional y apertura a nuevos paradigmas deben ser el lugar propio para el desarrollo de una propuesta de Constitución Económica.

Por de pronto, GARCÍA – PELAYO nos dice que la Constitución económica puede integrarse por más o menos preceptos según sea la estructura que le dé una Constitución de un Estado, sin embargo, se deben contar como parte al menos tres materias que son constitutivas del orden económico jurídico: el derecho de propiedad, la forma de relación entre los actores económicos y la distribución de las atribuciones entre el Estado y los actores y entidades económicos de la sociedad[180].

Tratándose de la propiedad, postula que se trata de una institución susceptible de estructuras concretas muy diferentes, desde la propiedad personal de los bienes hasta la de las grandes empresas por acciones en las que dos momentos constitutivos del concepto de propiedad (dominio sobre la cosa y derecho a los frutos que ella produzca) se encuentran separados. Con todo, si bien la propiedad se encuentra reconocida por las constituciones occidentales, no puede afirmarse a costa de otros valores o bienes protegidos por la Constitución, por lo que la interpretación de su contenido sólo puede

[178] *Cf. Ibíd.,* pp. 17 – 18.

[179] *Cf. Ibíd.,* p. 19.

[180] *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.,* p. 2858.

hacerse en conexión con otras normas y la facticidad política y económica del momento histórico determinado[181].

En cuanto a la forma de relación de los actores en la economía, aparece la economía de mercado. Nos previene el autor, que hay varios sistemas a los que se designa como economía de mercado aun dentro del sistema capitalista, a saber, la economía de mercado libre, la economía social de mercado y la economía dirigida, noción compatible con distintos contenidos estructurales de naturaleza socio-económica cuya determinación concreta dependerá de las políticas económicas a seguir[182].

En relación a la distribución de atribuciones entre el Estado y otros actores económicos, GARCÍA – PELAYO habla acerca de la función del Estado en materia económica. Para este autor, las exigencias de cada época han provocado que el Estado incluya dentro de sus potestades las de índole económica, las que constituyen una condición de existencia del Estado contemporáneo, ya que el Estado no sólo interviene en el orden económico mediante leyes y actos administrativos, sino que también mediante una acción estrictamente económica, *V.g.* por medio de empresas, cotizaciones sociales, tributos, su importante participación en el PIB, inversión en infraestructuras, desarrollo de políticas destinadas a producir fuerza de trabajo calificada, etc. Claro está que la actividad económica del Estado puede tener lugar sin necesidad de que la Constitución establezca su pertinencia, sin embargo, es comprensible que aquello se trate jurídicamente dada la naturaleza dinámica, coyuntural y hasta contingente de la realidad económica concreta[183].

Es decir, para GARCÍA – PELAYO, los pilares sobre los que descansa una Constitución económica (derecho de propiedad, forma de relación entre los actores económicos y distribución de las atribuciones entre Estado y actores económicos de la sociedad), están relacionados y tienen en el horizonte la perspectiva de que una Constitución económica (al menos las de Europa occidental) está insertas en una realidad estatal con una impronta social destacada.

Para HERRERO DE MIÑÓN, en la raíz de una Constitución económica se encuentra la búsqueda de seguridad, la afirmación de un programa o ambas cosas a la

[181] *Cf. Ibíd.,* pp. 2859 – 2860.

[182] *Cf. Ibíd.,* pp. 2862 – 2868.

[183] *Cf. Ibíd.,* pp. 2869.

vez. Por un lado, las Constituciones se configuran como zonas de seguridad, por ello algunos elementos del sistema económico que se entienden amenazados por la presión social o propuesta radicales se configuran como "garantía institucional", *V.g.* prohibición constitucional al déficit del Estado. Pero por otro, se produce la utilización de la Constitución para afirmar los programas de reforma social, de ahí que se inscriban en una Constitución métodos y formas para transformar la economía[184].

Pero agrega HERRERO DE MIÑÓN, que existe una tercera motivación para la existencia de una Constitución económica: la tendencia a llegar a un compromiso entre las dos anteriores y afirmar lo que no se piensa hacer, por lo que surge en el derecho constitucional un lenguaje que no es ni descriptivo de lo que existe, ni dinámico. Sin embargo, quienes mediante la Constitución económica pretenden satisfacer esas metas, no manejan magnitudes económicas reales, sino valores, polémicos muchas veces y radicales cuando no están sujetos a la más básica de las reglas de la economía: el principio de escasez, con lo que la Constitución económica se carga de una doble polemicidad: axiológica y retórica[185].

Sin embargo, estas fórmulas constitucionales no parecen haber tenido a lo largo de la historia, ni parece que tendrán, incidencia en la práctica política y jurídica de la Constitución. En unos casos por su equivocidad y en otros porque su significado normativo poco añade al modelo que se deriva del orden económico del que la Constitución es elemento principal pero parcial, por lo que la propuesta de este autor apunta a postular la necesidad de un modelo económico determinado en una Constitución, sea implícita o explícitamente, y con los condicionamientos propios de su inserción en un espacio geográfico y temporal[186].

En cuanto a consideraciones generales sobre la Constitución económica, GARCÍA ECHEVARRÍA postula que la organización de la vida económica no es neutral con respecto a la Constitución, pues la vida económica debe organizarse en conformidad a objetivos sociales que se manifiesten en derechos fundamentales individuales y una realidad con determinados comportamientos y recursos. Asimismo, a un orden social no puede asignársele indiscriminadamente cualquier tipo de

[184] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica". En: ÁLVAREZ CONDE, E., *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 12.

[185] *Cf. Ibíd.*, p. 13.

[186] *Cf. Ibíd.*, pp. 14 y ss.

organización económica, aunque sí existe la posibilidad de combinaciones de objetivos de una política económica[187].

No es novedad que GARCÍA ECHEVARRÍA afirme que la Constitución económica constituye la base para un orden de sociedad, pero agrega, en una aproximación liberal, que ésta no puede admitir formas de organización que implican otro orden de sociedad o que pueden resultar inconstitucionales en relación a otros derechos individuales. Por ello propone que la Constitución sea abierta, pues la rigidez normativa puede dificultar la adaptación de la norma a la realidad[188].

En el apartado destinado al análisis de la Constitución económica en la CE será posible analizar cómo las orientaciones político – ideológicas condicionan la interpretación de lo que deba ser una Constitución económica. Por de pronto, en un primer acercamiento a su contenido, hay voces que postulan la apertura de la Constitución y que ésta debe ser neutral, sin embargo, otros señalan que, por el bien de la convivencia social, no puede haber neutralidad económica. Por su parte, algunos otorgan al Estado un papel corrector de la economía frente a la emergencia de un liberalismo que se quiere imponer sin límites; otros prefieren un rol subsidiario del Estado, retrocediendo incluso a las manifestaciones económicas propias del siglo XIX.

De ahí que se puede afirmar que a una Constitución no le es ajena la economía, como no le es ajena cualquier otra parcela de la realidad social. La Constitución, además de ser norma fundamental, es también la norma básica de todo el ordenamiento jurídico. "Ya no sólo es la Constitución política (del Estado) sino la Constitución jurídica (de la Nación). Por ello, en el terreno de la economía la Constitución de ahora… amplía considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos. La regulación de la economía ha pasado a ser parte, pues, de la materia constitucional"[189].

En todo caso, no caben dudas de que la operatividad de una Constitución económica, independiente de la orientación que la sustente, es clave para el desarrollo económico de una sociedad determinada. Si bien, los efectos concretos dependen de la

[187] *Cf.* GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: "El orden económico en la Constitución", *op. cit.*, pp. 23 – 24.

[188] *Cf. Ibíd.*, p. 24.

[189] ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 6.

ideología a la que responda el modelo que se propone en un programa político, se puede afirmar que en la dialéctica socialismo – capitalismo, el sistema de economía de mercado, con correcciones sustantivas, es el mejor sistema para el desarrollo pacífico y en libertad de una comunidad política.

Ahora bien, la Constitución económica no es un término inocuo y neutral que se encuentre inmune a la crítica.

COTARELO GARCÍA señala que las críticas al concepto de Constitución económica confluyen en señalar que tal concepto es deudor de la separación teórica entre Estado y sociedad, en que la Constitución Económica se contrapone a comunidad política dentro del todo social. Corresponderá entonces al legislador elevar la realidad económica a la condición de derecho, pero en la convicción de que aquella es un hecho que el legislador no crea, sino que el pensamiento económico "conoce" y el derecho "reconoce". Sin embargo, la heterogeneidad de contenidos recogidos en la Constitución jurídico-política obligaría a admitir la quiebra del principio de unidad de la Constitución. Entender la Constitución Económica en un sentido jurídico - positivo, priva al concepto de toda su viabilidad, ya que proporciona los elementos críticos para su negación, o conduce a un contradictorio concepto de Constitución jurídico política. Por ello, postula que la Constitución económica es la proyección normativa implicada en la opción por un determinado sistema económico. Se trata no de aceptar en el concepto de Constitución Económica un conjunto jurídico - positivo definitorio de un orden económico determinado, sino un compromiso normativo dimanante de un modelo económico "descubierto" por el conocimiento de la economía[190].

Por ello siendo el orden económico una "realidad natural descubierta", su conocimiento es creciente e indefinido. Y, el conocimiento de esta realidad, adquiere una función normativa respecto del orden jurídico que pretende implementarla. Por consiguiente, a un determinado conocimiento económico corresponderá una única construcción jurídica, susceptible de compatibilizar el orden "descubierto" de la economía con la máxima garantía posible de libertad económica individual que el derecho debe propiciar[191].

La crítica reseñada no esconde que la Constitución económica deba asumir un determinado modelo. Además, parte de un postulado autoritario que trata de imponer: la

[190] *Cf.* COTARELO GARCÍA, J.: "Ideologías políticas y modelo socioeconómico", *op. cit.*, p. 132.

[191] *Cf. Ibíd.*, p. 137.

economía se descubre y sólo hay que tratar de observar su funcionamiento; es cierto que puede tratarse de un tipo de conocimiento aplicado, mas eso no obsta a que las reglas de la economía sean dinámicas, lo mismo que la actuación que en ella corresponde a sus actores. Ese es el punto. Una Constitución económica se encuentra en una Constitución, que es fruto del pacto político de los ciudadanos y dotada de legitimidad democrática; un modelo económico, por tanto, no está ajeno a las limitaciones que el Soberano quiere materializar en su máxima norma. Con todo, si bien es cierto que seguridad y estabilidad son deseables para una sana convivencia democrática, ello no obsta a que puedan existir niveles de graduación en una Constitución económica, atendidos los perfiles que son sancionados en cada momento histórico por el pueblo[192].

A juicio de CANCIO MELIÁ, se ha producido un declive de la Constitución económica del Estado social producto del abandono, más fáctico que expreso, de los postulados sociales de las constituciones europeas. Asimismo, se ha producido un auge de propuestas dirigidas a limitar la capacidad de endeudamiento del sector público o restringir el déficit público, medidas todas que entrañan una mutación constitucional en sentido material[193].

Como se verá a continuación, la Constitución económica en la CE no tiene las mismas proyecciones hoy que ayer, sin embargo, las tensiones que producen la intervención del Estado en la economía siguen vigentes. Ayer, por la oposición con los modelos socialistas de países del este; hoy por la relación existente con el nuevo panorama europeo y la inserción de España en la UE.

---

[192] La relación entre Constitución y democracia cuenta con abundante literatura. No es tema de este trabajo desarrollar los criterios de legitimación de una Constitución, sin embargo, comparto la tesis que la democracia no sólo es instrumental al sistema político sino sobre todo fuente de legitimidad.

Sobre el punto, entre muchas obras *Cf.* ARAGÓN, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 25 – 63; BÖCKENFÖRDE, E. W.: "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional". En: BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-180; CASCAJO CASTRO, J.L.: "El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 115-138; KALYVAS, A.: "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente". En: *Política y gobierno*, vol. XII N° 1, CIDE, México D.F., 2005, pp. 91-124; LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1997; HESSE, K.: "Concepto y cualidad de la Constitución". En: HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 16 – 22.

[193] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, p. 53.

2. La Constitución económica en la Constitución española.

2.1. Breves notas sobre el origen histórico de la Constitución económica.

Se ha repetido en innumerables ocasiones que la CE de 1978 es la Constitución del "consenso". En este sentido, al parecer de MORISI, la CE está condicionada por su irrupción en un momento histórico determinado, a saber, el tránsito de un sistema político autoritario a uno democrático, pero ésta se da en una dinámica lineal y cuya continuidad se expresa en el otorgamiento de la primacía a la racionalización (a la conciliación) de lo nuevo más que el rechazo a lo viejo. Asimismo, los cambios en la estructura social, económica y cultural se producen en sintonía con los cambios que se viven en Europa. En atención a estos cambios, el consenso parece asumir un significado autónomo hasta constituir una clave interpretativa como reconocimiento del doble postulado de acogida de un modelo económico que abraza el capitalismo y la pretensión de participación social y económica en el control de la economía[194].

Según BASSOLS COMA, no se puede identificar la transición con una pura transformación institucional política. Si bien, la revisión del sistema económico no fue asumido inicialmente como un cometido programático de la transición, la dinámica del proceso determinó que las cuestiones político – institucionales y las económicas se interfirieran y condicionaran mutuamente e incidieran en la cristalización de la Constitución. Para este autor, el punto de partida de la reforma política se desarrolló a partir de la Ley para la Reforma Política (Ley 1/1977, 5 de enero de 1977)[195].

En el mensaje que dirige al país el Presidente del Gobierno ADOLFO SUÁREZ en septiembre de 1976, anuncia que el Gobierno se encontró con tres tipos de necesidades que requerían tres tipos de acciones: facilitar la transición, solucionar los problemas

---

[194] *Cf*. MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis". En: PREDIERI, A. - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs), *La Constitución española de 1978*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 379 – 384.

Agrega MORISI que no es que el diseño económico institucional trazado por la CE refleje la interconexión entre estos dos postulados, sin embargo, interpretando tendencialmente la dialéctica oscilación de sus prescripciones, parece ser que el texto sí lo ha considerado, "porque aparece impregnado de la misma dialecticidad intrínseca de los fenómenos a los que debe hacer frente. De ahí su sugestiva actualidad histórica y de ahí también que el 'consenso' adquiera un significado propio que capta el contenido de la mediación político – constituyente que ha quedado plasmada" (*Ibíd.*, pp. 387 – 388).

[195] *Cf*. BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, pp. 71 – 72. La ley se puede consultar en: Ley 1/1977, 4 de enero, para la reforma política (*BOE*, Nº 4, de 5 de enero de 1977).

económicos y sociales y definir los grandes objetivos nacionales. En relación a los problemas económicos señaló que "en la medida que estas causas sean políticas, se trata de buscar la necesaria clarificación. En la medida que sean puramente económicas hay soluciones… pero no nos engañemos… mientras no se despejan las incógnitas políticas… no podrá existir reactivación ni estabilidad económica. He aquí un punto más que nos demuestra la interrelación de los procesos económicos y políticos"[196]. Por esta razón, SUÁREZ afirma que el Gobierno podría haber redactado una nueva Constitución, sin embargo, en la nueva realidad política y social de España, una decisión de esa naturaleza le habría restado legitimidad. De ahí que sea necesario que el pueblo hable en las urnas para acometer las reformas políticas que sean necesarias[197].

El 15 de junio de 1977 se celebran las primeras elecciones democráticas, en cuarenta años, para elegir a los representantes del Parlamento. Éste no poseía formalmente el título de "Cortes Constituyentes", sin embargo, conocidos los resultados electorales, los partidos políticos piden al Gobierno que ponga en marcha un proceso que suponga una nueva Constitución.

El primer paso es la creación de una Ponencia de diputados, que debía elaborar un Anteproyecto que sería discutido posteriormente en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso. La Ponencia se compuso de siete miembros y la Comisión de treinta y seis. La representatividad en ellas era proporcional a los resultados obtenidos en las pasadas elecciones, por lo que en ambos cuerpos la alianza de centro – derecha reunía la mayoría absoluta de los votos[198].

Cabe señalar que desde la perspectiva del orden económico, el acontecimiento más decisivo fue el acuerdo suscrito en octubre de 1977: Los Pactos de la Moncloa. Gobierno y partidos políticos con representación parlamentaria persiguen como objeto principal afrontar los serios problemas que pesan en la economía del país, principalmente inflación y alto nivel de paro[199].

---

[196] SUÁREZ, A.: "Mensaje del Presidente Adolfo Suárez (10 de septiembre de 1976)". En: BAENA DEL ALCÁZAR M. – GARCÍA MADARIA, J.M., *Normas políticas y administrativas de la transición (1975 – 1978)*, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, p. 17.

[197] *Cf. Ibíd.,* p. 15.

[198] JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 40 – 41.

[199] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.,* p. 74.

En los Criterios Previos de Los Pactos se recoge que "un primer aspecto en el que se ha alcanzado una base de entendimiento ha sido en el diagnóstico de la situación económica del país, calificada como grave debido a la confluencia de diversas crisis. La coincidencia en este diagnóstico debe servir… de base para adoptar las medidas que, *dentro del marco de una economía de mercado,* resultan imprescindibles para sanear y reformar la actividad económica y que puedan permitir su superación y consiguiente relanzamiento. Ha sido motivo de especial consenso la necesidad de que los costes derivados de la superación de la crisis sean soportados equitativamente por los distintos grupos sociales, así como la exigencia de democratización efectiva del sistema político y económico que ello habrá de comportar para su aceptación por el conjunto de la sociedad"[200]. Es decir, en esta afirmación es posible observar el sendero trazado para la futura CE en materia económica: reconocimiento expreso de una economía de mercado, con la presencia de un Estado que no sólo es subsidiario sino también actor importante en el sistema económico, especialmente para la consecución de un modelo igualitario y justo.

El trabajo de la Ponencia se realiza entre agosto y diciembre de 1977, culminando con la publicación del Anteproyecto de Constitución en enero de 1978, que desde la perspectiva de la Constitución económica sigue el esquema tradicional del constitucionalismo decimonónico: garantizar derechos económicos individuales (propiedad y libertad de comercio e industria) y organización de las principales instituciones de la Hacienda Pública. Utilizando una figura de los Evangelios, en vasijas viejas se pone vino nuevo, con las consecuencias que ello trae para el vino, se yuxtaponen en el texto las modernas instituciones de Economía Pública junto a los antiguos preceptos de Hacienda Pública y se mezclan los derechos individuales económicos con los derechos sociales, es decir, se produce un sincretismo ideológico y metodológico que no favorece un enfoque sistemático en estas materias. Publicado el Anteproyecto se abre un plazo para la presentación de enmiendas, presentándose más de tres mil, muchas de las cuales se refieren a los aspectos económicos[201].

[200] PACTOS DE LA MONCLOA, *Colección Informe Nº* 17, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, 4ª edición, Madrid, 1977, pp. 17 – 18. El destacado en cursivas es mío.

[201] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.,* pp. 42 – 43.

Como es posible adivinar, no fue una discusión pacífica y en ella confluyen las diferentes cosmovisiones sobre el devenir de la sociedad en materia económica. A vía de ejemplo comentaremos dos autores con posiciones encontradas en este asunto.

El primero, CAZORLA PRIETO. Muy crítico frente a la propuesta señala que "el papel económico que se otorga al Estado en el Anteproyecto es más que de mero Estado intervencionista; es de Estado planificador. La plasmación normativa de todo este planteamiento se encuentra en el Título VII del Anteproyecto, dedicado a la "Economía y Hacienda", sobre todo en sus primeros preceptos…"[202]. Cree que se produce la constitucionalización de la planificación y recoge la opinión de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, que postulaba que un país de economía planificada es inaceptable, por estar en contradicción con el sistema de economía de mercado acordado por el Pacto de La Moncloa y con los principios básicos de libertades personales y económicas que inspiran las líneas directrices del anteproyecto de Constitución[203].

Con todo, relativiza sus categóricas afirmaciones al señalar que "la planificación ha de basarse en la búsqueda de ciertas metas que el anteproyecto concreta: la atención a las necesidades colectivas, el equilibrio y armonía del desarrollo regional y sectorial y el estímulo en el crecimiento de los recursos del país. Destaca la búsqueda de equilibrio y armonía, lo cual implica que la planificación puede constituirse en un procedimiento de nivelación de las grandes desigualdades regionales"[204].

El segundo, BOYER, también se muestra crítico del Anteproyecto pero desde otra vereda. Afirma que en ninguna Constitución europea se pretende consagrar el sistema capitalista, ni se menciona la economía de mercado, porque la expresión es poco precisa y caben interpretaciones diversas de ella que reducen su contenido y utilidad. Para algunos, la economía de mercado es el eufemismo para el capitalismo decimonónico. Cuando esos sectores presionan en pro de una economía de mercado no están requiriendo un sistema de concurrencia o leyes "*antitrust*" que eviten la

[202] CAZORLA PRIETO, L.M.: "El marco económico constitucional en el anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 248 – 249.

[203] *Cf. Ibíd.,* p. 255.

[204] *Ibíd.,* pp. 255 - 256.

supervivencia de empresas privadas con altas cuotas de mercado y poder oligopolístico sobre los precios, sino que lo deseado es la libertad de precios, mercado de trabajo flexible, sin salarios mínimos, libertad de instalación de industrias y un sector público reducido a su mínima expresión. Hoy es evidente que existen costes y beneficios externos que no son tenidos en cuenta por las fuerzas del mercado y que obligan a una acción estatal correctora en forma de impuestos específicos, subvenciones, control de ciertos precios, inversiones directas. No se está en la disyuntiva de elegir entre el modelo capitalista del siglo XIX o la economía centralizada al estilo soviético, sino que existen opciones intermedias de economía descentralizada y con libre iniciativa, pero cuyo funcionamiento se halle corregido por la acción del sector público y coordinado por una planificación que fije funciones de objetivos a nivel de todo el Estado[205].

El Anteproyecto es reflejo de diferentes sensibilidades. A algunos les molesta el rol planificador que puede tener el Estado, porque "huelen" a centralismo y un modelo parecido al de naciones de la órbita soviética. Otros, creen ver una involución al sistema económico libre del siglo XIX. Con todo, esta tensión es reflejo del consenso con que se elabora el texto constitucional, que recoge las diferentes visiones que cohabitan en la comunidad y lo plasman normativamente. ¿Por qué? Porque la Constitución es democrática y desde esa perspectiva debe ser representativa del pueblo, con la natural pluralidad que reside en él.

Con las enmiendas presentadas, la Ponencia se reúne nuevamente entre febrero y marzo de 1978, con la tarea de aceptarlas o rechazarlas. Según DE JUAN ASENJO, "como medio de abrirse paso a ese espeso bosque se impuso el dictado de la mayoría. Este procedimiento benefició ostensiblemente a la derecha que logró sacar adelante muchas de sus propuestas mientras que a la izquierda sólo le quedaba el consuelo de dejar constancia de su abstención o voto negativo"[206].

La Ponencia emite un Informe en abril de 1878 y pasa a la Comisión. Sus sesiones no estuvieron exentas de tensión y, en un principio, se opera con el mecanismo de aprobación por mayoría, lo que, obviamente, beneficiaba a los sectores de derecha por su representatividad en la Comisión. Sin embargo, la Unión de Centro Democrático

[205] *Cf*. BOYER, M.: "El sistema económico en la futura Constitución española" en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 270 – 272.

[206] JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.*, p. 44.

(UCD) decide cambiar de táctica y se abre al diálogo con la importante minoría socialista: se abre la estrategia del consenso[207].

La Comisión, al terminar su trabajo, emite un Dictamen en julio de 1978, del cual iba a nacer la futura CE, pues la sistemática del texto y los principios que estructuran las relaciones económicas fundamentales ya habían cristalizado. Hay sucesivas fases por las que debe atravesar el Proyecto de Constitución, pero el camino estaba trazado. El 31 de diciembre de 1978, el texto presentado por la Comisión fue aprobado en sesión plenaria simultánea del Congreso y el Senado, produciéndose una abrumadora aceptación de la Constitución en ambas Cámaras[208].

Este breve análisis puede pecar de simplista. Es más sustantivo y denso el debate que lleva a la maduración del Proyecto de Constitución. Sólo se ha querido destacar algunos temas relevantes: la importancia metodológica del consenso, las etapas por las que pasa el Proyecto y cómo se advierte la tensión que un texto sincrético produce. Esta es la puerta y, para el presente que toca vivir y el futuro que se abre con desafíos, será clave la comprensión de la Constitución como una Carta abierta, tanto de su letra como de su contenido material.

2.2. Normatividad económica en la Constitución.

La CE cuenta con numerosas disposiciones que relacionan derecho con economía, empezando por el art. 1.1 que afirma España se constituye en un Estado social. Supone una tarea inacabable anotar y analizar cada una de las disposiciones que, de una forma u otra, dan cuenta de esta relación (a vía de ejemplo los arts. 7, 9.2, 27, 28, 31, 33, etc.). Como quiero centrar la atención en la sustantividad de la Constitución económica, es posible advertir que las disposiciones más relevantes son los artículos 33 (derecho de propiedad), 38 (libertad de empresa y economía de mercado), 128 (función social de la riqueza) y 131 (planificación de la actividad económica).

Para la Constitución económica de la CE no hay una interpretación unívoca aceptada por todos los actores sociales. Hay matices o visiones que enfatizan un aspecto u otro. Temeraria puede ser esta clasificación, sin embargo, podemos agrupar las orientaciones que explican la normatividad en esta materia en dos grupos: las propuestas

[207] *Cf. Ibíd.,* p. 45.

[208] *Cf. Ibíd.,* pp. 46 – 47.

liberales y las socializantes. En todo caso, más que autores presentaremos postulados de una y otra propuesta, excluyendo el caso de ARIÑO ORTIZ, que es un emblemático representante de la corriente liberal.

En cuanto a las interpretaciones liberales, el art. 38 es el corazón de sus postulados[209]. Dice el art. 38 CE que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Algunos sostienen que a partir de la libertad de empresa y la economía de mercado, la actividad del Estado en la economía no puede ser vinculante sino puramente informativa y orientadora, en que lo esencial del modelo es la libre y real competencia económica que el Estado tiene el deber de garantizar[210].

Para HERRERO DE MIÑÓN, la Constitución reconoce derechos individuales y colectivos que se relacionan con la economía explícita o implícitamente. Tales derechos son piezas fundamentales de una Constitución económica material a cuya luz cobran significado las ambiguas expresiones de la Constitución económica formal. Funda su afirmación en dos razones. Por un lado, la conducta de los agentes económicos encuentra en ellos su fundamento y garantía y por otro, su pretensión de validez es mayor si se atiende a su posición dentro de la "geografía" constitucional y tutela, no siendo meros principios informadores sino derechos que vinculan al Estado y son exigibles a éste, según el art. 53.1[211].

Tratándose del art. 128, específicamente el nº 2 que afirma que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general", esta orientación liberal lo interpreta en el sentido de restar importancia a la actividad económica del Estado y establecer ciertos requisitos para cuando ésta se produzca.

---

[209] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica", *op. cit.*, p. 14.

[210] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, pp. 146 – 165; ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico*, Comenares, Granada, 3ª edición, 2004, p. 132. Este autor incluso afirma que esta es una conclusión unánime.

Desde la perspectiva de los partidos políticos que participaron en la elaboración de la CE, Alianza Popular (AP) participa de esta opinión: *Cf.* DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 33.

[211] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica", *op. cit.*, pp. 20 – 21.

Por de pronto, MORISI reconoce que no existirían, *a priori*, ámbitos sustraídos a la actividad empresarial del Estado, pero las reglas aplicables han de ser las mismas que a los privados, por lo que los límites a la intervención del Estado no son tanto cuantitativos como cualitativos[212]. Es decir, cuando el Estado actúa como empresario, se le aplica el mismo estatuto jurídico que a los privados, sin privilegios[213].

Además, esta corriente estima necesaria la existencia de un interés general como legitimación de la iniciativa pública[214].

Tal vez es el autor más representativo de este sector sea ARIÑO ORTIZ. Para él, la esfera de legítima intervención del Gobierno en una sociedad libre debe venir justificada por la existencia de un interés público - relacionando art. 128 con el 103.1 que afirma que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales…" -, la cual debe ser especificada en razones concretas para justificar la intervención empresarial del Estado, que identifica con razones militares, por el carácter estratégico del sector, la envergadura y elevado riesgo de la inversión o el largo plazo del proyecto que hace que no puedan ser asumidas por el sector privado, etc, o bien porque el sector privado no ha sido capaz de alcanzar las dimensiones adecuadas, tanto porque de acuerdo con la planificación del desarrollo nacional el Estado desea forzar la producción o por simplemente por insuficiencia o inexistencia de la iniciativa

---

[212] *Cf.* MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", *op. cit.*, pp. 389 – 390. En la misma línea, y solo a modo ejemplar, se pronuncia MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol. I, Editorial la Ley, Madrid 1988, p. 97; MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la economía*, Editorial CEURA, Madrid, 1985, p. 377; ENTRENA CUESTA, R.: "El modelo económico de la Constitución". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 34; GISPER PASTOR, M.T. DE: "La noción de empresa en la Constitución española". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 42; QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público". En: ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978",* tomo X, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 54 – 55; ALBERTI ROVIRA, E.: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución". En: TRUJILLO, G., et al., *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 137 – 138.

[213] Esta es una conclusión razonable, sin embargo, no obsta a que el Estado al intervenir, lo haga con criterios de "rentabilidad social", lo que no supone necesariamente autofinanciación de las actividades económicas acometidas, pudiendo incluso ser deficitarias. Como el servicio prestado favorece a los ciudadanos, esa finalidad justifica la intervención. Las empresas que persiguen el lucro no se constituyen con ese fin, por lo que se encuentran ajenas al fin de rentabilidad social, sin perjuicio de que en cuanto al servicio concreto que muchas de ellas presten se traduzca en un servicio a la ciudadanía, pero es en tanto efecto de su propia actividad mercantil.

[214] *Cf.* SERNA BILBAO, M. A. DE LA, *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 162.

privada[215]. Por tanto, la intervención del Estado es claramente subsidiaria y así lo afirma: "estamos de nuevo ante el principio de subsidiariedad, que sigue vigente en una sociedad libre pese a todos los críticos"[216].

En principio, y como consecuencia del carácter excepcional que tiene la gestión empresarial pública en una economía de mercado, el fin u objeto social de una empresa pública debe delimitar el alcance y extensión de sus actividades, ya que extender éstas a campos no previstos supondría desarrollar una competencia ilegal con las empresas privadas actuantes en dichos campos y un atentado al régimen de economía de mercado[217]. Y, relacionado todo con el art. 38, el Estado no deberá intervenir como empresa pública, si en el campo de actuación de que se trate la iniciativa privada cumple su función productiva y no lo exige un interés general prevalente y cierto[218].

Como señala HERRERO DE MIÑÓN, la Constitución económica de la CE excluye ciertos órdenes económicos, como la planificación centralizada, y promueve otro en el que prevalecen la libertad de consumo, competencia y empresa. Cierto es que en un modelo semejante caben políticas más o menos liberales, pero la Constitución no es económicamente neutral entre intervencionismo y liberalismo, sino que pone coto a aquél a favor de éste[219].

Para las interpretaciones con un enfoque socializante, la existencia de iniciativa pública es uno de los elementos que califica el sistema de mercado en el Estado social, "donde se atribuye al sector público la función de suplir las insuficiencias del mercado, asegurar las misiones de servicio público, favorecer la igualdad de los ciudadanos y… ser la punta de lanza de una política económica democrática y jugar un papel de aguijón social"[220]. El rol del Estado no sólo se limita a ser agente subsidiario sino que un Estado

---

[215] *Cf.* ARIÑO ORTIZ, G.: "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión". En: *Revista de Administración Pública*, Nº 88, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 69 – 74.

[216] *Ibíd.*, p. 75.

[217] *Cf. Ibíd.*, p. 103.

[218] *Cf. Ibíd.*, p. 89.

[219] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica", *op. cit.*, pp. 22 – 23.

[220] CORCUERA ATIENZA, J.: "La iniciativa pública en materia económica y sus límites". En: GARCÍA HERRERA, M.A. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao 1997, p. 272.

activo debe promover el desarrollo de todas las personas, suprimiendo no sólo formas de explotación, sino también las trabas que impiden la materialización de una igualdad real. El campo de la economía y las libertades asociadas a ella no pueden quedar a merced del mercado irrestricto y la competencia absoluta, porque hay esferas del mundo de la vida que resultan excluidas por el mercado, de ahí la necesaria presencia razonable del Estado[221].

Este enfoque también comparte con el anterior el que la iniciativa pública se someta a los mismos principios que la iniciativa privada, sin embargo, esa homologación de régimen aplicable no puede eludir el hecho que el Estado en su actuar económico puede (y debe) perseguir fines distintos al fin de lucro, lo que supone la relativización de las reglas aplicables a las empresas públicas[222].

Conviene recordar que la "rentabilidad social" es un criterio para discernir la actuación del Estado como agente económico, de ahí la necesidad de relativizar la exigencia de rentabilidad. Si las empresas públicas (o los servicios que presta el Estado) son rentables, muy bien, pero que no sea un fin en sí mismo sino efecto de la eficiencia y transparencia en la actuación pública (art. 103.1). Incluso, es posible aceptar que algunas empresas y servicios puedan ser deficitarias, *V.g.* el transporte público.

Tratándose de la planificación económica, el art. 131.1 CE señala que "el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución". Esta norma podría hacer pensar en una concepción de la planificación como método de racionalización neutral y de integración de la funcionalidad del mercado, pero relacionando esta disposición con el art. 40, que establece los principios rectores de la política social y económica, la planificación asoma como necesaria. Si esos principios son declaraciones programáticas, la planificación será contingente e instrumental, pero en la medida que sean un objeto directamente vinculante para la actuación del Estado, adquiere el carácter de necesariedad, tanto por las funciones reformadoras que el art. 9.2

[221] *Cf.* BIDART CAMPOS, G.: "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino), *op.cit.,* pp. 14 – 15.

[222] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.,* p. 60. En el mismo sentido *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.,* pp. 98 – 99.

que cabe a los poderes públicos, que el Capítulo III, Título I explicita y a las que el Título VII otorga instrumentos macroeconómicos[223].

Aún más, no se trata de un sistema de planificación vinculada a la realización de un orden político y social concreto (al modo de las economías propias del extinto modelo soviético o, contemporáneamente, Cuba), ni de una planificación destinada *a priori* a sustituir o transformar radicalmente el orden existente. Tampoco es un sistema indiferente a fines socioeconómicos, sino que impone metas que de su actuación y operatividad pueda alcanzarse un orden económico social y justo[224].

Tratándose del derecho de propiedad, la libertad de empresa y el modelo económico, es necesario distinguir.

La CE en el art. 33 reconoce el derecho a la propiedad privada, la función social que delimita su contenido y que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad a la ley. Para esta orientación, el derecho de propiedad tiene un carácter contingente y en permanente devenir en relación a su contenido esencial. Los límites a la propiedad son internos (la función social) y externos (la actuación del legislador por habilitación de los arts. 128 ó 132.2). Cabe destacar, asimismo, la promoción que cabe a los poderes públicos en el establecimiento de los medios para que los trabajadores accedan a la propiedad de los medios de producción, en conformidad con el art. 129.2[225].

En cuanto a la libertad de empresa, ésta encierra dos aspectos: por un lado, un derecho subjetivo para participar en todas las esferas de implementación de una empresa, pero de otro, un principio de ordenación económica del que se deriva la facultad de cada empresa para decidir sus objetivos y autoplanificación. En este sentido, la libertad de empresa no opone el sector público al privado, sino la autonomía de decisión y planificación a la economía centralizada, en que las empresas son meras ejecutantes de las decisiones tomadas por el ente planificador. La libertad de empresa es

[223] *Cf.* MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", *op. cit.*, pp. 395 – 396.

[224] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, p. 236.

[225] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, p. 62.

factor constitutivo de un orden económico pluricéntrico frente a un orden económico monocéntrico[226].

Por último, la economía de mercado recogida en la CE es una economía de mercado dirigida o controlada por el Estado[227].

No aprecio diferencias sustantivas entre ambos modelos pero tampoco son matices. Hoy por hoy no está en juego la oposición entre capitalismo y socialismo; más bien, aceptando al mercado como modelo económico, todo deviene en una tensión de cuánto mercado y cuánto Estado. En esta pregunta radican las diferencias de las orientaciones expuestas. Y son los importantes matices quienes permiten apreciar el tipo de sociedad que se construye.

Por ello insisto, en que si bien desde un enfoque sustantivo puede que no sean diferencias extremas, no es lo mismo la operatividad de la economía si refuerza uno u otro modelo de Constitución económica.

Por último, son diversas las normas constitucionales que se relacionan con la economía. Lo decisivo, a efectos de la valoración constitucional, son los elementos jurídicos que se proyectan a la economía y no tanto su propio contenido normativo, es decir, se trata de destacar la estructura de la Constitución económica, los elementos que la integran y las relaciones que mantienen entre sí[228]. Esta valoración podrá hacerse a partir de una clasificación de cuatro tipos básicos de normas: valores, principios, normas de habilitación, derechos y libertades constitucionales y normas competenciales[229].

En cuanto a los valores, la Constitución proclama la libertad, justicia y pluralismo político como valores superiores del ordenamiento (art. 1.1), además de la dignidad humana, y los demás reseñados en el art. 10.1. Sin perjuicio de su eficacia, al menos cumplen una función interpretativa del resto de las normas[230].

---

[226] *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2863.

[227] *Cf. Ibíd.,* p. 2864.

[228] *Cf.* ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica, op. cit.,* pp. 195 – 196.

[229] *Cf. Ibíd.,* pp. 197 – 215; ALBERTI ROVIRA, E.: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución". En: TRUJILLO, G., et al., *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 129 – 130.

[230] *Cf.* ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica, op. cit.,* pp. 197 – 199.

En relación a los principios, el primero es que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1.). Otro principio relevante es el establecido en el art. 128.1 por el que "toda la riqueza del país en sus distintas formas y modalidades está subordinada al interés general", como también la igualdad formal y material (art 14). Estos principios también cumplen una función interpretativa además de una función integradora del ordenamiento, creativa o fundamentadora de nuevas reglas, pudiendo ser incluso normas de enjuiciamiento de otras reglas[231].

Tratándose de habilitaciones, son aquellas que autorizan ciertos tipos de intervención, sea directa (128.2, 131.1) o indirectamente, como resultado de mandatos finalistas, especialmente para hacer operativos los derechos sociales (básicamente contenidos en el Capítulo III del Título I), que orientan la acción pública en determinado sentido, habilitando al Estado para que actúen en su búsqueda[232].

En cuanto a los derechos y libertades constitucionales, establecen instituciones y garantizan a los ciudadanos ámbitos y facultades de actuación (derecho a la propiedad, art. 33, la libertad de empresa, art. 38, libertad de trabajo, art. 28, derecho a la negociación colectiva, art. 35), y son límites a la capacidad de intervención económica de los poderes públicos, pero también un espacio en que se observa la horizontalidad de las relaciones entre Estado y sociedad[233]. Por último, las normas competenciales (art. 149.1., Estatutos de Autonomía), distribuyen la capacidad de actuación entre el Estado y las Comunidades Autónomas[234].

No es objeto de este trabajo hacer un análisis detallado de todos los tópicos constitucionales que se relacionan con la economía. La pretensión es más modesta y apunta a desarrollar con algo de profundidad uno de ellos, la libertad de empresa y sus límites desde la perspectiva de un Estado social. Sin embargo, un criterio de sistematización de normas puede ser de utilidad para una comprensión más unitaria y no tan dispersa de la Constitución en estas materias.

La Constitución y sus normas tienen una determinada estructura semántica y literal. La comprensión de esas letras estará condicionada por la orientación del

[231] *Cf. Ibíd.,* pp. 199 – 203.

[232] *Cf.* ALBERTI ROVIRA, E.: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución", *op. cit.,* p. 129.

[233] *Cf. Ibíd.,* p. 129.

[234] *Cf. Ibíd.,* pp. 129 – 130.

operador jurídico (autor, juez, abogado), porque es tan amplio el contenido de esas normas, que los contornos, algo difusos, se resuelven en clave hermenéutica, con la conciencia de que esa opción está limitada, por cuanto estamos en presencia de una Constitución económica abierta.

2.3. El modelo económico en la Constitución.

Dice el art. 38 de la CE que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Ya tocará el tiempo del análisis de la libertad de empresa, pero es en ese marco que se constitucionaliza la economía de mercado, ¿qué se entiende por economía de mercado?, ¿está sujeta a limitaciones o es la economía en que sólo actúa el mercado y, ocasionalmente podrá actuar el Estado como agente subsidiario?

Está demás decir que la adición de este término no fue sencilla y que contó con numerosos detractores desde posiciones políticas diversas. Unos, desde posiciones de izquierda, porque constituía la elevación a principio constitucional el capitalismo como forma económica[235]. BOYER incluso afirma que "en ninguna Constitución europea se pretende consagrar el sistema capitalista, ni se menciona la economía de mercado, no sólo por la inconveniencia de hacer una Constitución burguesa, sino porque la expresión es muy poco precisa y caben bastantes interpretaciones diversas de ella"[236]. Otros, desde la derecha, critican la desnaturalización de la economía de mercado o, en el mejor de los supuestos, cuando el Estado interviene en la economía, sólo lo puede realizar de manera subsidiaria[237].

La discusión sobre el modelo económico de la CE fue muy rica en los primeros tiempos de su vigencia, tanto por la interpretación que debía darse a las cláusulas económicas, como también por el hecho que en las décadas setenta y ochenta aun pervivía el modelo de organización económica centralizada propio de Estados con experiencias de socialismo real. En la actualidad, este problema está más bien centrado en el papel que cabe al Estado como agente económico en una economía de mercado.

---

[235] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.,* p. 57.

[236] BOYER, M.: "El sistema económico en la futura Constitución española", *op. cit.,* p. 270.

[237] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.,* pp. 58 – 59.

La CE se esfuerza por conciliar las distintas sensibilidades ideológicas mantenidas por los grupos parlamentarios constituyentes. La Carta adscribe formalmente a la economía de mercado (art. 38), sin embargo, esta declaración sólo pudo consagrarse gracias a la ambigüedad que encierra. En el mismo art. 38 se declara que "los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación", norma que se desarrolla más ampliamente en los arts. 128, ordinales 1 y 2 y 131.1.

Se ha dicho que en estas materias la CE es ambigua[238], sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que redactores de la Constitución de diversas tendencias manifiesten su conformidad con el precepto contenido en el art. 38[239].

Ejemplo de la satisfacción con la fórmula que abraza la CE, lo encontramos en palabras del diputado SOLÉ TURA, entonces representante del grupo parlamentario comunista. Previamente, el diputado LETAMENDIA BELZUNCE[240] ha señalado "mi voto al artículo 34 (actual art. 38) es un no tajante a este artículo. A los que os sentáis a mi izquierda no tengo por qué explicaros que la expresión (libertad de empresa dentro del marco de economía de mercado) en realidad es un eufemismo para encubrir una expresión mucho más simple, la de 'economía capitalista'. Por supuesto, no voy a caer en la pedantería de explicar aquí en qué consiste la economía de mercado. Bien sabéis que consiste en la reducción a mercancías de los puestos de trabajo, de los trabajadores y, por tanto, en la existencia de una sociedad de explotadores y explotados. También conocéis los frutos históricos de la economía de mercado, basada en la plusvalía. Bien sabéis que cuando surgió exigió el trabajo esclavo de millones de seres, jornadas agotadoras para mujeres y niños, etc"[241]. Respondiendo al diputado, dice SOLÉ TURA

[238] Entre muchos, *Cf.* CAZORLA PRIETO, L.M.: "El marco económico constitucional en el anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales (España), Madrid, 1978, p. 257; MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", *op. cit.*, p. 379; GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2868; FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, p. 136.

[239] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, p. 138.

[240] FRANCISCO LETAMENDÍA BELZUNCE, diputado, es el único representante de Euskadiko Ezkerra (EE) en el Congreso constituyente.

[241] DIARIO SE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Sesión Plenaria número 36, Nº 107, Madrid, 11 de julio de 1978, p. 4115.

"nosotros sabemos que estamos en una economía de mercado, pero economía de mercado pueden ser muchas cosas. Economía de mercado es, por ejemplo, un sistema capitalista en su fase de acumulación primitiva. Economía de mercado es también una economía capitalista en su fase monopolista. Economía de mercado es una economía mixta como la que preconizamos nosotros en nuestro propio programa. En definitiva, se podría incluso decir que economía de mercado –aunque parezca que no es así, y que esto es rizar el rizo de la contradicción- puede ser, por ejemplo, sistema como el que existe en los países del Este, porque allí también existen relaciones de mercado. En consecuencia, no es esto lo que define un sistema. Lo que define un sistema son otras cosas, señor Letamendía, y usted debería saberlo"[242].

Como señala FONT GALÁN, la ambigüedad en la determinación del sistema socioeconómico ha sido la fórmula de consenso buscada por el constituyente para poder llegar a una Constitución. Si hubiera habido claridad en este tema, puede que se hubieran obtenido dos textos constitucionales irreconciliables. Tal vez la crítica a la ambigüedad evoca la nostalgia de un sistema de economía de mercado puro y liberal sustentado en el mito de la certeza jurídico-constitucional, al tiempo que conjura el peligro que supone la aceptación constitucional de un sistema socialista[243].

Como es posible advertir, no se puede determinar sin diálogo el modelo económico que contempla la CE.

Por de pronto, desde posiciones liberales, se sostendrá que el sistema económico descansa en la libre iniciativa privada, con un Estado abstencionista, limitado a suplir la insuficiente participación privada. Para ARIÑO ORTIZ, resulta evidente que la regla general del orden económico constituido es la propiedad, gestión y asignación privada de los recursos económicos y sólo excepcionalmente es legítima la propiedad, gestión o asignación estatal de los medios de producción[244]. Por ello no de extrañar que sostenga que "la economía de mercado es un modelo de orden económico según el cual el protagonismo de la acción económica corresponde a la sociedad, a la iniciativa privada y no al Estado; éste no actúa más que en aquellos casos… en los que

[242] *Ibíd*., p. 4117.

[243] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, pp. 138 – 139.

[244] ARIÑO ORTIZ, G.: "La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII". En: ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo X, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1985, pp. 7 – 8.

la iniciativa privada no puede hacerlo, o no lo hace con la extensión y alcance que la sociedad necesita"[245].

Aunque ARIÑO declara que en la CE no existe una declaración formal e inequívoca del modelo económico, sí existen líneas maestras del sistema económico que surgen como consecuencia de una interpretación conjunta de la normativa constitucional en materia económica, destacando la libertad de empresa que se ejerce en el marco de una economía de mercado y que lleva aparejada la competencia, la que no puede quedar destruida por la planificación, pues ésta sólo podrá ser orientadora. El mercado debe quedar garantizado, siendo su alma la libre y real competencia que el Estado tiene el deber de garantizar[246].

Por tanto, desde esta perspectiva, mercado y competencia son los reguladores del sistema económico, con un rol del Estado de carácter subsidiario y regulador[247].

Hay otras voces que matizan la postura sostenida por ARIÑO.

FONT GALÁN afirma que en la CE no se ha adjetivado el modelo de economía de mercado, ya que no se habla de "libre" mercado o "social" mercado, desadjetivación que impide aproximar de manera exclusiva y excluyente el modelo de economía de mercado constitucionalizado a un determinado sistema de política social y económica[248]. A juicio de este autor, se trata de "una desadjetivación consciente, cuya finalidad y significado estriba en legitimar modelos económicos de diverso signo a fin de desarrollar las distintas políticas socioeconómicas de acuerdo con las alternancias que se produzcan en el poder político"[249].

Con todo, la afirmación de una economía de mercado abierta no significa que en la Constitución económica cabe cualquier sistema económico, pues la flexibilidad del sistema se produce dentro de unos límites constitucionales que deben ser respetados. No hay espacio, a menos que la Constitución se reforme, para programas que ignoren los

---

[245] ARIÑO ORTIZ, G.: "La empresa pública". En: GARRIDO FALLA, F. (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, p. 208.

[246] *Cf.* ARIÑO ORTIZ, G.: "La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII", *op. cit.,* pp. 11 – 12.

[247] En similar postura, *Cf.* GARCÍA ECHEVARRÍA, S.: "El orden económico en la Constitución", *op. cit.,* pp. 35 – 46.

[248] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.,* pp. 151 – 152.

[249] *Ibíd.,* p. 153.

elementos sociales del modelo constitucionalizado, al modo de una economía liberal con pura autorregulación, como tampoco para un sistema de economía centralizada que ignora abiertamente la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado[250].

Por su parte, GARCÍA – PELAYO reconoce que la expresión economía de mercado es de denominación equívoca, dado que hay varios sistemas a los que se designa como tal[251].

Es posible encontrar la economía de libre mercado, en la que el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica, pero sin accionar él mismo, ni orientar las líneas político-económicas nacionales. El mercado sería un mecanismo autorregulado con perfecta sincronización entre los participantes y resultado óptimos[252].

También se puede apreciar la economía social de mercado que estima que la libre competencia es el mejor de los sistemas para asegurar el bienestar general, mas se trata de un concepto un tanto pragmático que admite la intervención del Estado en ciertas materias junto a una política social destinada a alcanzar objetivos de bienestar que rebasan las posibilidades del mercado o corregir los efectos disfuncionales de éstos en el campo social[253].

Por último, distingue una economía dirigida de mercado, que también parte de la libertad de empresa y de la coordinación de su actividad por el mercado, sin embargo, existen casos en que la autorregulación es insatisfactoria, por lo que debe ser corregida por medios estatales y también hay finalidades económicas nacionales cuya realización no puede asegurarse por el mercado[254].

---

[250] *Cf.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Cantoblanco, Madrid, 1982, p. 33. En el mismo sentido, entre otros *Cf.* ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 10 – 12; MARTÍN – RETORTILLO, S.: "La "Constitución Económica" en el texto de la Constitución española de 1978". En: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García – Pelayo, Caracas, 2000, pp. 161 – 162; GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, pp. 2864 – 2865; HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración", *op. cit.*, p. 22.

[251] *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, pp. 2863 – 2864.

[252] *Cf. Ibíd.*, p. 2864.

[253] *Cf. Ibíd.*, p. 2864.

[254] *Cf. Ibíd.*, p. 2864.

En base a esta distinción, el autor señala que "la economía de mercado, en el sentido de la Constitución española, nos parece que se aloja en el tercero de los tipos mencionados"[255].

La economía de mercado es el marco económico de la CE. Ya hemos visto que en ese marco, la oscilación puede ir desde una visión liberal radical a una postura de colaboración estatal importante en el marco de la economía. Pero sí se puede señalar que, independiente de la fuerza política que detente el poder en un momento determinado, el consenso mayoritario de la comunidad apunta a que sea el mercado el principal actor del sistema económico, sin olvidar sus insuficiencias, que autorizan la intervención del Estado en la marcha de la economía.

Por ello cobra capital importancia la comprensión del principio de subsidiariedad. La lectura de este principio desde veredas neoliberales supone un Estado con acción supletoria ante la insuficiencia de la actuación privada, fundándose esta filosofía en un prejuicio hacia la acción del Estado[256].

Comparto la opinión de que "la intervención de los poderes públicos no queda ya subordinada a la inexistencia de iniciativa privada"[257]. El Estado puede intervenir (habilitación constitucional de iniciativa pública económica establecida en el art. 128.2), respetando la lógica del mercado y asumiendo que la actividad económica estatal en ningún caso se puede inspirar como fin directamente perseguible, en la obtención del lucro, sino en la satisfacción de intereses generales, conforme a lo exigido en el art. 103[258].

---

[255] *Ibíd.,* p. 2864. Compartiendo la postura del autor, *Cf.* MARTÍN – RETORTILLO, S.: "La "Constitución Económica" en el texto de la Constitución española de 1978", *op. cit.,* p. 161; QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "La Constitución económica de España", *op. cit.,* pp. 32 – 33.

Existe un sector que postula que el modelo económico establecido en la Constitución es el de economía social de mercado. No profundizaré en esta cuestión, de suyo problemática y llena de matices. Para un acercamiento a esta postura *Cf.* ENTRENA CUESTA, R.: "El principio de libertad de empresa". En: GARRIDO FALLA, F. (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 131 – 132. También puede revisarse la literatura citada sobre el punto en JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.,* pp. 63 – 66.

[256] *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público", *op. cit.,* p. 54.

[257] *Ibíd.,* p. 54.

[258] *Cf. Ibíd.,* p. 60.

Sin embargo, cuáles han de ser las parcelas del mundo de la vida que pueden ser objeto de acción estatal. Con no poco atrevimiento, puedo señalar que la economía de mercado es la herramienta más eficaz para el desarrollo de la economía social. Con todo, no basta la herramienta, sino que es necesario que se desarrolle en un marco de estabilidad política y transparencia institucional. La fragilidad de un Estado de Derecho es germen de permanentes crisis y los elevados niveles de corrupción no permiten un fácil y homogéneo desarrollo de las sociedades. Para muestra, un par de datos reflejados en los resultados de recientes documentos sobre la materia: Índices de Desarrollo Humano e Índice de percepción de la corrupción.

Por regla general, tiende a existir coincidencia entre alto desarrollo humano de un país y menor corrupción. Por el contrario, a menor desarrollo, más altos son los índices de corrupción[259]. Es cierto que caben excepciones, pero la regla general apunta a la coincidencia.

Con esto quiero señalar que, no basta la implementación constitucional de normativa económica o un esfuerzo hermenéutico por desentrañar el significado de las cláusulas abiertas. Junto a ello, debe existir una implementación efectiva de buenas prácticas sociales, estableciendo para ello mecanismos eficaces para el logro de los propósitos perseguidos; el derecho deviene entonces en vehículo por el cual implementar los mecanismos de mejora en esos aspectos: *V.g.* leyes de transparencia, limitaciones al gasto electoral, sanciones penales, etc. Pero el derecho no puede actuar en soledad. Precisa de medidas económicas que incidan en la elevación del desarrollo humano de un país. O sea, hay una relación y tensión entre derecho y economía, en que por el diálogo disciplinario es posible que una comunidad mejore sus niveles de probidad y también aumenten sus índices de desarrollo humano.

2.4. La Constitución económica y su relación con el derecho de la Unión Europea.

No es aventurado afirmar que la UE es la más exitosa y eficaz organización de naciones en todo el mundo. Organizaciones como APEC, UNASUR, MERCOSUR o los organismos multinacionales (ONU, OEA, etc), no han logrado la convergencia política y jurídica que ha supuesto la UE. El Tratado de Maastricht (1992), en el que se

[259] *Cf.* PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2010*, PNUD, Nueva York, 2010, pp. 161 – 234; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption perceptions Index 2010*, Transparency International, London, 2010, pp. 3. 8 – 14.

constituye la UE, marca una nueva etapa en la integración, ya que ésta no será puramente económica sino que se abre a la integración política.

Con todo, qué es lo que pasa con el derecho de la UE y las Constituciones nacionales. ¿Ha de primar el derecho de la Unión sobre los fundamentos políticos – y también económicos – que se han auto otorgado los pueblos? ¿Qué ocurre en el específico ámbito de la Constitución Económica? ¿Cuáles son los efectos desde la perspectiva de la intervención del Estado en la economía a la luz de la nueva perspectiva de la UE?

Por de pronto, los rechazos francés y holandés a la Constitución Europea permiten sugerir que, por un lado hay una brecha cívica entre la clase política y la ciudadanía que es mayor de lo que se sospechaba – un problema de legitimidad[260] – y por otro, las nuevas propuestas de desarrollo de la UE están suponiendo una erosión del modelo social histórico de Europa (el Estado social) que el Tratado de Lisboa no se ha preocupado de atenuar. El principal problema que enfrenta el constitucionalismo europeo es la introducción de la perspectiva social en un marco en que la Constitución económica europea resulta refractaria a la integración social[261].

No es original señalar que las políticas comunitarias han sido, por lo general, políticas de liberalización de mercados y de apoyo a la integración económica de las naciones[262]. Sin embargo, en este proceso, no se ha manifestado la relación entre Estado y mercado que se contemplaba en los países miembros. Mientras la competencia y libertad de empresa se incrementan, no va a suceder lo mismo con respecto a la intervención económica del Estado, necesaria para garantizar los derechos sociales de los ciudadanos en el marco del constitucionalismo del Estado social. De hecho, uno de los más importantes efectos de la integración, al establecer un mercado único, va a

[260] *Cf.* CASCAJO CASTRO, J.L.: "Integración europea y Constituciones nacionales". En: *Revista d'estudis autonòmics i federals*, Nº 1, Generalitat de Catalunya: Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2005, p. 62.

[261] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "Constitución económica y modelo social europeo" en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho, Nº* 15, AVD - ZEA. Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2008, pp. 50 – 51.

[262] *Cf.* ALBERTI ROVIRA, E.: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución", *op. cit.*, p. 136.

determinar la limitación de algunas potestades de intervención del Estado sobre el mercado de las que aquél disponía tradicionalmente[263].

Las consecuencias de esto serán principalmente dos.

La primera, es que se incrementará la maniobrabilidad para que las empresas persigan las legislaciones más favorables, *V.g.* estableciendo centros empresariales en países que poseen una legislación social o fiscal menos desarrollada o a través de la presión sobre los centros de decisión para que se produzca una competencia social a la baja. La inexistencia de armonización legislativa en materia social puede provocar la desregulación en sede nacional o, incluso, la paralización de proyectos que conlleven un incremento de derechos para los trabajadores[264].

La segunda, y en cuanto a la intervención pública, es que no se produce un incremento de los poderes de intervención sobre el sistema económico capaz de compensar la hegemonía de la libertad de empresa. De hecho, se constata una pérdida de competencias de las entidades gubernamentales en materia económica en favor de las correspondientes comunitarias, cuestión no menor, sobre todo si se tiene en cuenta el escaso control democrático de las instancias comunitarias[265].

Por todo ello, se sugiere que emerja de la UE un contenido social, a fin de que la comunidad pueda sentirse involucrada en el proceso de integración, mediante el reconocimiento de una ciudadanía social compuesta por una serie de derechos que reequilibren esa situación de partida. Porque la habilitación de que disponen los derechos sociales resulta precaria, tanto en los tratados constitutivos como en las posteriores reformas que han intentado paliar aquellas carencias originarias[266].

---

[263] *Cf.* URIARTE TORREALDAY, R.: "Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo". En: *Revista Europea de Derecho Constitucional Europeo*, *Nº* 4, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2005, p. 341.

[264] *Cf. Ibíd.*, p. 342. Pero no sólo es el *dumping social* el riesgo que aparece, sino también el *turismo social*, es decir, la movilización de población desde los países europeos con baja protección social hacia países con alta protección social con la finalidad de beneficiarse de dicho diferencial (*Cf.* MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R.: "Modelo social europeo, políticas y directrices". En: *Documentación social*, abril – junio 2010, Caritas Española, Madrid, 2010, p. 18).

[265] *Cf.* URIARTE TORREALDAY, R.: "Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo", *op. cit.*, p. 342.

[266] *Cf. Ibíd.*, p. 344.

Si bien el Tratado de Lisboa contempla en el Título X un apartado de política social y que los siguientes Títulos tienen contenido social (salud, educación, cultura, etc), el tipo de lenguaje utilizado en aquellos no reviste los mismos grados de imperatividad que las disposiciones económicas. Vg, art 151 "La Unión y

Como señala MAESTRO BUELGA, el Estado deviene en un Estado regulador funcional al mercado, lo que supone la centralidad del mercado y excluyendo la política en su funcionamiento. Pero una figura estatal de esta naturaleza se contrapone al constitucionalismo social y al mismo Estado social tan presente en la historia europea reciente, siguiendo más bien la tradición americana en la lucha *anti trust*[267].

Agrega MAESTRO BUELGA que esto no debería sorprender, puesto que ha sido una constante del liberalismo. El liberalismo económico operó una separación entre teoría y praxis. La teoría afirmaba el modelo, cuyo rasgo principal es la autonomía y centralidad del mercado y, en la praxis, se introduce una relación mercado-poder público de subordinación del Estado. Y, frente a los fallos del mercado, el Estado opera con un auxilio subordinado, subordinación que obliga no a un absentismo, que sólo cumple funciones de legitimación teórica para la afirmación de la autonomía del mercado, sino a una acción de tutela directa, vinculada a la recuperación del mercado[268].

En cuanto a la relación que existe entre el derecho constitucional de la UE y nacional, es posible distinguir diferentes visiones para la relación entre ambos.

Hay algunos que sostienen la necesidad de compatibilizar el orden económico español con el de la UE. Sin embargo, al decir de algunos, parece que no existe contradicción entre ambos modelos, puesto que se presenta una compatibilidad entre

---

los Estados miembros… tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión". La pregunta que surge entonces es acerca de qué acciones se emprenden para la conquista de esos anhelos, cómo se encarna este ideal. Además, abundan los verbos "promover", "procurar", "apoyar" o "fomentar (arts. 152, 153, 154.1, 156, inc. 1, 158, 162, 165, 168.3, etc), lo que suponen anhelos, pero su encarnación en la práctica es más difícil de conseguir.

[267] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 8, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2007, pp. 55 – 56.

[268] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 9, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2008, pp. 38 – 39. En la misma línea, *Cf.* CABO MARÍN, CARLOS DE: "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador". En: *Revista Europea de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 11, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2009, pp. 26 – 31. En un sentido diferente y de necesaria adaptación a la realidad europea, *Cf.* CASCAJO CASTRO, J.L.: "Integración europea y Constituciones nacionales", *op. cit.*, pp. 61 – 77.

economía de mercado y facultades de planificación e intervención por parte del Estado[269].

Otros señalan que, a partir del Tratado de Maastricht, lo que se ha producido es una mutación constitucional, sin seguir previamente el procedimiento de reforma. Señala MUÑOZ MACHADO que "la integración europea está produciendo una traslación del poder constituyente hacia instancias supranacionales"[270], no obstante, el art. 93 de la CE otorga cobertura suficiente para la ratificación de los Tratados de la Unión, sin necesidad de reforma.

Aunque esta conclusión sea razonable, explica el problema de modo insatisfactorio ya que es sustancial que los titulares de la soberanía la ejerzan aceptando las consecuencias de los Tratados, lo que precisa un debate amplio y generalizado. La soberanía se ejerce con la aceptación consciente de la mutación constitucional que la ratificación de los Tratados provoca. Las operaciones como las de la UE no son cosa frecuente, siendo cuestiones decisivas que no conviene amparar en los amplios términos de una cláusula general polivalente como el art. 93[271].

Sobre la materia, hay dos Declaraciones del TC que sería oportuno revisar: una de 1992 y otra de 2004.

En 1992, el TC afirmaba expresamente la supremacía de la Constitución sobre los Tratados. Dice el TC que "si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía…"[272]. Por ello, el TC declara que una norma del Tratado es contraria a la Constitución, pero limitándose el examen específico al derecho de sufragio pasivo, perdiéndose entonces la oportunidad de haber realizado un análisis completo del

[269] *Cf*. BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, p. 331. En la misma dirección, pero desde la perspectiva de la necesidad de una reforma de la Constitución, *Cf*. ARAGÓN REYES, M.: "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 9 - 26; RUBIO LLORENTE, F.: "La constitucionalización del proceso de integración en Europa". En: *Revista de Occidente*, Nº 284, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, pp. 5 – 22.

[270] MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 59.

[271] *Cf. Ibíd.*, pp. 62 – 63.

[272] DTC 1/1992, 1 de julio de 1992, FJ 1. En esta Declaración, el TC da respuesta al requerimiento acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la CE y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica.

Tratado. O sea, se manifiesta la primacía de la Constitución, pero con una autocontención extraordinaria[273].

En época reciente, un Dictamen del Consejo de Estado provoca, a través del Gobierno, un reenvío al TC sobre la compatibilidad constitucional de algunas cuestiones relativas al Tratado sobre una Constitución para Europa, dando lugar a la DTC de 2004.

A propósito del artículo I-6 del Tratado, que señala "la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros", el TC se esfuerza en hacer compatible esta declaración, tan radical por lo demás, con la doctrina de la supremacía constitucional. Por de pronto señala que "la primacía que se proclama en el Tratado… opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales"[274], reiterando, además, la supremacía de la Constitución: "la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español… (y goza de) supremacía frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales… la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución"[275].

A continuación, trata de explicar lo que constituyen primacía y supremacía: "primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía… se sustenta en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía…, salvo que la misma norma

[273] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles ", *op. cit.*, p. 83.

[274] DTC 1/2004, 13 de diciembre de 2004, FJ 3.

[275] *Ibíd.*, FJ 4.

suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación"[276], argumentos que llevan a la conclusión de que no se aprecia contradicción entre normas del Tratado y la Constitución.

Esta distinción entre primacía y supremacía, al menos discutible en su terminología, pareciera que se presenta, más bien, como un ejercicio gramatical para dar cuenta de la facticidad constitucional. Por un lado no se renuncia a la supremacía de la Constitución, pero por otro, el derecho de la UE podrá tener una aplicación preferente.

Si bien el Tratado de una Constitución para Europa fracasó en su intento de constituirse en derecho aplicable, al decir de algunos, las modificaciones del Tratado de Lisboa no alteran sustancialmente los fundamentos que ya se venían introduciendo en el fracasado Tratado, las que se relacionan, sobre todo, con el silencio frente al debate sobre el "modelo social europeo"[277]. En todo caso, la complejidad del tema está llevando a una necesaria actualización del derecho constitucional español desde la perspectiva de asumir la importancia y el carácter vinculante del derecho de la UE, aun a costa de la propia Constitución[278].

Sin perjuicio de la importancia de la mutación constitucional o el problema de la supremacía entre derecho nacional y de la UE, cobra especial relevancia la relación existente entre los paradigmas socializantes de la CE – y de muchas constituciones europeas – y el proceso de liberalización de los mercados que estaría favoreciendo la UE, en detrimento de los fundamentos del Estado social.

Lo que está operando en Europa, en relación a competencias de decisión económicas otorgadas a órganos distintos a los titulares originarios de los Estados, supone un cambio constitucional de gran envergadura. Este fenómeno no es una simple transferencia de competencias a una institución supranacional, porque lo que se está

[276] *Ibíd.*, FJ 4. Continúa la sentencia señalando que "La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos" (FJ 4). Según el TC, esta distinción ya la había realizado en otras oportunidades: *Cf.* FJ 4.

[277] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica", *op. cit.*, pp. 39 – 42.

[278] Frente a la tensión entre derecho nacional y comunitario, *Cf.* CASCAJO CASTRO, J.L.: "Integración europea y Constituciones nacionales", *op. cit.*, pp. 69 – 75; RUBIO LLORENTE, F.: "La constitucionalización del proceso de integración en Europa", *op. cit.*, pp. 20 – 22.

entregando es la definición del contenido económico de la Constitución, es decir, se ha operado una alteración de la Constitución, ya que las decisiones adoptadas han modificado el contenido de normas fundamentales de la Constitución económica (principalmente los arts. 38, 128.2 y 131) los que a futuro sólo serán aplicables dentro de los estrechos márgenes establecidos por el ordenamiento comunitario[279].

En la UE, la definición de la constitución económica se realiza en torno a la tensión entre los objetivos económicos y los sociales. Sin embargo, hay una falta de disposiciones sociales en los textos de los tratados constitutivos. "Los elementos propios del Estado social quedan al margen del primer derecho originario europeo, la explicación viene dada por el carácter limitado de la CEE, que reduce su ámbito de actuación al económico exclusivamente"[280].

Desde su constitución, la entonces Comunidad estableció espacios de actuación diferenciada, confiando el ámbito social a los Estados miembros, que deviene así el espacio de realización del Estado social, y a la Comunidad el ámbito económico, que se configura como de mercado. Ambos espacios aparecen como confrontados y portadores de lógicas diferentes. Vínculo social e intervención, como criterios de la constitución económica del Estado social, frente a mercado y liberalización. El ámbito de la comunidad se presentaba como el de la acumulación que rompía con la tensión propia del Estado Social entre legitimación y acumulación, resolviendo el equilibrio inestable entre los sujetos del conflicto con la centralidad de la acumulación[281]. La ampliación de las funciones de la Comunidad (hoy UE) apunta a completar el mercado. Tanto la liberalización de los sectores, como su intervención, son funcionales a la extensión del mercado, transformándose el Estado en regulador funcional al mercado[282].

Esta distancia entre el derecho de la UE con el constitucionalismo social se aprecia en los rasgos de la Constitución económica europea. Por de pronto, "es el

---

[279] *Cf.* MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, *op. cit.*, p. 46; CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles ", *op. cit.*, p. 86.

[280] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 128.

[281] *Cf. Ibíd.*, pp. 128 – 129.

[282] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea", *op. cit.*, p. 55. En el mismo sentido, del autor *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica", *op. cit.*, pp. 40 – 49.

principio de la economía de mercado quien constituye el verdadero faro de la acción de la comunidad, de la que es el criterio y fin esencial"[283].

Siguiendo a CANCIO MELIÁ, las notas más relevantes de la Constitución económica europea pueden ser las siguientes[284].

En primer lugar, se establece un mercado interior de matriz neoliberal, cuyas normas fundamentales son las garantías de las libertades comunitarias, del derecho de la competencia y la aprobación de progresivas medidas de liberalización[285].

En segundo lugar, una política monetaria neoliberal – monetarista, con el objetivo fundamental de mantener la estabilidad de los precios, lo que supone el respeto de los principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable (art. 119.3 TFUE, antiguo 4.3. TCE)[286].

También cabe destacar, en tercer lugar, la limitación de las políticas de gasto e ingresos mediante la coordinación de la política económica (arts. 120 y ss. TFUE, antiguos 98 y ss. TCE) y de la política de empleo (arts. 145 y ss. TFUE, antiguos 125 y ss. TCE), siendo el núcleo de todos, los objetivos de la política monetaria común[287].

Por último, se extraña un catálogo jurídicamente vinculante de derechos sociales, produciéndose, al mismo tiempo, una devaluación de los derechos sociales potencialmente existentes en conformidad a las Constituciones de los Estados miembros[288].

Como se ha señalado, la UE es un modelo de integración supranacional exitoso y enormes han sido los beneficios para los ciudadanos europeos su participación en este

---

[283] CANTARO, A.: "El declive de la 'constitución económica del Estado social'", *op. cit.*, pp. 172.

[284] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, pp. 92 – 96.

[285] *Cf. Ibíd.*, p. 92.

[286] *Cf. Ibíd.*, p. 93.

[287] *Cf. Ibíd.*, p. 95. Llamo la atención que el art. 120 TFUE (antiguo art. 98 TCE) señala que "los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta…", es decir, se enfatiza la apertura del sistema económico, no bastando la referencia a una economía de mercado, como si ello no la supiera.

[288] *Cf. Ibíd.*, p. 96. MAESTRO BUELGA llega a afirmar que "puede decirse con absoluta claridad que ningún derecho social ha sido reconocido entre los principios generales por el TJCE, salvo el de libertad sindical, en conexión con la libertad de domicilio, derivada de la libre circulación de trabajadores" (MAESTRO BUELGA, G.: "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea", *op. cit.*, p. 149). También puede verse BAQUERO CRUZ J.: "La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el Tratado de Amsterdam". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 639 – 642.

espacio de integración. Si bien la integración comunitaria ha sido un factor que ha limitado el despliegue del Estado social, al haber impulsado un enorme crecimiento económico, ha hecho posible que se sostuviesen las políticas sociales dentro de los Estados. Por ello se debe recordar que "los fenómenos sociales no son unidireccionales, y es preciso dejar constancia, tanto de los límites que la economía comunitaria ha impuesto al Estado social, como de las posibilidades de realización que ha abierto el haber elevado sustancialmente el PIB. Esta ambivalencia de la Unión ante el Estado social, lo limita a la vez que lo hace posible"[289].

Asimismo, a pesar de las dificultades que la integración pueda significar desde la perspectiva de la soberanía, no es menos cierto, como sostiene ZAGREBELSKY, que la soberanía del Estado se ha ido diluyendo, porque el pluralismo político y social interno se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción. De la misma manera, comienzan a formarse centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal[290], factores todos que son demoledores para la concepción tradicional y que están suponiendo una transformación de la soberanía, en que la Constitución, más que establecer un proyecto determinado de vida en común, se esfuerza más bien por realizar las condiciones que hacen posible la misma, siendo ésta la nota fundamental de las constituciones democráticas en la época del pluralismo[291].

Sin embargo, existen desafíos y uno de los más importantes es el creciente déficit de contenido social del derecho de la Unión, especialmente en lo que se relaciona con una Constitución económica europea.

Es cierto que la realidad española, tras el ingreso en la entonces llamada Comunidad Económica Europea, ha experimentado un dinamismo económico y social que no habría tenido lugar de no haber sido Estado miembro. De ahí la necesidad de liberalizar la economía y competir en los mercados internacionales sin proteccionismos que puedan obstaculizar una sana competencia. Ha habido mejoras de infraestructuras

[289] SOTELO, I., *El Estado social*, *op. cit.*, p. 336.

[290] ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2007, pp. 11 – 12.

[291] *Cf. Ibíd.*, pp. 12 – 13.

físicas y un desarrollo tecnológico apreciable[292]. Con todo, no puede existir un divorcio tal entre economía y política que suponga un retroceso en las conquistas sociales de los ciudadanos europeos.

Ahora bien, el Estado de bienestar es una opción política que ha demostrado su capacidad de resistencia y adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado, sin embargo, actualmente se ve enfrentado a una situación delicada, pues su fortaleza se ha visto amenazada por las intervenciones que se han producido para compensar el hundimiento de la demanda fruto de la crisis financiera[293]. Con todo, "la existencia de Estados de bienestar ha permitido desvincular parcialmente la caída del empleo de la caída de ingresos y mantener ingresos sociales vitales para la ciudadanía. Lamentablemente, ahora la lucha contra los déficits generados se convierten en el objetivo central de la política comunitaria en cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. El lector que busque en la *Estrategia 2020* un apoyo incondicional de la UE al Estado de Bienestar verá defraudadas sus expectativas"[294].

Tal vez, los fracasos del constitucionalismo europeo sean una llamada de atención frente a una eventual falta de legitimación democrática de las políticas comunitarias. No se trata de generar una democracia plebiscitaria con rasgos populistas, pero el temor fundado de la comunidad a la pérdida de sus conquistas sociales puede transformarse en freno para un desarrollo efectivo de la integración europea. No sólo están en juego temas como la primacía constitucional de un derecho u otro o el modelo económico europeo, sino que en el fondo, la integración europea debe apuntar al desarrollo de las economías con un determinado paradigma pero, sobre todo, la integración debe redundar en un creciente progreso de los índices de desarrollo humano de la población, en sintonía con la igualdad y no sólo la libertad.

Por último, unido a las consecuencias políticas que suponen los desafíos en la integración comunitaria, para el derecho constitucional y la Constitución hay cuestiones de capital importancia que comienzan a asomar. Uno de ellos es la relación que existe

---

[292] *Cf*. FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.: "España en la Unión Europea. Antecedentes, negociaciones y consecuencias económicas de la integración". En: DÍAZ GIJÓN, J.R. et al., *Historia de la España actual (1939 – 1996)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 414.

[293] *Cf*. MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R.: "Modelo social europeo, políticas y directrices", *op. cit*., pp. 27 – 28.

[294] *Ibíd*., p. 28. La cursiva es del autor. Incluso agrega que "durante muchos años España ha buscado en Europa el respaldo a su construcción del Estado de Bienestar, sin percatarnos que el Estado de Bienestar europeo no era una construcción de la UE, sino de sus estados miembros" (*Ibíd*., p. 28).

entre derecho de la UE y Constituciones nacionales. Al calor de la tensión entre ambos ordenamientos, se estaría produciendo en algunos ámbitos un choque normativo. ¿Qué pasa con la Constitución? Puede que estemos en presencia del fenómeno de la mutación constitucional, lo que nos lleva a su análisis a la luz de la tensión que hemos anotado.

2.5. Relación Constitución – derecho de la Unión Europea: ¿mutación constitucional de la CE?

Si bien, se puede afirmar que la UE no impone un modelo determinado de sector público (sea en tamaño, composición, organización), pues se trata de decisiones que competen a los poderes políticos internos, siendo las opciones muy diversas, se advierte una orientación que podría significar una tensión entre normativa constitucional y comunitaria en lo relativo a rol del Estado en el sistema económico, *V.g.* por un lado, el art. 149.1 1º de la CE, establece la competencia exclusiva para el Estado en el sistema monetario, y por otro el art. art. 127.2 del TFUE (antiguo art. 105.2 del TCE) señala que las funciones básicas que se llevarán a cabo a través del SEBC son, entre otras, definir y ejecutar la política monetaria de la Unión.

Algo parecido podría decirse de la política agrícola "preconizada por el art. 130 CE (que) tiene, en virtud de la Política Agrícola Común y de la Política Pesquera Común, un significado diferente al que suponían los constituyentes"[295]. Ni qué decir de la política económica de la CE, por la cual "los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia, favoreciendo una eficiente asignación de recursos" (art. 98), afirmación más nítida en cuanto a una opción de modelo económico que la establecida en el art. 38 CE. Sin embargo, su nitidez no resta imperatividad para el Estado español, dado que gran parte de las políticas comunitarias son políticas económicas[296].

A principios de los años noventa, muchos Estados descubren, a raíz de sentencias del TJCE (actual TJUE), que determinadas formas de intervención en la vida

[295] HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración", *op. cit.*, p. 25.

[296] El art. 3.3 del Tratado de de la Unión Europea habla de "una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social…", lo que supone una aproximación importante a la figura del Estado social (TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 71).

económica son sospechosas. Se creía que el primitivo artículo 86 TCEE (actual 106.1 TFUE) legitimaba la concesión de derechos especiales o exclusivos, sin embargo, esa interpretación no es la adecuada, ya que las libertades comunitarias en el marco de una economía de mercado han acabado prevaleciendo sobre las capacidades y competencias estatales para organizar su intervención en la vida económica[297]. Estos derechos ceden según la jurisprudencia, ante la preferencia por la libertad de prestación de servicios, que podría considerarse un reflejo de la libertad de empresa[298].

La interpretación reseñada sobre los derechos especiales y exclusivos ha sido relativizada por las sentencias Corbeua y Almelo[299], sin embargo, es preciso señalar que, la autorización para la existencia de derechos exclusivos se da para aquellas empresas que realizan actividades de interés económico general – como puede ser el caso de un específico servicio de correos o la electricidad y su manera de distribución en los Países Bajos –, amparadas en el art. 106.2 TFUE (antiguo 90.2 TCEE), lo que no supone peligro a un sistema basado en la competencia en aquellas actividades que resultan rentables a los particulares.

Estos cambios en las facultades económicas de los Estados miembros en relación a las de la UE ha llevado a algunos a sostener que, en el caso de la CE estaría operando una mutación constitucional[300].

---

[297] *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "La Constitución económica de España", *op. cit.*, p. 29.

Los derechos exclusivos y especiales son "las restricciones en el número de operadores autorizados a ejercer una determinada actividad económica; la utilización puede concederse a varios operadores (derechos especiales) o a uno solo (derecho exclusivo o monopolio): CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, p. 68, en nota 73.

[298] *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "La Constitución económica de España", *op. cit.*, p. 26, en nota 15.

Sobre el punto, *Cf.* SSTJCE de 19 de marzo de 1991, *República francesa contra Comisión*, asunto C-202/88, Recop. 1991, p. I – 01223, apartados 34 – 57; de 18 de junio de 1991, *ERT y otro contra DEP y otros*, asunto C-260/89, Recop. 1991, p. I – 02925, apartados 13 – 45; de 25 de julio de 1991, *Comisión contra Países Bajos*, asunto C-353/89, Recop. 1991, p. I – 04069, apartados 37 – 43; de 17 de noviembre de 1992, *Reino de España, Reino de Bélgica y República Italiana contra Comisión*, acumulados C-271/90, C-281/90 Y C-289/90, Recop. 1992 página I-05833, apartados 28 – 38.

[299] *Cf.* SSTJCE de 19 de mayo de 1993, *Procedimiento penal contra Paul Corbeau*, asunto C-320/91, Recop. 1993, p. I – 02533, FJ 12 – 21; 27 de abril de 1994, *Ayuntamiento de Alemlo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij*, asunto C-393/92, Recop. 1994, p. I – 01477, FJ 46 – 49.

[300] *Cf.* MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, *op. cit.*, pp. 54 – 63; HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración", *op. cit.*, p. 25.

JELLINEK es el autor más relevante sobre la mutación constitucional. Preocupado por la distancia que existe entre norma y realidad, ha dicho que "sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma"[301].

Para este autor, la mutación de la Constitución es "la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación"[302]. Reconoce que esta teoría es más interesante que el de la reforma de la Constitución[303], ya que pueden hallarse casos pequeños e irrelevantes de mutación, hasta descripciones sobre Estados mutantes que han perdido lo sustancial de su configuración primitiva, siendo curioso que algunas grandes transformaciones se produzcan de forma paulatina y firme, pero sin ser advertidas y sin debates previos[304].

En su análisis, JELLINEK, pretende explicar la importancia de lo fáctico y cómo a partir de los puros hechos emerge normatividad: "el *fait accompli* – el hecho consumado – es un fenómeno histórico con fuerza constituyente, frente al cual toda oposición de las teorías legitimistas es, en principio, impotente"[305]. Insistiendo en la misma idea, afirma que "el desarrollo de las Constituciones muestra… el enorme significado de esta enseñanza: que las proposiciones jurídicas son incapaces de dominar, efectivamente, la distribución del poder estatal. Las fuerzas políticas reales operan según sus propias leyes que actúan independientemente de cualquier forma jurídica"[306].

---

[301] JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Cetro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 6.

[302] *Ibíd.*, p. 7.

[303] *Cf. Ibíd.*, p. 7.

[304] *Cf. Ibíd.*, pp. 56 – 57; MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, *op. cit.*, p. 59.

[305] JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, *op. cit.*, p. 29.

[306] *Ibíd.*, p. 84.

La fuerza normativa de lo fáctico se transforma entonces en elemento relevante para la construcción normativa. Con todo, si aceptamos llana y acríticamente esta postura, la pura facticidad puede devenir en constituyente y legislador.

Es cierto, que los hechos a lo largo de la historia en ocasiones han superado al derecho – y en esa observación a JELLINEK no le falta razón – sin embargo, comparto la opinión de SÁNCHEZ URRUTIA quien, siguiendo a HESSE, señala "que la mutación en cuanto cambio de sentido de la norma constitucional es admisible en cuanto no vulnere su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo. Por definición, no puede existir una realidad constitucional *contra constitutionem*. Así, cuando la realidad no es reflejo de la Constitución llega el momento de reformarla. Es por esto que para Hesse, 'la problemática de la mutación constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de mutación constitucional'"[307].

Frente al nuevo panorama constitucional que supone la relación entre derecho constitucional nacional y derecho de la UE, están los que sostienen que se ha producido una mutación de la CE. MUÑOZ MACHADO es uno de los primeros en utilizar el concepto de mutación de la Constitución en relación a los cambios que se estarían produciendo en la CE. Para este autor, el movimiento de integración europea, por su relevancia política y jurídica, está provocando una mutación fundamental, tan así, que al término del proceso será difícil reconocer modos de actuación y poderes que, hasta ahora, formaban parte esencial de la vida de los Estados. Aunque está ocurriendo lentamente, este camino es inexorable[308].

A su juicio, los principios relativos a la reforma constitucional se muestran incapaces de explicar el fenómeno de integración política y económica europea, ya que lo que imponen tratados e instrumentos de la Unión no suponen una reforma constitucional, sino que producen una mutación de la Constitución de enorme envergadura, equiparable a las más radicales de las que ha sido testigo la historia[309]. Por ello, sostiene que se está trasladando el poder constituyente hacia instancias

[307] SÁNCHEZ URRUTIA, A.V.: "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 135. En este mismo artículo se puede profundizar la teoría de la mutación constitucional desarrollada en Alemania.

[308] *Cf.* MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado, op. cit.,* p. 29.

[309] *Cf. Ibíd.,* p. 56.

supranacionales, en que las decisiones comunitarias alteran el contenido de la Constitución y se le imponen, sea por el cambio de sus características como por el ejercicio de competencias por parte de órganos de la Comunidad[310]. Incluso más, en materias económicas dice MUÑOZ MACHADO, "lo que se entrega es la definición del contenido económico de la Constitución que, en nuestro caso, estaba encomendada, casi plenamente, a la definición del legislador ordinario"[311].

Asimismo, reconoce que el fenómeno de la mutación puede producir una dificultad frente al tema de la soberanía, problema a resolver si se reconoce que la soberanía nacional es un poder limitable y condicionable, no viéndose afectada porque pierda un elemento integrante tradicional, en la medida que esa pérdida sea voluntaria y querida. Por ello, se sigue ejerciendo la soberanía, siempre y cuando se haga con la aceptación conocedora y consciente de la mutación constitucional que está provocando el derecho de la UE, aunque sería necesario una reforma al texto de la Constitución que dé cuenta que el representante del pueblo soberano acepta consciente la limitación y reducción de la soberanía y la mutación constitucional que está suponiendo el derecho comunitario[312].

No obstante, por lo que implica la cesión de soberanía que supone la mutación constitucional, están los que afirman la supremacía constitucional y que la adecuación entre los ordenamientos nacional y de la UE debe realizarse mediante el mecanismo de reforma de la Constitución. Es de esa opinión ALÁEZ CORRAL.

Sostiene que si la Constitución es norma jurídica suprema, lo ha de ser respecto de todas las fuentes normativas, incluidas las internacionales, no sólo por constituir su fuente lógica de validez, sino por estar en la jerarquía normativa supraordenada a éstas, supremacía que está garantizada a través de un conjunto de procedimientos incardinados en el sistema de justicia constitucional o la reforma constitucional[313]. Por lo mismo,

---

[310] *Cf. Ibíd.*, pp. 59 – 60.

[311] *Ibíd.*, pp. 46 – 47.

[312] *Cf. Ibíd.*, pp. 60 – 63. También defiende la idea de mutación constitucional HERRERO DE MIÑÓN: *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración", *op. cit.*, pp. 25 – 31. Por su parte, DE LA QUADRA SALCEDO plantea la contradicción, en materia económica, entre derecho comunitario y Constitución hasta la jurisprudencia del caso Corbeau. Si bien reconoce que algunos hablan de una mutación, no la afirma de manera categórica: *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público", *op. cit.*, pp. 82 – 85.

[313] *Cf.* ALÁEZ CORRAL, B.: "Soberanía constitucional e integración europea". En: *Fundamentos*, Nº 1, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998, p. 17.

afirma que "la mutación constitucional, o bien, no es más que una infracción constitucional, o sólo sería comprensible como una manifestación del carácter 'abierto' de nuestra Constitución, en cuyo caso no sería una verdadera mutación constitucional, sino la concreción del contenido normativo del enunciado constitucional mediante la aplicación del art. 93 CE… en tal caso, sólo cabría modificar dicha voluntad soberana por lo procedimientos que para la formación de la misma se haya autoimpuesto el propio constituyente al juridificarse en el poder de reforma"[314].

Esta radical afirmación, en que resalta la preocupación por el soberano principal, debe ser matizada en el sentido que no se puede prescindir de la emergencia de la facticidad como articuladora normativa de la realidad. Ya JELLINEK nos lo recordaba con su rescate del 'hecho consumado'. Sin embargo, el problema no deja de ser complejo pues el *factum* no puede ser la vara de medida para justificar los cambios extranormativos. Un razonamiento extremo en estas materias nos puede llevar a la aceptación inocua de las quiebras constitucionales, aceptando que ellos podrían ser razonables como mecanismo de superación a Gobiernos débiles, con escaso apoyo popular y/o con altos índices de corrupción, prescindiendo de los mecanismos formales establecidos en la Constitución.

Algún autor postula que la tensión entre derecho nacional y de la UE puede ser superada a partir del surgimiento de un verdadero proceso constituyente europeo que devuelva la legitimidad democrática y jurídica a la CE[315]. Pero, la tensión entre normatividad y facticidad no dejará de producirse, aunque se intenten permanentes actualizaciones jurídicas, por vía de reforma o interpretación. La realidad que nos toca vivir es esencial y radicalmente dinámica. Somos testigos de cómo, en pocos años, se han producido transformaciones en el mundo que hasta hace pocos años eran impensables.

Tal vez, y señalando una obviedad, es necesario insistir en el carácter indeterminado de la Constitución y en esos aspectos que puedan ser problemáticos, un mecanismo de salida es el de las cláusulas abiertas que han de ser interpretadas

[314] *Ibíd.*, pp. 18 – 19.

[315] *Cf.* CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles", *op. cit.*, p. 85. Recordemos el resultado del proyecto de una Constitución para Europa, especialmente la actuación de los ciudadanos en diferentes procesos plebiscitarios. Una legitimidad democrática de la Constitución no pasa sólo por la participación en votaciones, sino que lo más relevante es el ejercicio deliberativo en cada comunidad. Si esto ya es complejo para un país, cómo no ha de serlo para la UE.

contextualmente, porque no todas las cuestiones que interesan a la sociedad deben quedar plenamente determinadas en el texto.

Como señala HESSE, "determinadas cuestiones como, por ejemplo, la de la 'constitución económica', la Constitución las deja *pretendidamente abiertas*, al objeto de dejar en ellas libre espacio a la discusión, decisión y configuración"[316], ya sea porque ciertas materias no son susceptibles de regular detalladamente, o bien porque a través de esta ausencia de determinación se busca garantizar a la comunidad la libertad de configuración de su convivencia. Comprender este mecanismo supone tener presente la relación entre Constitución y contexto (político, social, cultural, económico) pues "la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos… Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes, su contenido habrá de permanecer necesariamente 'abierto al tiempo'"[317].

Como ha señalado HABERMAS, y compartiendo su opinión y diagnóstico, el derecho pertenece al componente social del mundo de la vida; las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones y tradiciones jurídicas compartidas intersubjetivamente y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas. Como parte de este componente, las reglas jurídicas constituyen órdenes legítimos de nivel superior, pero el código que representa el derecho no sólo mantiene su conexión con el medio que representa el lenguaje ordinario, sino que también da a los mensajes procedentes del mundo de la vida una forma en la que resultan inteligibles para los códigos con que opera la Administración (regulada por el medio poder) y la Economía (regida y gobernada por el dinero). El lenguaje del derecho, a diferencia de la moral, puede operar como transformador en el circuito de comunicación entre sistemas y mundo de la vida que abarca la sociedad global, pues en el derecho también están representados los componentes Administración y Economía (y sus respectivos códigos), algo que no ocurre desde una perspectiva puramente moral, reducida a la esfera del mundo de la vida[318].

---

[316] HESSE, K.: "Concepto y cualidad de la Constitución", *op. cit.,* p. 19 (cursivas en original).

[317] *Ibíd.,* p. 19 (cursivas en original).

[318] *Cf.* HABERMAS, J., *Facticidad y validez,* Trotta, 4ª edición, Madrid 2005, p. 146.

Por ello es posible afirmar que el derecho actúa como medio de organización del poder estatal. Pero no cualquier derecho, sino que el derecho emanado a partir de un procedimiento aceptado comunicativamente y que le da fuerza legitimadora, porque si el derecho es el puro derecho formal, corremos el serio riesgo de llegar a sostener la tesis kelseniana "desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi, fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho"[319]. Y si es pura apertura fáctica, no estaremos inmunes al peligro de su dilución y falta de certeza. De ahí la necesidad de reflexionar, aunque sea brevemente, sobre la hermenéutica constitucional y su relación, tanto con el análisis del derecho interno como al fenómeno de su apertura a otros ordenamientos.

3. Claves interpretativas de las cláusulas económicas de la Constitución.

3.1. Aproximación al fenómeno hermenéutico.

La interpretación del derecho constitucional es un tema de suyo complejo y vasto. En estas pocas líneas sólo pretendo esbozar a grandes rasgos la importancia de la hermenéutica y su relación con las cláusulas económicas de la CE. Como el desarrollo es instrumental, me limitaré a plantear el problema y sugerir literatura al respecto[320].

La importancia de la interpretación es enorme. Incluso algunos postulan que la teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución; en la medida en que el Estado contemporáneo es estado Constitucional, el problema de la interpretación es también problema central de la Teoría del Estado e incluso de la Teoría del Derecho[321].

Ahora bien, y sin perjuicio de que pueden existir muchas otras definiciones para entender lo que sea la interpretación, acojo la que propone ZAGREBELSKY quien señala que "la interpretación es el proceso intelectivo a través del cual, partiendo de las

[319] Cita de KELSEN tomada de LANDA, C.: "Dignidad de la persona humana". En: *Cuestiones Constitucionales*, Nº 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2002, p.115.

[320] DÍAZ REVORIO contiene una extensa lista bibliográfica la que, sin ser exhaustiva, da cuenta del trabajo en relación a la interpretación de la Constitución. *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 35 – 37, notas 7, 8 y 9.

[321] *Cf.* RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 1997, p. 573.

fórmulas lingüísticas contenidas en el enunciado, se llega a su contenido normativo: de los *significantes* (los enunciados) a los *significados* (las normas)"[322], es decir, partiendo de la forma expresada en una lengua, se termina en una declaración sustantiva, también expresada en lenguaje.

Además, se puede afirmar una doble actividad para la interpretación. Por un lado es un proceso (la actividad interpretativa) y por otro, un resultado (lo que se produce tras la interpretación)[323].

En la misma línea, pero en la esfera del derecho constitucional, GOMES CANOTILHO señala que "interpretar una norma constitucional es atribuir un significado a uno o varios símbolos lingüísticos escritos en una Constitución con el fin de obtener una decisión de problemas prácticos fundada en la propia Constitución"[324]. Por ello según este autor, en la labor de interpretar la Constitución surgen tres dimensiones: 1º interpretar la Constitución significa obtener el derecho contenido en las normas constitucionales, 2º investigar el derecho contenido en una ley constitucional implica una actividad que se traduce en el otorgamiento de un significado a un enunciado, 3º el producto del acto interpretativo es el significado atribuido[325].

De ambas definiciones se pueden deducir los elementos generales de un proceso interpretativo: proceso, significantes y significados, siendo la interpretación constitucional partícipe de la interpretación jurídica en general, distinguiéndose de aquella por el objeto específico sobre el que recae, la norma constitucional, que al tiempo proporciona elementos propios para la propia hermenéutica[326].

A estos efectos, conviene recordar que se ha producido un cambio de paradigma importante a la hora de interpretar la Carta Fundamental. A falta de reglas constitucionales que establezcan criterios de interpretación, en un primer momento se tendió a la aplicación de las reglas interpretativas tradicionales, propias del derecho

[322] ZAGREBELSKY, G.: "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161.

[323] *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op.cit.*, p. 38.

[324] GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 202.

[325] *Cf. Ibíd.*, p. 202.

[326] *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op.cit.*, p. 40.

privado (específicamente del derecho civil), que en el caso español están establecidas en los artículos 3 y 4 del CC[327].

Sin embargo, ese método se mostró insuficiente para interpretar la Constitución puesto que está elaborado con categorías iusprivatistas, mientras que el texto de la Constitución responde y llama al pluralismo político[328]; de ahí que se deba tener presente que al interpretar la Constitución no se puede perseguir encontrar en su texto una única lectura de sus preceptos que no permita más que un único desarrollo del mismo en un sentido unidireccional[329].

Para el método tradicional, la Constitución ha de ser interpretada conforme a los mismos métodos que una Ley[330], que en resumidas cuentas, suponía la determinación de una regla y su aplicación concreta mediante un mecanismo lógico sin discrecionalidad, eliminándose de raíz la influencia del caso en la interpretación del derecho, por lo que el rol de la jurisprudencia se agotaba en el mero servicio al legislador y su voluntad, en ser expresión del verdadero significado contenido en las fórmulas utilizadas por el legislador[331].

Sin embargo, la norma constitucional es estructuralmente distinta de la norma legal, siendo su mayor diferencia el mayor grado de generalidad y abstracción que caracteriza a la norma constitucional y que resulta no sólo del enunciado normativo, sino también del hecho que forma parte de un sistema que es amplio y abierto y configura al legislativo como un órgano que actúa con libertad dentro de los límites establecidos por la Constitución[332].

---

[327] *Cf.* RODRÍGUEZ – ZAPATA, J.: "Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 156. En todo caso, BALAGUER CALLEJÓN previene que no se debe olvidar que la propia Constitución contiene ciertas 'pautas hermenéuticas', *Cf.* BALAGUER CALLEJÓN, M.L.¸ *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 43.

[328] *Cf.* BALAGUER CALLEJÓN, M.L.¸ *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 43.

[329] *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 33.

[330] BÖCKENFÖRDE, L.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993, p. 15.

[331] *Cf.* ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *op. cit.*, p. 132.

[332] *Cf.* RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, *op. cit.*, p. 585.

Incluso más, el propósito de determinar la voluntad objetiva de la norma – propio de la interpretación legal – es un error cuando se trata de la norma constitucional, pues en ella la voluntad objetiva no existe en todos los casos fundamentales, o si existe, lo está como principio, como mandato de optimización, mas no como regla. Por tanto, la voluntad objetiva no permite establecer ni el supuesto de hecho de la norma ni sus efectos; uno y otro han de ser determinados por el intérprete cuya obra deviene en creadora[333].

Las Constituciones establecen la regulación básica del Estado y muchas de sus concepciones no están definidas de antemano, porque se trata de cláusulas abiertas. Conceptos como moral, orden público, buenas costumbres son concepciones dinámicas, cuyo contenido material será determinado por el intérprete, en que a pesar de la claridad de sus palabras, están fuertemente condicionadas por su contexto histórico y por cómo la sociedad va evolucionando para comprender estas nociones. En definitiva, para interpretar la Constitución y desentrañar su significado no existe una sola propuesta. Hay diversos métodos, algunos de los cuales pueden ser más razonables y adecuados que otros, sin embargo, lo particular de todo es que la Constitución no puede entenderse sino como norma abierta a una realidad social dinámica y plural, por lo que no es de extrañar la existencia de una pluralidad metodológica para interpretarla. Es lo que veremos a continuación.

3.2. Algunos ejemplos de interpretación jurisprudencial de las cláusulas abiertas.

En un proceso de interpretación de la Constitución pueden intervenir como intérpretes los agentes tradicionales encargados de la aplicación del derecho, pero también la comunidad toda, en la medida que es ella quien vive la norma. Es lo que ha llamado HÄBERLE la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución[334].

¿Cómo puede actuar la comunidad en este proceso de reflexión? De diversas maneras. Por una parte, como agente con voz dentro del proceso nomogenético, pero también fácticamente por medio de canales legítimos de expresión popular. Por ejemplo, en Chile en 2006 se produjo un importante movimiento de estudiantes de

[333] *Cf. Ibíd.*, pp. 585 – 586.

[334] *Cf.* . HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2003, pp. 149 – 161.

enseñanza secundaria que reclamaban a la sociedad (y no sólo al Gobierno) por la baja calidad de la educación pública y las profundas desigualdades sociales que supone la diferencia entre educación a cargo del Estado y la particular. El fondo del conflicto obedece a que el modelo educativo se funda en una *ratio* neoliberal y un Estado abstencionista, lo que se materializa en una primacía de la libertad de enseñanza sobre el derecho a la educación, opción materializada en el texto normativo: Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza.

Ese movimiento de estudiantes despertó la autoconciencia ciudadana acerca de la importancia de una educación democrática y de calidad para todos y se traduce en la más importante reforma en el ámbito educacional chileno de los últimos treinta años. Esa emergencia no viene del Gobierno, Parlamento o partidos políticos sino que es espontaneidad y facticidad, ejemplo sobre cómo la comunidad misma opera y actualiza la norma.

Sin embargo, a efectos de este apartado, me detendré en algunas actuaciones de los más importantes intérpretes de la Constitución: los Tribunales de Justicia, especialmente el TC. Para estos efectos, se expondrán ejemplos de sentencias que se enfrentan a las cláusulas abiertas, sin pretensión de exhaustividad y sólo con afán ilustrativo.

Un primer caso es el despido de mujeres embarazadas, en el evento de que el empleador desconozca el estado de embarazo.

En julio de 2008 una sentencia del TC asienta un nuevo criterio tratándose del despido de mujeres embarazadas: reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, declarando la nulidad del despido de una trabajadora que se encontraba embarazada La cláusula abierta tiene relación con la igualdad y la no discriminación[335].

[335] *Cf*. STC 92/2008, de 21 de julio de 2008. La sentencia del TC señala que "la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer…, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio… este tipo de discriminación no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e

El TC acogerá el recurso de amparo por estimar que se ha producido en este caso una violación a la tutela judicial efecto del art. 24.1 CE[336]. Sin embargo, quisiéramos destacar de la sentencia la base argumentativa que realiza para justificar su decisión: análisis histórico sociológico del papel de la mujer en tanto que trabajadora. Y en esa observación, la igualdad y no discriminación cobra un sentido nuevo que 20 años atrás hubiese sido impensable.

El segundo ejemplo lo constituye la relación entre la televisión y el deporte[337].

En 1997 un grupo de diputados interpone recurso de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos, alegando que éstos vulneran la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho a transmitir información por cualquier medio y el principio de igualdad.

A propósito de la libertad de empresa, dice el TC que "la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado y que la estricta libertad de empresa sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula"[338].

---

inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (*Ibíd.*, FJ 3).

[336] *Cf. ibíd.*, FJ. 5. En este caso concreto el TC emite una opinión que contradice la doctrina del TS sobre la materia, debiendo este último rectificarla: *Cf.* STS, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2008, Nº recurso 1957/2007. Dice la sentencia del TS "la cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento (del embarazo por parte del empresario)... Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal" (FJ 2). Sobre este mismo punto, *Cf.* STS, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2009, FJ 2.

[337] *Cf.* STC 112/2006, de 5 de abril de 2006.

[338] *Ibíd.*, FJ 8. En el mismo sentido, *Cf.* STC 127/1994, de 9 de mayo de 1994, FJ 6 d).

De esta opinión se pueden deducir, al menos, dos efectos. La primera, es la necesidad de limitar la libertad de empresa para que no devenga en liberalidad extrema, pero la segunda, que se deriva a partir de lo que ocurre en la esfera de los medios de comunicación, es que el mecanismo de mercado absoluto tiende a generar monopolios, con las consecuencias económicas que ello implica. Y esta última observación es de naturaleza teórico – política.

Incluso más. Tratándose del derecho de propiedad, argumenta el TC que éste en la actualidad no puede entenderse en los términos radicales del art. 348 del CC, sino que admite limitaciones razonables, siempre y cuando no afecten su contenido esencial, entendiéndose por tal aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real y efectivamente protegidos. Tratándose de la propiedad, la fijación de su contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo[339]. Es decir, la propiedad tiene límites, pero estos están enunciados con la cláusula de "función social", que claramente es paradigmática en su indeterminación y condicionamientos espacio temporales.

En este caso, en una materia tan concreta y actual como las transmisiones deportivas por TV, no están ajenas a la problemática interpretativa que supone la indeterminación de cláusulas constitucionales, lo que implica para el intérprete una labor de estudio normativo y análisis del contexto social.

El tercer ejemplo está dado por los límites de los Decretos – Leyes.

En este caso se trata de un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto – ley 1/1997, de 31 de enero, la Ley 17/1997, de 3 de mayo y el Real Decreto – ley 16/1997, de 13 de septiembre, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y medidas adicionales para la liberalización del sector. Interesa especialmente la reflexión del TC sobre los límites a los Decretos – leyes, atendida la

[339] *Cf.* STC 112/2006, de 5 de abril de 2006, FJ 10.

cláusula abierta que autoriza su utilización: la extraordinaria y urgente necesidad para que el Gobierno pueda Decretos-leyes (art. 86.1 CE)[340].

Es decir, en este caso, la interpretación de la cláusula abierta se realiza analizando el previo contexto fáctico normativo del Decreto ley, lo que implica el estudio del caso concreto, pero sobre todo una apertura deliberativa para la formación de la norma. No es un análisis intuitivo sino refrendado especialmente en la razonabilidad argumentativa producida en el contexto de los hechos[341].

El último caso trata de unos recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes de atención farmacéutica y de ordenación del servicio farmacéutico y otros. La materia que nos interesa es la libertad de empresa y sus legítimos límites[342].

En relación con el derecho a la libertad de empresa dice el TC que "viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial."[343].

---

[340] *Cf.* STC 329/2005, de 15 de diciembre de 2005. Esta doctrina del TC ya se encuentra presente en otras sentencias: *Cf.* STC 189/2005, de 7 de julio de 2005 (FJ 3), STC 182/1997, de 28 de octubre de 1997; STC 11/2002, de 17 de enero de 2002 y 137/2003, de 3 de julio de 2003.

Lo primero que se debe destacar es que "la conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, una cláusula vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos – leyes" (STC 329/2005, *op. cit.,* FJ 5).

En segundo lugar, dice el TC que "el ejercicio de la potestad de control que compete a este Tribunal implica que la definición por los órganos políticos de una situación de 'extraordinaria y urgente necesidad' sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (*Ibíd*., FJ. 5). Por ello "el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma" (*Ibíd.,* FJ. 5).

[341] El análisis del "contexto fáctico" que justifica la urgente necesidad se encuentra en el FJ 6 de la sentencia.

[342] *Cf.* STC 109/2003, de 5 de junio de 2003.

[343] *Ibíd.,* FJ 15.

Dos comentarios sobre esta afirmación. El primero, el TC considera que la libertad de empresa constituye un marco delimitador de la actuación de los órganos del Estado en la economía. El segundo, señalando las garantías que asisten a este derecho, el TC deviene expresamente en intérprete de las cuestiones que se susciten sobre la cláusula abiertas denominada "contenido esencial".

Asimismo, afirma el carácter condicionado de los derechos que establece la Constitución: "no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor"[344]. El TC da una regla para el discernimiento de la proporcionalidad, no obstante, es una regla tan abstracta que sólo puede ser medida en el caso concreto. Por ello, en ese evento "es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio ordenado para hacerlo posible"[345].

Se percibe el esfuerzo por dotar de racionalidad argumentativa a derechos que son descritos en términos tan amplios. En la misma sentencia se recogen opiniones de anteriores fallos sobre materias análogas, sin embargo, lo relevante es que esos criterios son pautas para justificar una decisión determinada. Porque los criterios de "proporcionalidad" o "contenido esencial", pueden ir variando en el tiempo.

Los casos expuestos son ejemplo de la complejidad que supone la interpretación de las cláusulas abiertas. Con todo, también es posible apreciar que, tratándose de materias descritas normativamente con un alto nivel de apertura, es el método tópico el que se utiliza para decidir: dialéctica argumentativa y esfuerzo de racionabilidad. Algunas de las definiciones aportadas por el TC (*V.g.* libertad de expresión, contenido esencial, proporcionalidad) son descritas con tal nivel de amplitud que puede admitir la mutación comprensiva del contenido de las normas, sin que suponga cambio en la doctrina sostenida. A estos efectos, cabe destacar la importancia

[344] *Ibíd.,* FJ 15.

[345] *Ibíd.,* FJ 15.

que supone en los procesos de interpretación la teoría del precedente, propia del sistema anglosajón, que genera estabilidad y seguridad jurídica, pero también posibilidad de apertura ante el cambio de paradigmas sociales.

Para finalizar, el estudio de la Constitución económica en la CE es fascinante pero no menos problemático. Los autores, enfrentados a este tema, no son inmunes a las ideas políticas que fundan tal o cual punto de vista sobre el binomio Constitución – Economía. Por tanto, al asumir una posición no se debe temer a los condicionamientos que supongan las convicciones personales, con tal que sean razonables y fruto de un proceso reflexivo. Porque es cierto que hay tensión entre iniciativa pública y privada en la economía, economía de mercado y planificación, sin embargo, lo que debe quedar excluido como propuesta acorde con la CE es un modelo de economía centralizada o con participación del Estado empresario con reglas que violen el principio de igualdad y no discriminación.

CAPÍTULO III. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y ALGUNOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO SOCIAL.

Como se ha señalado, la CE de 1978 es fruto de un importante consenso entre las fuerzas políticas mayoritarias del momento, lo que se traduce en una normativa fundamental que se esfuerza por materializar los postulados ideológicos de todas ellas.

Llegamos, pues, al análisis de la libertad de empresa, pero relacionado con el hecho de que estamos en un Estado Social de derecho. Desde luego, no es inocua la definición constitucional de Estado Social, sino que en su raíz es posible encontrar el fundamento para autorizar la intervención del Estado en materias económicas, especialmente porque esas políticas interventoras apuntan a mejorar la situación de los sectores menos aventajados de la comunidad.

El derecho constitucional es el más político de los derechos. Hay una permanente conexión entre derecho y política, pues la emergencia de la normativa constitucional es fruto del acuerdo entre las fuerzas vivas de la comunidad, las que quieren traducir en *factum* jurídico sus diversas visiones para la construcción de la vida social.

En el caso de este derecho, interesa presentar su historia en el ordenamiento español, pero especialmente su contenido esencial y cuáles pueden ser los límites desde la perspectiva del Estado social. Este último elemento es el nuclear del trabajo y que justifica todo el análisis previo, culminando en este punto su unidad sistemática.

Las reflexiones de este trabajo no serán una respuesta única con independencia de las categorías de tiempo y espacio: simplemente serán análisis razonados y, esperamos, también razonables, siendo consciente de mis limitaciones y de que se trata de un tema complejo en el que se mezclan elementos fácticos y condicionamientos políticos de quienes han estudiado estos asuntos.

1. La libertad de empresa.

1.1. Notas históricas sobre su consideración sustantiva.

Escoger un momento de la historia para comenzar el análisis de esta libertad no es asunto fácil, pues se encuentran antecedentes de ésta en la Baja Edad Media, aunque es más preciso fijarla en la segunda mitad del siglo XVII, con la defensa de la libertad de trabajo y el comercio libre[346].

[346] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 19 – 21.

Sin embargo, es desde la Ilustración cuando esta libertad comienza a tener un perfil más definido. Así como este tiempo se caracteriza fundamentalmente por un proceso de emancipación en todo tipo de niveles – ya KANT había señalado que la Ilustración era el abandono de parte del hombre de su minoría de edad[347] – al parecer, las libertades de industria y comercio forman parte de este proceso de emancipación, en sintonía con el surgimiento de los llamados derechos fundamentales, los derechos de primera generación[348].

Tal vez son HUME Y SMITH los precursores de la defensa de la libertad de empresa. Por de pronto, en su explicación prescinden de acudir a un lenguaje metafísico para justificar sus postulados, apelando a la realidad y la verificación empírica como los indicadores para construir una teoría[349].

En el caso de SMITH, tratando de explicar las desigualdades producidas de Europa, señala que éstas se producen de tres maneras. La primera, por restringir la competencia en algunos sectores a un número reducido de personas; segundo, por estimularla más allá de lo razonable y tercero, por la obstrucción de la libre circulación de trabajo y capital[350].

Para justificar sus afirmaciones, recurre a ejemplos de la vida cotidiana, específicamente al caso de los aprendices y critica ácidamente las excesivas regulaciones. Defiende la libertad para trabajar el tiempo que cada uno considere necesario, por eso señala que "el patrimonio de un hombre pobre estriba en la fuerza y destreza de sus manos; el impedir que emplee esa fuerza y esa destreza en la forma en

---

[347] *Cf.* KANT, I., *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 83.

[348] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 33.

[349] En Inglaterra es posible encontrar el inicio de la corriente epistemológica llamada Empirismo, tradición de la cual es heredera el utilitarismo. Es necesario señalar que las corrientes epistemológicas se enfrentan al problema del conocimiento y las preguntas sobre 'qué se puede conocer' y 'cómo conocer' (de ahí su nombre, del griego *episteme*). En una síntesis muy genérica, el empirismo responde a la pregunta sobre el conocimiento señalando que sólo podemos conocer lo que es susceptible de verificación empírica. Tras esta afirmación, se advierte la fuerza que supone el desarrollo de la ciencia y la técnica. Sobre el punto, *Cf.* COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía, vol. V, de Hobbes a Hume*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pp. 247 – 259; COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía, vol. VIII, de Bentham a Russel*, Editorial Ariel, 1985, pp. 19 – 39; BREHIER, E., *Historia de la Filosofía*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 87 – 103.

El positivismo lo ubicamos en esta misma tradición, siendo COMTE su autor más relevante y temprano, *Cf.* COMTE, A., *Discurso sobre el espíritu positivo*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

[350] *Cf.* SMITH, A., *La riqueza de las Naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 178.

que él crea más conveniente sin perjudicar a nadie es una violación flagrante de la más sagrada de las propiedades… el juicio sobre si ese hombre está en condiciones de ser empleado debe ciertamente ser dejado a la discreción de los empleadores"[351]. Incluso más, "la política de Europa, al obstruir la libre circulación de trabajo y capital tanto entre empleos como entre lugares, ocasiona una muy inconveniente desigualdad en el conjunto de las ventajas y desventajas de sus distintos empleos"[352]. Es decir, para SMITH, el trabajo libre es el camino adecuado para incrementar producción y bienestar común[353].

Es posible advertir que las premisas de SMITH beben de una concepción antropológica individualista, con lo positivo que supone el rescate y defensa de los derechos del individuo, pero también posibilitará el olvido del componente de socialidad del ser humano. No entraré en la discusión de si las personas somos por naturaleza sociales. Sin embargo, no se puede eludir el hecho que vivimos y convivimos, siendo la sociedad un *factum* del cual no es posible sustraerse. De ahí que las propuestas radicalmente individualistas tienden a generar modelos de convivencias con importantes niveles de desigualdad[354].

Desde la perspectiva constitucional, estas premisas se encarnan en las Cartas del siglo XIX.

El triunfo de la idea de una Constitución escrita, donde se proclaman los derechos fundamentales y se ordenan las principales instituciones, abre una nueva etapa en el devenir de las libertades económicas. La relación entre gobierno y constitucional y libertades económicas se manifiesta en la pronta incorporación del derecho de propiedad y la libertad de comercio en las constituciones de la época[355].

---

[351] *Ibíd.*, p. 182. Conviene recordar que "libertad de empresa" es un término contemporáneo.

[352] *Ibíd.*, p. 198.

[353] Si se revisan las premisas smithianas, es posible advertir que ahí se encuentra una justificación para la sobreexplotación de los trabajadores, que dará paso al problema de la cuestión social. Los postulados de SMITH arrancan del análisis de la realidad, y aunque reniegue del iusnaturalismo o la metafísica, también recurre a la "naturalidad" de las relaciones o fenómenos sociales para construir su teoría. Por de pronto, en el caso del trabajo, da la impresión que pone en situación de igualdad a empleadores y trabajadores, en circunstancias en las que este caso es paradigmático en cuanto a diferencia cualitativa de relación.

[354] Sobre esta idea, *Cf.* RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2ª edición, 6ª reimpresión, 2006, pp. 20 – 24. 55 – 61.

[355] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 47.

Al mismo tiempo, ha sido lugar común afirmar que las constituciones liberales eran ajenas a la economía, con un Estado que se caracteriza como no intervencionista[356]. Sin embargo, las Constituciones liberales no fueron ajenas a la economía. Por de pronto, en ellas aparecen cláusulas económicas dedicadas a la Hacienda Pública. Además, y como señala ARAGÓN REYES, desde la perspectiva de la sociedad, indirectamente la Constitución se ocupaba de cómo debía ser una economía: una economía libre, en manos de particulares y sin mayor injerencia de órganos públicos. Esas constituciones no regulaban un modelo económico pero sí lo establecían, manifestándose lo anterior en la opción por la libertad y la privacidad. Se trata de un modelo jurídicamente establecido, pero no jurídicamente regulado, ya que lo propio del modelo consistía en su capacidad autoreguladora[357].

Caracterizando al Estado de la época, se puede afirmar que se proclama formalmente el abstencionismo estatal y se delimitan sus funciones, junto con un fomento de la industrialización y la creación de servicios educativos y asistenciales de puro sostenimiento a los indigentes[358].

Si bien la libertad económica no aparece expresamente proclamada en la Constitución, está presupuesta como corolario necesario de la propiedad privada[359]. El surgimiento de la propiedad privada, que se desvincula del señorío o del gremio para hacerse libre, precisa en todo caso, el desarrollo de ciertas libertades colaterales, específicamente la libertad de comercio y de empresa[360].

En efecto, los anhelos de mayor libertad económica se encuentran implícitos en la Constitución de Cádiz de 1812, que se materializan en el art. 131. 21ª que señala como facultades de las Cortes "promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan", o en la prohibición establecida al Rey de "conceder privilegio exclusivo a persona ni corporación alguna" (art. 172. 9ª). En opinión de GARCÍA VITORIA, en el fortalecimiento de la libertad de empresa fue

[356] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Thomson – Civitas, Madrid, 2006, p. 27.

[357] *Cf.* ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 4.

[358] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema* económico, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24 – 25.

[359] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 28.

[360] *Cf.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española". En: *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 46 – 47.

significativo el art. 354 pues establecía que "no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras…", es decir, esta norma finalista confirma que la integración de mercados regionales formaba parte de los objetivos prioritarios del proyecto liberal[361]. Lo mismo podríamos decir de las Constituciones de 1869 y 1876, que, a propósito de la libertad de los extranjeros para establecerse en el territorio español, decían que éstos pueden ejercer su industria, o dedicarse a cualquiera profesión (arts. 25 y 2º respectivamente).

Conviene recordar que los fundamentos liberales no son exclusivos de este país, sino que son compartidos con el resto del occidente europeo. "Con tonalidades propias en no pocos pasajes de su historia contemporánea, la trayectoria económica de España a lo largo de los dos últimos siglos responde a un patrón general de crecimiento plenamente europeo, compartido por los países de la fachada atlántica como por los de la cuenca mediterránea"[362].

Se puede afirmar que la libertad económica no se perfila adecuadamente en los textos constitucionales. Será la legislación posterior la que consagrará la libertad de industria, la libertad de comercio, la libertad de circulación y la libertad de vender los frutos al precio que les acomode, todo, con el propósito de transformar las relaciones económicas imperantes a la sazón, siendo los decretos de las Cortes gaditanas de 8 de agosto de 1813 los pioneros en la materia[363].

---

[361] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 49.

[362] GARCÍA DELGADO, J.L. – JIMÉNEZ, J.J.: "El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada". En: GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.), *España, economía: ante el siglo XXI*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1999, p. 8.

Si bien ésta es la regla, el siglo XIX también anota como característica un atraso de España en la incorporación al sistema capitalista, como también un atraso en el nivel de bienestar respecto de los países europeos más pujantes, realidad que es compartida con otros países meridionales: Grecia, Italia y Portugal (*Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 29). Es lo que TORTELLA ha llamado "el patrón latino de modernización", que consiste en atrasarse en el siglo XIX y recuperar parte de lo perdido en el siglo XX (*Cf.* TORTELLA, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 5).

Actualmente, desde la perspectiva del desarrollo humano, España se ha puesto a la par con los grandes países europeos. Tanto así que en el Informe del PNUD de 2010, España se ubica en el lugar 20, por encima del Reino Unido (26) o Austria (25) y muy cerca, en datos cualitativos, de Francia, Bélgica o Dinamarca: *Cf.* PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2010*, *op. cit.*, 2009, p. 163.

[363] *Cf.* MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española", *op. cit.*, p. 55. CIDONCHA recoge algunos de estos decretos, *V.g.* 259 y 262 que reconocen la libertad de industria y comercio: *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 30, en nota 12.

En resumen, la libertad de empresa en las Constituciones liberales se caracteriza por encontrarse implícita y desarrollada legislativamente. Además, con un Estado abstencionista, que cuando actúa, lo hace en apoyo a la iniciativa privada o de asistencia a los menesterosos, decorado todo con una visión antropológica individualista y una separación vertical entre Estado y sociedad.

Sin embargo, esta perspectiva comienza a cambiar con la irrupción de un constitucionalismo de corte más social.

El final del siglo XIX y los albores del XX fueron testigos de la crisis del Estado liberal, todo en el marco de una crisis económica que puso en duda la confianza en la libertad económica, dado que la recesión quiebra el optimismo en un crecimiento constante y pone de manifiesto que la economía de mercado alterna fases de prosperidad y depresión[364]. KEYNES advertía que "filósofos y economistas nos dijeron que por diversas y profundas razones la empresa privada sin trabas había promovido el mayor bien para todos"[365]. Sin embargo, se muestra crítico con los excesos del capitalismo. Señala que "el capitalismo, dirigido con sensatez, puede probablemente hacerse más eficiente para alcanzar fines económicos que cualquier sistema alternativo a la vista, pero que en sí mismo es en muchos sentidos extremadamente cuestionable. Nuestro problema es construir una organización social que sea lo más eficiente posible sin contrariar nuestra idea de un modo de vida satisfactorio"[366]. Poniendo en duda las matrices naturalistas con las cuales se construye el capitalismo liberal, propone un reconocimiento de los cuerpos semiautónomos dentro del Estado, cuerpos que en el curso ordinario de los negocios son principalmente autónomos, pero que están sujetos a la soberanía de la democracia[367], es decir, KEYNES relativiza la radical abstención que el liberalismo otorgaba al Estado.

En cuanto al rol del Estado en el sistema capitalista, comienza un proceso de intervención, primero en las relaciones laborales y luego en la economía general, proceso que se inicia en la Primera Guerra Mundial y se consolida tras el término de la Segunda Guerra Mundial. Esta transformación en el Estado y el sistema económico

[364] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, op. cit.,* p. 76.

[365] KEYNES, J.M.: "El final del Laissez – faire" (1926)". Disponible en internet: http://www.eumed.net/cursecon/textos/keynes/final.htm, [citado 30 Noviembre 2010],

[366] *Ibíd.*

[367] *Cf. Ibíd.*

tendrá repercusiones para la Constitución. Si antes no fue necesario regular constitucionalmente el sistema económico, ahora lo será, ya que en un sistema democrático, una economía de mercado intervenida requiere de mayor cantidad de normas dedicadas a él, porque precisa de mayores limitaciones a la libertad que sólo el Derecho podrá imponer[368].

En este proceso de mutación paradigmática, se producen episodios que demuestran la crisis que se atraviesa.

En Europa se transita hacia un estadio de mayor protección social, siendo la Constitución de Weimar ejemplo de aquello. Sin embargo, en otras latitudes, la defensa de las libertades individuales favorece el mantenimiento de un modelo que postula la relación simétrica entre trabajadores y empresarios. Una muestra de esta postura la encontramos en el caso *Lochner versus New York*[369]. Este caso es emblemático, porque el precedente generado será importante para los opositores al *new deal* del Presidente ROOSEVELT, que ven en este programa una intervención estatal más allá de todo límite razonable, produciéndose incluso conflictos entre la Administración y el Tribunal Supremo. La sentencia que supone un cambio de precedente es *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, un caso relativo al salario mínimo, y que autoriza, cuando se cumplen ciertas condiciones, la intervención del Estado en la marcha de la economía y en limitar la esfera de derechos[370].

---

[368] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 32. Cabe anotar, que la participación del Estado en la economía de esos tiempos no fue uniforme. A grandes rasgos, se manifiestan dos modelos de intervención: Estados centralizados, que absorben toda actividad económica, o Estados que regulan la economía y que participan como otro actor más: el Estado social de derecho.

[369] Esta sentencia del TS de EEUU es relativa a una norma del Estado de Nueva York que establecía un máximo de 60 horas semanales para la jornada los trabajadores que elaboraban pan. El razonamiento del Tribunal, con opiniones disidentes, es que si bien es cierto que un trabajo extenso en horario puede generar problemas a la salud, no es menos cierto que ese riesgo está presente en cualquier oficio con larga jornada horaria. La regulación del poder público estaría vulnerando la XIV enmienda que prohíbe a los Estados privar a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad sin las debidas garantías constitucionales, pues prevalece la libertad contractual, por la que las partes, libremente deciden cómo enfrentar su relación laboral. Si el trabajador quiere ganar más dinero, no hay problema en que trabaje la cantidad de horas que estime necesaria: *Cf.* LOCHNER V. NEW YORK, 198 U.S. 45. Decisión de 17 de abril de 1905. La sentencia señala que "*section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution*", es decir, la regulación de una actividad económica por el Estado es irracional, innecesaria y arbitraria, porque entra en la esfera de las libertades de la persona.

[370] *Cf.* WEST COAST HOTEL CO. V. PARRISH, 300 U.S. 379. Decisión, 29 de marzo de 1937.

Esta mutación a un cambio social, se traduce en un nuevo lenguaje constitucional y se manifiesta, entre otras, en la Constitución de Italia (art. 41 inciso 1) o la Ley Fundamental de Bonn (art. 12.1).

Tratándose de España, la Constitución de 1931 regulará por vez primera la intervención del Estado en la economía. Según BASSOLS, esta Carta será "la primera Constitución económica en sentido moderno que ha tenido nuestro país (porque) articula un sistema de equilibrio entre el esquema de la organización económica liberal y las nuevas tendencias intervencionistas de signo socializador y planificador"[371].

Dice el art. 33 de la Constitución de 1931 que "se reconoce la libertad de industria y comercio", agregando "salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes", es decir, libertad, pero limitada. Algo parecido ocurre con el derecho de propiedad. El art. 44 inc. segundo reconoce "la propiedad de toda clase de bienes", pero ésta "podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social". Asimismo, "la propiedad podrá ser socializada" (art. 44 inciso tercero).

Se advierte el cambio de paradigma constitucional. No sólo las disposiciones económicas se afirman positivamente, sino que además se deja atrás la estela de libertad sin límites, dando paso a connotaciones sociales en que el Estado participará activamente en la marcha y regulación de la economía. Como apunta BASSOLS, "estas cláusulas de intervencionismo económico evidenciaban la clara influencia de la Constitución de Weimar… al propio tiempo que significaban la incorporación en el esquema constitucional de los debates y preocupaciones que se venían desarrollando en Europa desde la terminación de la Primera Guerra Mundial"[372].

A la sazón, estas cláusulas en la Constitución de 1931 tuvieron su verificación judicial por el Tribunal de Garantías Constitucionales, instituido por la Constitución, que inaugura la experiencia de justicia constitucional económica[373].

---

[371] BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, p. 55.

[372] *Ibíd.*, p. 55.

[373] *Cf. Ibíd.*, p. 57. Para un análisis de la Justicia Constitucional en esta Constitución, *Cf.* BASSOLS COMA, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pp. 21 – 63.

En sentencias de 5 y 9 de julio de 1935 sobre recursos de amparo en relación a la incautación de semillas y su reparto, señala el Tribunal que "considerando que con arreglo al texto constitucional, la libertad de industria y de comercio tan sólo puede ser limitada por leyes inspiradas en motivos económicos y sociales de interés general" y que "la incautación de la semilla… constituye un acto concreto de la Autoridad

Tras la guerra civil, el período de la dictadura de Franco se caracterizará por un intervencionismo oscilante (en la medida que se adapta a las condiciones económicas nacionales e internacionales)[374].

Un primer momento se caracterizó por un fuerte intervencionismo, pues "se confió más en la dirección política estatal que en la iniciativa privada como estrategia para recuperar la producción nacional"[375], sin perjuicio de que se observa una contradicción entre los principios declarados en las leyes fundamentales y la realidad.

Por de pronto, el Fuero del Trabajo, parágrafo XI, 6 señalaba que "el Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación". En la misma línea, la Ley de principios del Movimiento Nacional, en el parágrafo X señalaba que "la iniciativa privada, (es) fundamento de la actividad económica…". Este período llamado Autarquía, se identifica por un intervencionismo que considera al sistema económico como una unidad económica al servicio de la Patria y por una subordinación de todos los factores de la producción al supremo interés de la Nación (Fuero del Trabajo, XI, 1)[376].

El punto de inflexión de la economía española se da en el año 1959, con la aprobación del Plan de Estabilización y Liberalización y el Decreto – Ley 10/1959 de 21 de julio, de ordenación económica[377]. Con ambos programas se decide liberalizar la

---

gubernativa que infringe las garantías establecidas en el art. 33 de la Constitución" , declara que los actos de incautación decretados por la autoridad gubernativa infringen la libertad de industria y comercio y ordena dejar sin efecto las incautaciones practicadas (*Cf.* BASSOLS COMA, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, *op. cit.*, p. 206). Es decir, toda limitación impuesta a esta libertad que no fuese realizada por norma legal era inconstitucional

Idéntica doctrina mantiene el Tribunal en las sentencias de amparo de 25 de noviembre de 1935 (*Cf. Ibíd.*, fundamentos legales II – IV, pp. 211 – 212) y 17 de marzo de 1936 (*Cf. Ibíd.*, fundamentos legales I y II, p. 217). Por su parte, en sentencia desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad de 2 de julio de 1936, reconocen que la ley puede establecer limitaciones a la libertad de industria y comercio, cuando existan motivos económicos y sociales de interés general, como es el caso recurrido (*Cf. Ibíd.*, fundamento legal tercero, p. 144).

[374] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, pp. 33 – 34.

[375] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 90.

[376] *Cf.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.*, p. 59. La Autarquía en la práctica es un capitalismo dirigido.

[377] *Cf.* Decreto – Ley 10/1959, de 21 de julio (*BOE*, Nº 174, de 22 de julio de 1959).

economía y abrir el sistema económico al exterior, estableciendo medidas dirigidas a frenar la inflación, el déficit público y a liberalizar los mercados interno y externo[378].

Con todo, según BASSOLS, estos cambios en la política económica no estuvieron acompañados de reformas estructurales, sino que sin solución de continuidad se fueron superponiendo, con ajustes parciales, ordenaciones que no aciertan en instaurar un modelo económico coherente, siendo denominador común de este período la presencia de un intervencionismo estatal empírico, desvinculado de presupuestos constitucionales, que fue adaptándose a la realidad conforme ésta se iba desenvolviendo[379].

Aunque es cierto que la economía española a partir de la década de los sesenta comienza a crecer, este crecimiento se basa en el aprovechamiento de unos recursos potenciales que la favorable coyuntura internacional permitía incorporar a los distintos procesos productivos: energía barata, tecnologías accesibles, ampliados flujos de capital (turistas, emigrantes e inversores extranjeros) y mano de obra abundante[380].

Que la economía crezca, según TORTELLA, es prueba de tres cosas. Lo primero, vitalidad e inercia de un proceso de desarrollo que llevaba decenios de impulso. Segundo, las ventajas que otorgan las economías fuertemente intervenidas si están dispuestas a dar un cierto papel al mercado y tercero, la influencia que tuvo la economía internacional, influencia que ni el proteccionismo acérrimo ni los atavismos autarquistas fueron capaces de evitar[381].

Llegado el fin de la dictadura y en un contexto histórico complejo, se abre el espacio para una definición constitucional del orden económico. Simplemente recordar que en este período perviven las experiencias de los socialismos reales, el Estado de Bienestar comienza a dar muestras de fatiga y el impulso de liberalización de las economías está tomando cada vez mayor fuerza. Así, en 1977 comienza la discusión de una nueva Constitución para España.

---

[378] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.,* p. 34; GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.,* p. 91.

[379] BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, *op. cit.,* p. 59.

[380] *Cf.* GARCÍA DELGADO, J.L. – JIMÉNEZ, J.J.: "El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada", *op. cit.,* p. 22.

[381] *Cf.* TORTELLA, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, *op. cit.,* p. 206.

La Constitución de 1978 se elabora en plena crisis económica. Esta crisis tiene implicaciones en la economía, pero también tiene efectos políticos, por lo que gran parte de los sectores de la sociedad aunaron fuerzas y cedieron en sus legítimas aspiraciones en pos del consenso. Un primer paso en este sendero son Los Pactos de la Moncloa, de clara connotación económica y que son fruto del acuerdo entre las fuerzas políticas representadas en el Parlamento.

Como se ha señalado, el primer trabajo para la elaboración de una nueva Constitución estuvo a cargo de la Ponencia Constitucional[382]. El art. 32 del Anteproyecto establecía que "se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada. La ley regulará su ejercicio, de acuerdo con los intereses económicos generales (1). El empresario tiene derecho a establecer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad y a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones expresas que al ejercicio de estos derechos pueda establecer la ley (2)"[383]. A su vez, esta libertad se encontraba en el capítulo II del Título II de la Constitución, por tanto, de conformidad al art. 45.2 se puede recabar la tutela de los derechos a través del recurso de amparo ante el TC[384].

A pesar de algunas objeciones manifestadas desde los partidos de izquierda al primer apartado del art. 32[385], la crítica más contundente de ese sector se dirigió contra el apartado 2º, solicitándose la supresión del apartado o su modificación[386].

---

[382] *Cf.* Capítulo II, Nº 2, letra a), números 3 – 7, de la presente investigación.

[383] BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES, *Anteproyecto de la Constitución*, Nº 44, Madrid, 5 de enero de 1978, p. 675.

[384] *Cf. Ibíd.*, p. 676. Una reflexión a partir del Anteproyecto puede verse en: MARTÍNEZ ESTERUELAS, C.: "El principio de libre iniciativa económica privada en el anteproyecto de Constitución". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 293-318.

[385] *Cf.* SAINZ MORENO, F. (edit.), *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, Enmienda 256, p. 248 (Partido Socialistes de Catalunya) y 344, p. 278 (Partido Socialista del Congreso), que proponen que la iniciativa económica también sea pública, o la enmienda 345, p. 278 (grupo socialista del Congreso) que proponen abrir el ámbito de los intereses: pasar de económicos a generales. Lo anterior, sin perjuicio de la propuesta del diputado de EE, señor LETAMENDÍA, que propone la sustitución del apartado por el siguiente: "la ley regulará el ejercicio de la iniciativa económica, de acuerdo con los intereses generales" (*Cf. Ibíd.*, enmienda 64, p. 167).

[386] Pueden verse las propuestas de enmiendas: *Cf.* SAINZ MORENO, F. (edit.), *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, op. cit.: 64, p. 167 (EE), 257, p. 248 (socialistas de Catalunya), 706, p. 437 (Ramos Camarero, comunista), las que proponen la sustitución del apartado. La 485, p. 326 (Caamaño Bernal y Morodo Leoncio) propone su sustitución por otra de contenido diferente.

Al mismo tiempo, desde sectores de centro se propone añadir el calificativo "social" a la economía de mercado[387].

Desde la perspectiva del trabajo de la Ponencia, se ha sostenido que en un primer momento fue estrategia de UCD 'acorralar' al PSOE, generando un acuerdo lo más amplio posible con la minoría catalana y buscando, al tiempo, una cierta actitud de buena disposición de parte del PCE. Esta estrategia quería provocar que el PSOE, con límites por la derecha y la izquierda, adoptara una actitud más colaboradora y ceder en determinados puntos, a fin de lograr un acuerdo con la UCD[388].

Vista así las cosas, en el Informe de la Ponencia, la UCD impuso su criterio con el apoyo de catalanes y AP, la abstención comunista y la oposición del PSOE. El ahora art. 34.1 señala "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"[389].

Las principales modificaciones en comparación con el Anteproyecto son el reconocimiento expreso de la libertad de empresa, la constitucionalización de la economía de mercado, el encargo a los poderes públicos de la garantía y defensa de la libertad y, por último, se agrega que este defensa también se puede realizar de acuerdo a criterios de planificación. Asimismo, el capítulo II se divide en dos secciones, quedando la libertad de empresa en la 2ª, por lo que se sitúa fuera del alcance del amparo[390].

En este contexto se abre el trabajo de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso.

Enfrentados entre sí los principales partidos, era necesario el regreso al consenso. La ocasión vino dada por el análisis del art. 15, que establecía el derecho a la

---

[387] *Cf. Ibíd.*, enmiendas 451, p. 312 (Güel de Sentmenat, grupo parlamentario mixto) y 779, p. 488 (UCD)

[388] *Cf.* GALLEGO – DÍAZ, S. – CUADRA, B. DE LA, *Crónica secreta de la transición*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 40. Ambos atribuyen esta estrategia a HERRERO DE MIÑÓN.

[389] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, pp. 37 – 38.

En un contexto polarizado se produce el famoso 'portazo' del PSOE, representado por PECES – BARBA. Para el episodio, *Cf.* GALLEGO – DÍAZ, S. – CUADRA, B. DE LA, *Crónica secreta de la transición, op. cit.*, pp. 46 – 51. PECES – BARBA recoge su impresión acerca de esos acontecimientos y explica las razones de su alejamiento de la Ponencia en: PECES – BARBAS MARTÍNEZ, G., *La elaboración de la Constitución de 1978,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 123 – 128.

[390] CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 38.

vida. Desde el PSOE se quería establecer la abolición de la pena de muerte, sin embargo, UCD y AP no aceptaban esta enmienda, especialmente para el caso de delitos en tiempos de guerra, es decir, un problema técnico más que dogmático. El PSOE presenta una propuesta que deja a salvo los delitos cometidos por militares en tiempos de guerra. No obstante, y sin consulta a sus compañeros, el coordinador de UCD rechaza la propuesta. Este hecho, unido a otros (*V.g.* enmienda al art. 17 que suponía la suspensión de ciertos derechos fundamentales) y la amenaza del PSOE de retirarse de los trabajos constitucionales, suponen un viraje en la estrategia seguida por la UCD, habida cuenta del peligro que suponía la marginación del principal partido de oposición y el déficit de legitimidad que aquello podría significar para la futura Constitución, retomándose la senda del consenso[391].

Recompuesto el consenso, el art. 34 recibe un amplio respaldo, tanto en el Congreso como en el Senado, observándose que socialistas y comunistas defienden la economía de mercado ante los ataques de la extrema derecha e izquierda[392]. Frente a este hecho tan particular, se pregunta DE JUAN cómo explicar este fenómeno. Señala que en este caso "estamos ante uno de los compromisos apócrifos de las Cortes Constituyentes. El consenso imposible se logró gracias al uso de una expresión ambigua que cada una de las fuerzas políticas interpretó según la medida de sus necesidades"[393].

Revisada brevemente la historia de esta disposición, surge el desafío de introducirnos en la materialidad del art. 38 de la CE.

1.2. Significado del la expresión "en el marco de una economía de mercado" del artículo 38 de la CE.

Característica principal del mercado es el intercambio a través del mecanismo de precios. Sin embargo, en la Constitución no existe una configuración concreta de cada mercado; en este sentido, la Constitución es marco de intervenciones plurales, reflejo del pluralismo político. Con todo, las intervenciones sobre los mercados no pueden desfigurar su principal característica como instituto: el intercambio. De ahí que

[391] *Cf.* GALLEGO – DÍAZ, S. – CUADRA, B. DE LA, *Crónica secreta de la transición, op. cit.,* pp. 55 – 62.

[392] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.,* p. 137.

[393] *Ibíd.,* p. 137. De la misma opinión MARTÍN RETORTILLO: *Cf.* MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico,* vol. I, Editorial la Ley, Madrid, 1988, p. 152.

la Constitución sea un límite al pluralismo político, ya que si bien el mercado consiente un cierto grado de intervención pública, no habrá mercado cuando la actividad económica del Estado deviene en planificadora[394].

Desde luego, la tendencia actual es que la prestación de servicios de todo tipo se encuentre en manos del sector privado. Tratándose de aquellos servicios más sensibles, éstos quedarán sometidos a regulación, que no tiene por finalidad el control del sistema y sus operadores, sino promover la competencia y proteger los intereses de los usuarios[395]. La apertura a la competencia en estos sectores no da lugar a mercados libres sino regulados. Sectores como la energía, transporte, telecomunicaciones o el sistema financiero estarán siempre regulados, tanto por su importancia social, como por la asimetría de posición entre empresarios y usuarios; la dificultad de crear un mercado abierto y transparente en estos ámbitos así lo exige[396].

Por tanto, a diferencia de lo que ocurría cuando eran los servicios públicos los titulares de la prestación, en la actualidad se estaría produciendo "una verdadera *despublicatio*: las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino de iniciativa privada. Ahora bien, dichas actividades son todavía de *responsabilidad estatal* en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todos sus ciudadanos (servicio universal)"[397].

Junto al intercambio de productos, debe destacarse como propio de una economía de mercado la competencia. Cabe señalar que en todo el articulado de la CE no hay una sola referencia a la competencia, sin embargo, es tan fundamental esta característica, que se podría afirmar que se encuentra implícita[398]. De hecho, en la discusión constituyente se presentaron enmiendas para explicitar la libre competencia, que fueron retiradas[399].

---

[394] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 139.

[395] *Cf.* LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA – MORATO, L. – ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas,* Comenares, Madrid, 2ª edición ampliada, 2003, p. 9.

[396] *Cf. Ibíd.,* p. 11.

[397] *Ibíd.,* p. 14.

[398] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 145. Especial mención merece la nota 27 que recoge literatura que coincide con esta afirmación.

[399] UBALDO NIETO DE ALBA, representante de la UCD, para explicar el retiro de la enmienda 755 señaló: "teniendo en cuenta que la competencia es un elemento esencial de la economía de mercado…, al

Conviene recordar que el análisis del mercado como sistema económico puede ser visto desde una perspectiva ideal, el de la competencia perfecta, pero también como un espacio de intercambio real, competencia imperfecta, que es mejor reflejo de lo que ocurre en las operaciones económicas.

De ahí que algunos analicen el mercado desde la perspectiva de competencia real y posible en un concreto mercado; se trata de un modelo cambiante e integrado por elementos competitivos y monopolísticos, en la que habría otras estructuras de mercado además de la competencia perfecta y en el que se defendería, con límites, una reducción de la competencia a fin de asegurar el desarrollo de la tecnología y el nivel de eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa[400].

Dada la imposición de la facticidad, está quien afirma que "un *mito* ha caído – la afirmación de que la libre competencia debe constituir siempre la regla y el monopolio la excepción – y una *exigencia rigurosamente imperativa* se ha impuesto: cualquiera que sea el tamaño de las empresas y por reducido que sea su número, se debe salvaguardar el clima de rivalidad económica necesaria para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversas ofertas"[401].

Ahora bien, cómo se protege el mercado en la CE. Resulta interesante la distinción propuesta por CIDONCHA quien señala que la protección institucional del mercado opera en dos niveles[402].

El primer nivel es el de la existencia del mercado en general, lo que implica la prohibición de su abolición general y su sustitución por la planificación estatal; la garantía de un campo de acción para el mercado y la justificación normativa del no mercado, es decir, si se sustrae una actividad económica del mercado, una decisión de

---

constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes especiales antimonopolio y *antitrust*, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están *implícitamente* constitucionalizados, por todas estas razones retiramos la enmienda 755 (NIETO DE ALBA, U., *Diario de Sesiones del Senado, Nº* 51, Madrid, 7 de septiembre de 1978, p. 2448).

[400] *Cf.* CALVO CARACAVA, A. L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 263 – 264.

[401] *Ibíd.*, p. 264. La cursiva es de los autores citados.

[402] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 153 – 155.

esa envergadura no sólo elimina el mercado sino también la libertad de empresa, por ello no debe ser una decisión arbitraria y más bien específica y excepcional[403].

El segundo nivel es el del contenido esencial del mercado. La protección institucional implica que allí donde hay mercado, el Estado debe garantizar un espacio de libertad de fijación de las condiciones de intercambio por parte de los privados; y si el Estado interviene, no puede ser de tal envergadura que elimine el contenido esencial del mercado[404].

Ahora bien, en su contexto histórico, la CE fue original en la constitucionalización del mercado[405].

En todo caso, la comprensión del mercado tiene límites, que podríamos clasificar en límites por exceso y por defecto. Por exceso, la CE no permite un sistema de mercado puro, con una economía altamente liberalizada, tanto porque España se constituye en un Estado social, como por el reconocimiento de iniciativa económica para el Estado. Por defecto, no puede desnaturalizarse el mercado, de manera tal, que devenga en una economía planificada y centralizada. Hay intervención de los poderes públicos, pero el corazón del modelo descansa en la iniciativa privada.

Más adelante se profundizará en los límites a la libertad de empresa, pero desde ya adelanto que hay países en que el mercado es el mega regulador de las decisiones económicas. Todas las esferas de la realidad pueden quedar encomendadas al mercado: seguridad social, sanidad, transporte, educación, servicios. Es cierto que la tendencia apunta a la privatización de la economía, con resultados que permiten celebrar la opción que se está desarrollando. Sin embargo, dejar al mercado como único (y legítimo) interlocutor entre economía – derecho – política, no asegura calidad y eficacia en la prestación de servicios a los ciudadanos.

---

[403] *Cf. Ibíd.*, pp. 153 – 154.

[404] *Cf. Ibíd.*, p. 154.

[405] Ya no lo es tanto, puesto que hay otros países que también han consagrado expresamente la economía de mercado en sus Cartas: Constitución de Hungría (1949), art. 9, Constitución de Polonia (1997), art. 20. Conviene recordar que en el caso de Hungría, el vigente texto constitucional es resultado de sucesivas reformas practicadas sobre la base de la redacción originaria de 1949 y representa la consecuencia normativa del tránsito realizado desde un Estado socialista hacia un ordenamiento democrático. Para profundizar este punto, *Cf.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L.: "Breve aproximación a la Constitución de Hungría". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 66, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 149 – 151.

Una mirada a Latinoamérica y su experiencia liberalizante de los años 90' nos permite observar cómo la sustracción de influencia en la economía al Estado puede generar estallidos sociales pero también profundos estallidos económicos[406]. De ahí que resulte fundamental el análisis del contenido esencial de la libertad de empresa, como también de sus límites para no devenir en una anarquía en el ejercicio de la libertad.

1.3. Reconocimiento de la libertad de empresa en la CE.

El art. 38 de la CE señala que "se reconoce la libertad de empresa", en un determinado marco y con algunas condicionantes que armonizan las posturas de las diversas sensibilidades que participaron de la discusión constituyente.

Ahora bien, cuál es su naturaleza jurídica, contenido esencial, objeto y sujeto, entre otras cuestiones, son preguntas de no fácil respuesta y en las que nos detendremos en los apartados que siguen.

1.3.1. Naturaleza jurídica de la libertad de empresa.

Si bien ha habido discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, tanto por la equívoca denominación que el TC otorga a esta libertad, como por la dificultad de dar al término derecho fundamental un sentido único, en la actualidad, la doctrina tiende a otorgar el estatuto de derecho fundamental a la libertad de empresa.

Decimos que el TC ha contribuido lo suyo para generar dificultades en la determinación de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa. Por de pronto, ha sido

---

[406] La realidad latinoamericana es compleja y variada. Sin embargo, los 90' se caracterizaron por la liberalización económica radical y un proceso de desregulación. El resultado final de aquello fueron permanentes quiebras institucionales y económicas. Baste recordar el famoso "corralito" argentino de fines de 2000. Situaciones análogas han sucedido en Bolivia, Ecuador, Paraguay o Venezuela.

Lo que quisiera destacar es el hecho de que la apuesta por la mercantilización de la sociedad no favorece la emergencia de los sectores más pobres ni una optimización en la prestación de servicios. Permítaseme un ejemplo: el sistema de pensiones chileno, basado en capitalización individual: se acaba el fondo, se acaba la pensión. Sobre este punto, *Cf.* CHERESKY, I.: "Comentario a propósito del Estado y la Democracia". En: MARIANI, R. (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, PNUD, Lima, 2007, pp. 179 – 188; SELIGSON, M.: "El Estado, la gobernabilidad, y la legitimidad política en América Latina". En: MARIANI R. (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, PNUD, Lima, 2007, pp. 189 – 200; PNUD, *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 2004, especialmente el apartado "Democracia, pobreza y desigualdad: un triángulo latinoamericano", pp. 38 – 47; PNUD – OEA, *Nuestra democracia*, FCE, México D.F., 2010, pp. 94 – 156.

calificada de 'garantía institucional'[407], 'principio'[408] o 'garantía constitucional'[409]. Además, admite el carácter de derecho a la libertad de empresa[410].

Pero también encontramos dificultades por los distintos usos que la Constitución da al término derechos fundamentales. El Título I de la Constitución denominado "de los derechos y deberes fundamentales", recoge los principios rectores de la política social y económica en su capítulo III. A su vez, el Capítulo IV del mismo Título se llama "de las garantías de las libertades y derechos fundamentales". En este capítulo, el art. 53.3 se refiere al "reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero", o sea, se especifica aún más el carácter de derecho fundamental a los principios del capítulo III.

Vistas así las cosas, la libertad de empresa encuentra fácil acomodo en una noción tan amplia de derechos fundamentales.

Sin embargo, ha habido momentos en que la libertad de empresa no se ha considerado como derecho fundamental, lo anterior por su ubicación en la CE, lo que implica que su desarrollo no precisa ley orgánica, para la reforma de su contenido no se requiere acudir al procedimiento agravado del art. 168 y, lo más importante, no es un derecho protegible en amparo[411].

Desde luego, el hecho de no contar con las garantías que sí cuentan los derechos del capítulo I no quiere decir que pierda su carácter de derecho fundamental.

---

[407] STC 111/1983, de 7 de diciembre de 1983, FJ 10: "la libertad de empresa, *garantía institucional* del modelo de sociedad, se ha violado…". También *Cf.* SSTC 87/1985 de 16 de julio de 1985, FJ 8; 225/1993, de 9 de julio de 1993, FJ 3, B, párrafo 2º.

[408] STC 5/1981 de 13 de febrero de 1981, FJ 8, párrafo 1º: "Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del *principio de libertad de empresa* que también la Constitución (art. 38) consagra" (cursiva nuestra). Puede verse también SSTC 103/1989, de 8 de junio de 1989, FJ 6 b), párrafo 1; 135/1992, de 5 de octubre de 1992, FJ 8, último párrafo.

[409] STC 84/1993, de 8 de marzo de 1993, FJ 2 b, párrafo 2º: "La Constitución, al reconocer la libertad de empresa, se refiere, sin duda, a 'empresas privadas, es decir, a organizaciones que tienen una finalidad de lucro'. Y no cuesta admitir que sería incompatible con tal *garantía constitucional*…".

[410] Si bien la STC 225/1993 establecía para la libertad de empresa el estatuto de garantía institucional, también admite su carácter de derecho: "Sin necesidad de entrar en otras precisiones sobre el contenido del art. 38 C.E., se desprende con claridad tanto un límite negativo como otro positivo del derecho de libertad de empresa; constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial" (FJ 3, B, párrafo 4º). También admite el carácter de derecho la STC 227/2993, de 9 de julio de 1993, FJ 4.

[411] *Cf.* RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución". En: IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 435; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, *op. cit.*, p. 15.

Por de pronto, la diferencia entre ley orgánica y ley ordinaria no es sustantiva sino que adjetiva; la CE, estima que hay materias que por su entidad deben ser aprobadas por una ley que tiene un quórum especial, mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2), mas no se diferencian en el procedimiento nomogenético y en su esencia de ley. En cuanto a la reforma constitucional, supone un formalismo excesivo recurrir a aquello para otorgar fundamentalidad a un derecho, habida cuenta que en la sección 2ª hay importantes derechos sobre los que hay dudas de que sean derechos fundamentales (al trabajo, negociación colectiva, propiedad, etc).

La imposibilidad de recurrir de amparo se presenta como un argumento de mayor peso, ya que puede conducir a sostener que los derechos de la sección 2ª, más que derechos son anhelos o expectativas, nobles y deseables, pero imposibles de estar dotados de garantía reforzada. Sin embargo, el que no se pueda interponer el recurso de amparo no quiere decir que los particulares carecen de acción para reclamar las violaciones a la libertad de empresa, pues aun queda la jurisdicción ordinaria para la tutela del derecho o el mismo TC podrá controlar la constitucionalidad de las leyes por medio del recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1 letra a). Como señala CARMONA CUENCA, el amparo es solo una de las vías de protección de los derechos y de carácter subsidiario ante la insuficiencia de las otras vías que ofrece el ordenamiento jurídico[412].

Por lo tanto, es posible concluir que la libertad de empresa es un derecho fundamental, entendido como mandato de optimización, es decir, su reconocimiento obliga a los poderes públicos a maximizar su vigencia con las limitaciones que impone la necesidad de tener en cuenta que este derecho se desenvuelve con otros derechos (que también son mandatos de optimización) y pueden cumplirse en diverso grado, en la medida que su cumplimiento depende de sus posibilidades reales y jurídicas[413].

Y no sólo eso. Se trata de un derecho creado por la Constitución, lo que supone una triple operación. La primera, es que en cuanto a su alcance y contenido general, vincula a todos los poderes públicos. La segunda, es que sólo por ley se puede regular

[412] *Cf.* CARMONA CUENCA, E., *La crisis del recurso de amparo*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005, pp. 40 – 44.

[413] *Cf.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 67 – 68. En el mismo sentido, *Cf.* DIEZ MORENO, E.: "*Libertad de empresa e iniciativa pública en la actividad económica*". En: *El sistema económico en la Constitución española. XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 226 – 227.

su ejercicio. La última, es que las leyes que regulan su ejercicio deben respetar su contenido esencial[414].

Se ha sostenido que la libertad de empresa, siendo un derecho fundamental, no forma parte de la estructura de la personalidad humana, pues si así fuera, resultaría que sólo un pequeño grupo de personas podrían gozar de las condiciones adecuadas para el desarrollo de su personalidad. Difícilmente puede considerarse un derecho consustancial a la naturaleza humana[415].

Conviene recordar que la libertad de empresa, heredera natural de la libertad de comercio e industria, tiene un origen ilustrado, por lo que es fruto del proceso de emancipación humana. Además, los totalitarismos del siglo XX ponen de manifiesto que la falta de autonomía económica incide negativamente en otras libertades, menguando la capacidad individual para el desarrollo independiente de la vida.

Asimismo, negar que este derecho pueda ser un atributo de la personalidad se basa en un prejuicio que atribuye mayor dignidad al trabajo dependiente que al independiente. Pero también supone un desconocimiento del funcionamiento del sistema económico. Si la población activa española constituye aproximadamente un 50% de la población total, la acusación de la limitada extensión de las condiciones adecuadas para el desarrollo de su personalidad también se podría aplicar al derecho del trabajo. Al mismo tiempo, gran parte de la generación de empleo no está a cargo de empresas dominantes o monopolistas, sino de PYMES, muchas de ellas de carácter familiar[416].

Sin embargo, es razonable la postura que niega a la libertad de empresa una relación con la personalidad, porque este nexo no se da en todos los supuestos. Por ejemplo, el proceso de industrialización trae aparejado el protagonismo a las sociedades capitalistas, lo que tiende a diluir el componente personal en su ejercicio[417].

---

[414] *Cf.* JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 25.

[415] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.,* p. 153.

[416] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO AGUILA REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación". En: MONEREO PÉREZ, J.L et al (dirs.), *Comentario a la Constitución socio – económica de España*, Comares Editorial, Granada, 2002, pp. 360 – 361.

[417] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.,* p. 101. Mucho más se puede decir acerca de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa. Sólo un último comentario. Se podría intentar una clasificación en base a la propuesta de PRIETO SANCHÍS: la libertad de empresa, desde la perspectiva del objeto, es un derecho de libertad (y no de igualdad) que engloba libertades (a diferencia de las que contienen garantías individuales). Desde la perspectiva del modo de ejercicio de la obligación,

Con todo, el art. 38 de la CE consagra un derecho fundamental que cuenta con mecanismos de protección, a saber, reserva de ley y contenido esencial, y también con sujeto y objeto.

Sobre esto último, el reconocimiento de la libertad de empresa en la CE parece remitir a la noción de empresa como actividad: la libertad de empresa es la libertad de actividad económica del empresario.

En todo caso, siendo contenido de esta libertad la actividad económica, no lo es cualquiera[418]. Es especie del género actividad económica, por lo que son notas singulares de la actividad empresarial el que se trate de una actividad continuada y organizada para producir bienes y servicios para el mercado. Si esto es así, sujeto de este derecho será la persona (física o jurídica) que ejerce esa actividad, el empresario. Y el objeto, la empresa orientada al fin de producción[419]. De ahí la necesidad de análisis del sujeto y objeto de la libertad de empresa.

1.3.2. Sujeto activo de la libertad de empresa.

Titular de este derecho es el empresario, es decir, "la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes y servicios para el mercado"[420].

A esta definición cabe agregar algunas consideraciones de carácter general.

En primer lugar, calificar a una persona de empresario implica la sumisión a un determinado estatuto que le coloca en una situación diferente a la de un ciudadano a secas, *V.g.* exigencias de contabilidad, tributación, inscripción en registros, etc[421].

En segundo lugar, empresario puede ser una persona física o jurídica, siendo esta última modalidad la más común en estos días.

---

es un derecho de autonomía (y no de prestación). *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial debate, Madrid, 1990, pp. 126 – 138.

[418] El Anteproyecto en el art. 32.1 señalaba que "se reconoce el derecho a la libre iniciativa económica privada", pero esta redacción fue sustituida por libertad de empresa.

[419] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa, op. cit.,* pp. 218 – 219.

[420] SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, tomo I, Editoriales de Derecho Reunidas, 18ª edición, Madrid, 1995, p. 62.

[421] *Cf. Ibíd.,* pp. 63 – 64.

Lo tercero y decisivo para la determinación jurídica es que el sujeto activo realice una actividad, la empresarial y que se dé a conocer públicamente como titular de la empresa[422].

¿Es el fin de lucro un criterio determinante de la definición de empresa? Cabe recordar que el TC en algún momento sostuvo que empresas privadas sólo son las que tienen una finalidad de lucro[423]. No obstante lo anterior, gran parte de la doctrina mercantilista rechaza que el ánimo de lucro sea un criterio determinante de la empresa[424].

De mantenerse el criterio del TC, fundaciones y sociedades cooperativas quedarían fuera del art. 38. Sin embargo, la Ley 50/2002 de fundaciones[425], permite a estas entidades desarrollar actividades empresariales (art. 24). Y en el caso de las sociedades cooperativas, la ley 27/1999[426], las define en el art. 1.1. como "una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de *actividades empresariales*, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales…". Y estas disposiciones, son constitucionales, y, sobre todo, asumen una realidad, a saber que estas instituciones realizan actividades empresariales no con ánimo de lucrar sino para obtener los fondos necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Otro elemento importante a destacar es la importancia del tamaño de la empresa y la protección constitucional que alcanza a cada una de ellas.

---

[422] *Cf.* GONDRA ROMERO, J.M.: "La estructura jurídica de la empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*, *Nº* 228, Madrid, 1998, p. 534.

[423] STC 49/1988, de 23 de marzo de 1988, FJ 12. Esta sentencia recae sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra disposiciones de la Ley 31/1985, de regulación de normas básicas de las Cajas de Ahorro. La sentencia niega el carácter de empresa a las Cajas por no perseguir un fin de lucro. Sin embargo, en voto particular, DIEZ – PICASO sostiene que el voto mayoritario realiza "una interpretación reductora del art. 38 de la Constitución, entendiendo que tal precepto se refiere 'a empresas privadas', es decir, 'a organizaciones que tienen una finalidad de lucro'. En mi opinión, el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta y lo mismo si tiene o no finalidad de lucro. En definitiva se trata de que existan agentes económicos de carácter privado. Por empresa, en el sentido del art. 38 de la Constitución, hay que entender *toda organización estable de capital y trabajo, que ejercita habitual y profesionalmente actividades de carácter económico, en una economía de mercado*" (Voto particular, párrafo 6. La cursiva es mía).

[424] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa, op. cit.*, p. 220, en nota 27 contiene abundante bibliografía que defiende esta posición.

[425] Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (*BOE, Nº* 310, 27 de diciembre de 2002).

[426] Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (*BOE, Nº* 170, 17 de julio de 1999).

Determinar los conceptos de pequeña, mediana y gran empresa supone una caracterización diferenciada de la libertad de empresa en función del tamaño de la actividad[427].

En definitiva, en relación al tamaño de la empresa, la libertad del art. 38 de la CE reclama un grado de protección acorde con las características de las diferentes empresas. La posibilidad de afectar los intereses de la comunidad son mayores cuando esta libertad es ejercida por grandes sociedades, lo que ha de suponer un margen más amplio de acción para el legislador. Al contrario, los límites que se establezcan a las pequeñas empresas pueden ser menores (respetando los mínimos establecidos por el derecho) e incluso generando políticas de estímulo a la iniciativa privada, en la medida que las PYMES son fuente importante de generación de empleo e innovación[428].

En relación a la nacionalidad del sujeto activo de la libertad de empresa, es necesario revisar el estatuto del extranjero.

Dice el art. 13.1 de la CE que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

Frente a esta norma, lo primero que se debe señalar es que la expresión "libertades públicas" debe entenderse en sentido amplio, es decir, los extranjeros, en principio, gozan de los mismos derechos que los nacionales en relación a deberes y derechos fundamentales.

Lo segundo es el equívoco a que podría conducir la referencia a tratados y ley. Esta disposición no significa que los extranjeros, a diferencia de los españoles, sólo cuentan con derechos en la medida que estos se desarrollan por tratados o leyes. No es

---

[427] Por ejemplo, la ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (*BOE*, Nº 269, 10 de noviembre de 1995), señala en el art. 38 que si el centro cuenta con 50 ó más trabajadores, estarán obligados a constituir un Comité de Seguridad y Salud. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*BOE*, Nº 71, de 23 de marzo de 2007), en el art. 45 establece la elaboración y aplicación de los planes de igualdad. Dice el Nº 2 que "en el caso de las *empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores*, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo…".

Por su parte, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE*, Nº 159, 4 julio de 2007) considera en el art. 2 el concepto de posición de dominio. Este concepto jurídico implica la capacidad de la empresa para comportarse con independencia de los competidores, proveedores y consumidores e imponer condiciones de transacción de forma más rentable a sus objetivos. Y esta es una conducta que es muy propia de grandes empresas con poder de mercado.

[428] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?, op. cit.*, p. 125.

la interpretación adecuada, porque antes que cualquier distinción, el extranjero es persona y, en cuanto tal, digna, con derechos inviolables que favorecen el desarrollo libre de su personalidad (art. 10)[429].

En todo caso, es cierto que españoles y extranjeros no se encuentran en idéntica situación. Por ello resulta útil la clasificación que al respecto ha elaborado el TC: "a. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; b. Existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; c. Existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio"[430].

Serán del primer tipo (letra a) aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de la CE, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, y no es posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles[431].

Serán del segundo tipo (letra b) aquellos que la misma Constitución excluye a los extranjeros: los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que la misma disposición establece.

Del tercer tipo (letra c) serán aquellos derechos fundamentales en que tratados y leyes establecen diferencias entre españoles y extranjeros. En este caso, se trata de derechos cuyo ejercicio depende del desarrollo que haga el legislador. Ahora bien, cumplidos los requisitos que establece la ley para ejercer el derecho por parte del extranjero, éste se encuentra en un plano de igualdad con el español. Ejemplos de estos

[429] *Cf.* STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984, FJ 3 – 4.

[430] *Cf. Ibíd.,* FJ 4.

[431] *Cf. Ibíd.,* FJ 3.

derechos son el derecho al trabajo[432], derechos de reunión y asociación[433] o las libertades de circulación y residencia[434].

Tratándose de la libertad de empresa, podría decirse que este derecho no es manifestación inmediata de la dignidad humana, sino que se encuentra dentro de los derechos fundamentales que pertenecen a los extranjeros en la medida que lo dispongan los tratados y las leyes[435]. Por de pronto, en la Ley Orgánica 4/2000[436], si bien en el Título I relativo a derechos y libertades de los extranjeros no hay referencia al derecho establecido en el art. 38 de la CE, en el Título II, que establece el régimen jurídico de los extranjeros, se exige en los arts. 36 y 37 ciertas autorizaciones para la realización de actividades lucrativas o trabajos por cuenta propia.

Asimismo, la legislación española conserva algunas restricciones al ejercicio de actividades económicas por extranjeros[437].

Con todo, en el contexto de globalización en el que estamos inmersos, no sería de extrañar que los requisitos relativos a nacionalidad tiendan a ser relativizados, poniendo el acento regulador en aspectos más propios del servicio que se está prestando o el bien producido que en la nacionalidad del agente.

1.3.3. Objeto de la libertad de empresa.

Objeto de la libertad de empresa es la empresa, entendida como una actividad del empresario.

Esta actividad presentaría las siguientes notas distintivas: es una actividad profesional (habitual, no ocasional y sistemática), económica, (que se realiza con

---

[432] *Cf. Ibíd.,* FJ 4.

[433] *Cf.* STC 115/1987, de 7 de julio de 1987, FJ 3 – 4.

[434] *Cf.* SSTC 94/1993, de 22 de marzo de 1993, FJ 3 – 6; 86/1996, de 21 de mayo de 1996, FJ 11 – 13; 169/2002, de 16 de julio de 2002, FJ9 – 11.

[435] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.,* p. 230.

[436] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE*, Nº 10, 12 de enero de 2000).

[437]La Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico (*BOE*, Nº 285, 28 de noviembre de 1997) establece ciertas regulaciones en atención a la nacionalidad de los contratantes, *V.g.* el art. 13.5 establece que "los intercambios de energía eléctrica a través de las interconexiones con países no pertenecientes a la Unión Europea estarán… sometidos a autorización administrativa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio".

método económico, procurando, al menos, el equilibrio entre costes e ingresos), organizada (se excluye a quienes realizan actividades económicas sin estructura organizativa), desarrollada en nombre propio (se excluye el trabajo dependiente) y dirigida a producir bienes y servicios para el mercado[438].

No obstante, y ante la diversidad de definiciones y características que se atribuyen a la empresa, a fin de cuentas será el intérprete del art. 38 quien deberá completar o corregir el objeto del derecho. Por ejemplo, en algunos casos, la nota de profesionalidad puede ser relevante cuando se quiere dotar de un régimen especial a los actos jurídicos en los que intervienen determinados sujetos que están especializados en el tráfico mercantil; sin embargo, en algunos casos, es la actividad económica misma lo que resulta relevante y debe ser protegida, especialmente cuando se trata de iniciativas empresariales pequeñas y temporales (*V.g.* un "chiringuito" en el verano)[439].

Ahora bien, la libertad de empresa protegida en el art. 38 es una actividad genérica, pero hay otras normas de la CE que también protegen la actividad empresarial. Es el caso de las empresas del mundo educativo (art. 27) o las empresas de comunicación social (art. 20).

Tratándose de los centros de enseñanza, dice el art. 27.6 CE que "se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales".

Esta disposición reconoce el derecho a la creación de centros docentes. Dada la ubicación del artículo, sección primera del capítulo segundo, el derecho a la creación de centros goza de la tutela del recurso de amparo. Además, se garantiza su apertura y también el respeto al ideario educativo propio que se quiera establecer por el centro, y así lo ha resuelto el TC[440].

---

[438] *Cf.* ROJO, A.: "El empresario". En: MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, Thomson – Civitas, Madrid, 6ª edición, 2008, pp. 44 - 46. En similar sentido, *Cf.* URIA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 28ª edición, Madrid – Barcelona, 2002, pp. 35 – 36.

En derecho comunitario se propone una definición de empresa más amplia: *Cf.* 2003/361/CE, Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (*Diario Oficial de la Unión Europea*, de 20 de mayo de 2003, pp. L 124/36 - L 124/41), que en su art. 1 señala que "se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica".

[439] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 145.

[440] *Cf.* STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981: "el derecho que el art. 34 de la L.O.E.C.E. reconoce a los titulares de los centros privados para 'establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución', forma parte de *la libertad de creación de centros*, en

Con todo, una cosa es la creación de centros pero, ¿qué ocurre con el ejercicio de la actividad privada de enseñanza? En este caso, se relacionan derecho a la libertad de empresa y libertad de enseñanza e incluso, "puede suceder que limitaciones a la libertad de los titulares de centros educativos, por ejemplo, no afecten a su derecho a la educación y sí a su derecho a la libertad de empresa (p. ej., el derecho a despedir a personal no docente; la imposición de obligaciones específicas de contabilidad, la imposición de obligaciones es espacio o de instalaciones)"[441]. Se trata de un tema en que la conexión se debe realizar a partir de los casos concretos.

En relación a los medios de comunicación social, si bien la Constitución no garantiza en el art. 20 de la CE la libertad de creación de empresas de comunicación social, el TC ha señalado que el derecho a difundir ideas y opiniones comprende el derecho a crear los medios efectivos a través de los cuales la difusión se hace posible[442].

No obstante, el TC, al vincular la creación de empresas informativas con el art. 20 más que con el art. 38, lo hace, entre otras razones, por la influencia de los medios en

---

cuanto equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra" (FJ 8, párrafo 1. La cursiva es mía).

[441] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 372.

Así también parece entenderlo el TC. En la STC 77/1985, de 27 de junio de 1985, que resuelve un recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE). Uno de los motivos del recurso se funda en que el art. 49.3 del proyecto infringe el art. 14, en relación con los arts. 38 y 27.1 y 6 de la CE., en cuanto en aquél se articula un sistema de financiación que hace inaccesible la ayuda pública para todas las empresas educativas privadas organizadas al amparo del Código de Comercio. Sobre el punto, dice el TC que "con respecto a la vulneración de lo previsto en los apartados 1 y 6 del art. 27 de la C.E…, de los que resulta un reconocimiento de la libertad de enseñanza y -como una de sus manifestaciones- de la libertad de creación de Centros docentes, la regulación de un módulo económico para los Centros concertados no coarta ni limita esa libertad, sino que, más bien al contrario, contribuye a crear un mecanismo que favorece su ejercicio, puesto que se ofrece a quienes crean Centros docentes privados de enseñanza básica la posibilidad de optar por una financiación pública, sin que se impida, por otro lado, que se mantengan al margen del régimen de conciertos, si así lo prefiriesen. Por análogas razones no resulta que el art. 49.3 de la LODE vulnere la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la C.E., pues la creación de empresas educativas resultaría, por el contrario, favorecida por la posibilidad de opción para acogerse o no al régimen de conciertos" (FJ 12, último párrafo).

[442] *Cf.* STC 12/1982, de 31 de marzo de 1982: "No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de *crear los medios* materiales a través de los cuales la difusión se hace posible" (FJ 3, párrafo 3º. La cursiva es mía).

La misma idea recogen las SSTC 181/1990, de 15 de noviembre de 1990, FJ 3, párrafo 3º; 206/1990, de 17 de diciembre de 1990, FJ 6, párrafo 1º); 31/1995, de 31 de enero de 1995, FJ 5, párrafo 2º); 127/1994, de 9 de mayo de 1994, FJ4, letra b, párrafo 1º).

la opinión pública, su cooperación con el sistema educativo, así como también porque se trata de empresas que contribuyen a la igualdad y libertad reales[443]. De ahí que la actividad de los medios de comunicación social esté sujeta a una buena dosis de regulación, especialmente la radio y la televisión.

En todo caso, a partir de la sentencia *Informationsverein Lentia* y otros contra Austria de 24 de noviembre de 1993, el TEDH considera que gracias a los avances técnicos, las restricciones a este sector no pueden fundarse en consideraciones vinculadas al número de frecuencias y de canales disponibles. Además, con la televisión por cable (y hoy por satélite) se multiplican las emisiones de diferentes operadores, por lo que las extremas limitaciones estatales al ámbito de la radio y Televisión ya no son necesarias en una sociedad democrática[444].

1.3.4. La reserva de ley para la libertad de empresa.

Dice el art. 53.1 de la CE que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley…, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades". Es decir, la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales está reservada a la ley, y estando ubicada la libertad de empresa dentro de las normas del Capítulo II, Título I de la CE, el ejercicio de este derecho debe ser regulado por ley.

Transparente y sencilla resulta esta afirmación que, sin embargo, no está exenta de problemas interpretativos.

La noción 'reserva de ley' es la alternativa germánica del principio de legalidad: hay materias reservadas a la ley porque hay otras en que la potestad reglamentaria puede operar libremente[445].

---

[443] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit*, p. 153.

[444] *Cf.* FREIXES SANJUAN, T.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 494 – 495. En ese caso, los recurrentes se quejan de no poder crear y explotar cada uno una estación de radio, ya que la legislación austríaca instaura un monopolio de radiodifusión.

Se podría profundizar más sobre de la necesidad de mayor regulación o liberalidad para estas empresas, sin embargo, sólo quiero subrayar la tensión que se produce entre libertad de expresión – libertad de empresa, entre otras razones, porque la libertad de expresión es una de las libertades más apreciadas en el sistema democrático.

[445] *Cf.* RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución", *op. cit.*, p. 437.

Sin embargo, la CE, junto con establecer la reserva de ley, también consagra el principio de legalidad (art. 9.1). Por lo mismo, no sería una interpretación correcta sostener que sobre las materias no expresamente reservadas a la ley el reglamento puede moverse con libertad, toda vez que sí está presente en la Constitución el principio de legalidad. En el caso de las materias reservadas a la ley, de caber remisión, la ley que reenvía ha de contener todas las determinaciones esenciales y el reglamento sólo podrá complementar las cuestiones técnicas o la precisión de detalles, pero sin alterar el régimen de derechos u obligaciones resultantes de la ley. Por ende, tratándose de la libertad de empresa, el reglamento sólo podrá regular cuestiones secundarias[446].

En el caso de la reserva de ley cabe realizar una doble consideración.

Por un lado es necesario revisar el estatuto de la ley desde una perspectiva formal (a qué nos referimos cuando hablamos de ley) y, por otro, conviene justificar la sustracción de la regulación del ejercicio de la libertad de empresa a la ley: en que se funda su *ratio*.

Desde luego, cuando la Constitución señala la reserva de ley, ¿a qué 'tipo' de ley se refiere?, toda vez que el art. 81.1 señala que el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas deber ser regulados por ley orgánica. ¿Es ese el caso de la libertad de empresa? Al parecer no, pues la reserva por ley orgánica se refiere más bien a los derechos establecidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I. Por consiguiente, sólo el desarrollo normativo de los artículos 15 a 29 queda incluido en el ámbito de la ley orgánica[447].

Tratándose de los Decretos - Leyes, dice el art. 86.1 que en caso de extraordinaria y urgente necesidad el Gobierno los puede dictar, con tal de "no afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I". ¿Es posible, entonces, por medio de Decretos Leyes regular la libertad de empresa? En principio y dada la literalidad de la norma, parece que no le está permitido al Ejecutivo actuar en la esfera de la libertad

[446] *Cf. Ibíd.,* pp. 437 – 438.

[447] *Cf.* LAMARCA PÉREZ, C.: "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 20, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, p. 123; PRIETO SANCHÍS, L.: "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 62, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 132; RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución", *op. cit.,* p. 438.

de empresa mediante este tipo de instrumentos normativos. Sin embargo, cabe relativizar esta afirmación.

Para empezar, *ex post* el Decreto Ley debe ser revisado por el Parlamento, sea convalidando o derogando (art. 86.2), lo que supone una intervención legislativa (y deliberativa).

Lo problemático es la afirmación referida a la no afectación de derechos y libertades de los ciudadanos. Se podría señalar que la limitación opera respecto de los derechos contenidos en la sección 1ª del capítulo II del Título I, por su importancia y porque son los más sensibles frente a abusos o arbitrariedades, pero sobre todo porque conectando la libertad de empresa con otras normas de la Constitución que autorizan la intervención estatal en la economía, con tal que exista un fundado y razonable interés, nada obsta a que esa actuación ejecutiva se realice bajo la modalidad de un decreto ley. En todo caso, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este punto, aceptando una limitación de la libertad de empresa por medio de esta fuente legal[448].

Tratándose de las leyes autonómicas, ¿la reserva de ley exige que ésta sea ley estatal o también es posible la regulación del ejercicio de la libertad de empresa por ley de Comunidad Autónoma?

Muy prematuramente el TC tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este punto[449]. En esa sentencia el TC ha estimado que la ley autonómica es constitucional cuando no afecte las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio de esa libertad, por lo que el ámbito de acción para el legislador autonómico

[448] STC 111/1983, de 7 de diciembre de 1983, FJ 10: "Otro de los motivos de impugnación, es el que invocando los arts. 38 y 128.2, en inmediata relación con el art. 86.1, acusa que la libertad de empresa, garantía institucional del modelo de sociedad, se ha violado porque está reservada a la Ley con prohibición del Decreto-ley. Cierto que el primero de los citados preceptos constitucionales en muy directa conexión con otros de la misma CE y muy directamente con los arts. 128 y 131, vienen a configurar unos límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al establecer o adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. Pero ni se ha operado aquí una actuación pública de sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios, por cuanto se trata de actuación expropiatoria que recayendo, en definitiva, sobre empresas diversas, pasan a titularidad pública, con la previsión, además, de su posible reprivatización, actuando mientras tanto la Administración como empresaria, dentro del marco de la economía de mercado, ni la intervención de empresas, figura contemplada en el art. 128.2, y legitimada constitucionalmente cuando así lo exigiere el interés general, esta impedida a la acción del Decreto-ley. La expresión 'mediante ley', además de ser comprensiva de Leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la Ley singularizada de intervención que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal".

[449] STC 37/1981, de 16 de noviembre de 198, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra la ley 3/1981 del Parlamento vasco sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías.

es amplio, principalmente para hacer efectivas y eficaces las potestades legislativas autonómicas, pues muchas de ellas tienen relación con derechos constitucionales y, cómo no, con la libertad de empresa[450].

Por qué se reserva al Parlamento la regulación de la libre empresa.

La ley desempeña un papel necesario en relación a los derechos fundamentales. Por un lado, la ley cumple una función positiva, ya que éstos sólo adquieren plenitud cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio. Por otro, la ley realiza la función de preservar el pluralismo político, pluralismo que se ha de garantizar incluso en materia de derechos[451]. El mismo TC se ha encargado de reafirmar la importancia de la reserva en estas materias: "su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo"[452]. Al mismo tiempo, constituye una protección de los ciudadanos frente a un eventual uso abusivo y arbitrario de las potestades públicas[453].

Además, un exceso de regulación por parte de la Administración del Estado conlleva el riesgo de debilitar los mecanismos de responsabilidad política, puesto que cuando actúa el órgano legislativo, la ciudadanía conoce a quienes deliberan y puede reaccionar ante aquellas decisiones que pueden resultarles perjudiciales, ya sea mediante el castigo en el proceso electoral o en la solicitud de que se haga efectiva la responsabilidad política. Estos mecanismos de control se diluyen tratándose de la

[450] "Si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.1 hubiera de ser Ley del Estado, carecería de todo sentido que el art. 149.1.1 reservase a la competencia exclusiva del la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales…, una interpretación de este género vendrá casi a vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, pues son muchas las materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes garantizados por la Constitución" (*Ibíd.*,, FJ 2, párrafo 6º).

[451] *Cf.* ARAGÓN REYES, M.: "Constitución y derechos fundamentales". En: *Quaderns de Treball*, Nº 2, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1994, pp. 19 – 20.

[452] STC 83/1984, de 24 de julio de 1984, FJ 2, párrafo 3º.

[453] Hay dos temas que se relacionan: por un lado la defensa del espacio deliberativo por excelencia que es el Parlamento, pero también, como herencia del liberalismo decimonónico, aparece la protección frente a eventuales arbitrariedades por parte de la Administración. Con todo, la actuación de la Administración en estas materias es indispensable, principalmente en aquellas esferas de complejidad técnica, en que su operatividad no puede estar a cargo sino de un órgano del Ejecutivo.

Administración, puesto que favorece la invisibilidad de la adopción de decisiones. De ahí la necesidad que ésta también opere con criterios de transparencia y probidad[454].

Sin embargo, reconociendo la importancia de la reserva legal, esto no quiere decir que todas las esferas de la libertad de empresa se encuentran sustraídas a la actividad de normas infralegales. Ya apuntaba que la ley debe contener los elementos esenciales y condiciones generales del ejercicio del derecho, pudiendo el reglamento ser un eficaz colaborador y es ese el sentido en el que se ha pronunciado el TC[455]. De ahí que el tema de la reserva legal deba ser racionalizado y relativizado, en el sentido de encontrar la correcta conexión entre ambas fuentes, lo que supone el análisis de los casos en que se produce el conflicto.

1.3.5. Contenido esencial de la libertad de empresa.

Tratar sobre el contenido esencial de un derecho fundamental no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse. Tan es así, que echando un vistazo a la historia es posible advertir que la comprensión que se ha tenido sobre ellos no es la misma ayer que hoy y, baste pensar en uno concreto para verificar la mutación que ellos sufren.

---

[454] Una interesante reflexión sobre el desplazamiento decisional desde el Legislativo al Ejecutivo la encontramos en GALGANO, F., *La Instituciones de la economía capitalista*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990, pp. 60 – 65. Podría agregarse, en defensa de la actuación del Parlamento, que las decisiones de la Administración se hacen con ausencia de publicidad y participación de oposición política, elementos fundamentales en una sociedad democrática

[455] STC 83/1984, de 24 de julio de 1984, FJ 4, párrafos 3º y 4º: "El principio (de la reserva legal) no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Y este criterio aparece contradicho con evidencia mediante cláusulas legales en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Sin embargo, a pesar de las mutaciones históricas, ¿queda un espacio indisponible? ¿Es la esencia de los derechos una categoría supra espacio/temporal? Eso es lo que trataremos de analizar y en específico, el caso de la libertad de empresa.

La reserva de ley es la garantía formal de la libertad de empresa. La garantía material es la que resulta de la prohibición que impone la Constitución al legislador de afectar el contenido esencial del derecho (art. 53.1). La cláusula 'contenido esencial' es ejemplo paradigmático de cláusula abierta y, la determinación de su contenido ha sido analizado por la doctrina desde diversas perspectivas, principalmente con una corriente absoluta y otra relativa.

En una temprana sentencia de 1981 el TC abordó esta cuestión, declarando que constituye el contenido esencial de un derecho "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo… (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales"[456].

A pesar de lo rotundo de las palabras, poco podemos deducir de esta definición, porque, cuáles son aquellos elementos pertinentes que permiten reconocer al derecho como perteneciente a un tipo o cuáles son las condiciones que favorecen su comprensión. Dado que el problema no es de fácil análisis, urge detenerse, en un primer momento, en los enfoques generales acerca del contenido esencial de los derechos.

Como es sabido, al interpretar esta cláusula pugnan dos posiciones: las teorías relativa y absoluta.

La primera identifica contenido esencial con la exigencia de justificación de una limitación: contenido esencial sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima[457]. ALEXY, para este caso, identifica el contenido esencial con lo que queda tras la ponderación, es decir, las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial, por lo que esta garantía se reduce al principio de proporcionalidad[458].

[456] STC 11/1981 de 8 de abril de 1981, FJ 8, párrafo 1º.

[457] *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades". En: *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 8, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, p. 438.

[458] *Cf.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 259.

El principio de proporcionalidad consta de tres elementos: el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende. En resumidas cuentas, el contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos[459].

La segunda, sostiene la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso: contenido esencial sería una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate[460].

Tratándose de las teorías absolutas, no existe una sola postura, pero es característica en ellas la distinción para cada derecho de dos partes: un núcleo y una parte accesoria. Tratándose del núcleo, las limitaciones no son posibles porque se trata

---

[459] *Cf.* MARTÍNEZ – PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 21 – 22.

Para el principio de proporcionalidad, y sin que la lista de obras sea exhaustiva, *Cf.* SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: un análisis jurídico desde el derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007; GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003; FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; VIDAL FUEYO, C.: "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, año 11, Fundación Konrad Adenauer – Stiftung, Berlín, 2005, pp. 427 – 447.

[460] *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades", *op. cit.*, p. 438; ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 259. El mismo PRIETO dice que "la tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes. La idea central consiste en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad 'externas' o 'ajenas' al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la 'libertad natural', pero no la 'libertad jurídica', cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etc" (PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades", *op. cit.*, p. 433.

del contenido esencial, permitiéndose las restricciones en el anillo exterior o accesorio, siempre y cuando éstas no sean arbitrarias[461].

Ahora bien, el problema que presenta la cláusula es que no se trata sólo de un concepto indeterminado, sino que también puede llegar a ser un concepto impredecible, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo esencial que tiene un derecho fundamental. Si esto es así, sólo en el momento del concreto juicio por el TC se podrá determinar si aquello que se presenta como derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión[462].

En todo caso, parece que es mayoritaria la doctrina y jurisprudencia que acoge la concepción relativa[463], especialmente porque se trata de una teoría más realista, honesta y convincente justificar el no otorgamiento de protección a un derecho fundamental aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta, que cuando se afirma que no se protege la conducta de que se trate porque no forma parte del derecho[464].

Con todo, a pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y pueda suponer el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del 'contenido adjetivo' debería

---

[461] *Cf.* MARTÍNEZ – PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 22 – 23.

[462] *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades", *op. cit.*, p. 439.

[463] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 398.

PRIETO cree que el TC ha hecho un uso prudente de la idea de contenido esencial y, lejos de enarbolarlo como un criterio autónomo y absoluto de control de la ley, parece haber observado una tendencia relativizadora, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente (*Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades", *op. cit.*, p. 440).

[464] *Cf.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 284 – 285.

reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada[465]. Veremos qué resulta de esta polémica para el caso de la libertad de empresa.

Si la cláusula 'contenido esencial' es de difícil determinación para los derechos fundamentales, no es distinto el panorama tratándose de este derecho y también colisionan las teorías absoluta y relativa.

Una consideración previa. La reflexión sobre el contenido esencial de un derecho fundamental supone un análisis de la razonabilidad de sus límites, es decir, revisar si hay un espacio sujeto a limitación, o si éstos son pertinentes, cuáles son las condiciones que lo permiten. Y esa dialéctica se presenta en el caso de la libertad de empresa, habida cuenta del importante rol que cabe al Estado como agente económico.

Por un lado, se encuentran aquellos que defienden para la libertad de empresa un contenido irreductible, inmune a toda limitación. Se reconoce que es tarea difícil, pero no renuncian a presentar un contenido absoluto para la libertad de empresa. En esta situación aparecen RUBIO LLORENTE[466], ARAGÓN REYES[467] y ARROYO JIMÉNEZ.

---

[465] *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades", *op. cit.*, p. 438.

[466] *Cf.* RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución", op. cit, pp. 440 – 445.

Este autor, ante la dificultad de fijar un contenido esencial para la libertad de empresa asocia este derecho a la igualdad: "la libertad de empresa conlleva así, asociada con la unidad del mercado, una particular aplicación del principio de igualdad, la necesidad de que todas las empresas disfruten del mismo grado de libertad en razón de la clase a la que pertenecen. No que todas las empresas tengan el mismo grado de libertad, pero sí que ésta sea igual para todas las que se dedican al mismo género de actividad, de manera que todas ellas sean jurídicamente iguales en el mercado" (p. 445).

Esta posición ha sido muy criticada, principalmente porque resta autonomía a la libertad de empresa, reduciéndolo a la igualdad: *Cf.* ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 154; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, *op. cit.*, pp. 21 – 25; PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 395.

[467] ARAGÓN proporciona algunos elementos para determinar el contenido esencial. Parte de la distinción entre la facultad de iniciar, desarrollar y abandonar una actividad empresarial y frente a cada una de ellas señala un reducto infranqueable: "en cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también ese reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía en la dirección de su empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública" (*Cf.* ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, *op. cit.*, p. 33). Al parecer, la STC 225/1993, de 8 de julio de 1993, FJ 3 letra b es de esta opinión.

Las críticas a esta opinión apuntan a la dificultad en la determinación de los mínimos de esencialidad, dado que en función del tipo de actividad, hasta la más intensa de las injerencias puede resultar legítima (*Cf.* ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos* habilitantes, *op. cit.*, pp. 156 – 157; PAZ – ARES, C. –

En el caso de ARROYO JIMÉNEZ, expresamente se adscribe a la teoría absoluta[468], sin embargo, se muestra crítico con otras posiciones absolutas. Identifica el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa con el mandato dirigido a los poderes públicos de reconocer el marco de la economía de mercado, de modo que su contenido esencial "se concreta en el derecho individual a afrontar libremente aquellas actividades económicas cuya configuración como actividades de titularidad o de estricta regulación públicas, por implicar una transformación del modelo económico constitucional, resultaría contrario al contenido esencial"[469].

Claro está, libertad de empresa no puede entenderse sin mercado, por lo que identificar el contenido esencial de este derecho con el mantenimiento de la economía de mercado y la imposibilidad de un cambio de modelo económico, es aportar muy poco, porque la misma institucionalización del mercado en la CE implica la imposibilidad de su mutación. Tal vez, en un anhelo por defender la teoría absoluta, este autor se empeña por encontrar un reducto intocable, sin embargo, apostar por el respeto al modelo económico de mercado es insuficiente como contenido esencial de la libertad de empresa, habida consideración que el instituto 'mercado' ya está protegido constitucionalmente.

A mí entender, a pesar del notable esfuerzo que realizan los autores por encontrar un espacio intocable para la libertad de empresa, se podría sostener que la respuesta adecuada a esta cuestión está dada por la propuesta de la teoría relativa.

Como señalan PAZ – ARES Y ALFARO, parece inútil el esfuerzo por tratar de delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. "La desazón proviene del hecho de que, por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa, siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito"[470].

ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.,* p. 394.

[468] *Cf.* ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos* habilitantes, *op. cit.,* p. 119.

[469] *Cf. Ibíd.,* p. 157.

[470] PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.,* p. 394.

Por ello la teoría de la proporcionalidad es una respuesta adecuada a esta problemática. Como señalé en otra parte de este trabajo, la proporcionalidad exige el cumplimiento de tres condiciones: que la medida sea necesaria, adecuada y proporcionada. Hecho ese análisis y cumplidas las condiciones, en ese momento, y atendido el caso concreto, podría estimarse que la norma legal es constitucional porque respeta el contenido esencial de la libertad de empresa.

La libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo[471].

Asimismo, lo particular de la libertad de empresa es que el constituyente habría delimitado el derecho no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas como 'interés general', 'exigencias de la economía general' o la 'planificación', por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a las cláusulas generales y sociales. A fin de cuentas, la gran mayoría de las tareas que justifican la calificación del Estado como social otorgan títulos de intervención en la actividad económica privada[472].

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe trata de arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, entre los que destaca la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración del ámbito de aplicación[473].

Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de

[471] Y así la ha afirmado el TC en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa: STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987: "desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de *deberes positivos* a su titular…" (FJ 5, párrafo 8º. Cursivas son mías); "(la) libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa" (FJ 5, último párrafo).

[472] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, pp. 399 – 400.

[473] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 195.

proporcionalidad. Ahora bien, la complejidad del mundo económico impide dar soluciones *a priori* sobre los resultados de la ponderación, ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida, *V.g.* no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista.

Por tanto, siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado de la ponderación de las medidas restrictivas, que deben cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad y, como señala ALEXY, que el fin perseguido debe ser digno de la limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto[474].

1.3.6. La libertad de empresa y su relación con otros derechos.

Libertad de empresa y derecho del trabajo. Tanto una como otro merecen protección constitucional, sin perjuicio de que desde la perspectiva de los mandatos de protección, la Constitución pueda exigir un importante nivel de intervención del Estado para asegurar los derechos de los trabajadores frente al empresario.

No obstante, frente a una prohibición de desarrollar actividades económicas profesionales, en principio esa limitación debería operar en esferas de trabajo dependiente o independiente, porque la prohibición es la misma para ambos casos, ya que normalmente se trata de actividades dañinas socialmente. Si la realización de una actividad económica por particulares no está prohibida expresamente, habrá que entender que los particulares son libres de ejercerla en forma de trabajo dependiente o como empresa[475].

Libertad de empresa y derecho de propiedad. No cabe duda la relación que existe entre derecho de propiedad y libertad de empresa. Incluso algún autor ha señalado que la libertad de empresa "no es sino la expresión dinámica del derecho de

[474] *Cf.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 72.

[475] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 366. Conviene recordar que hay algunas actividades económicas que sólo pueden realizarse como actividades empresariales, y por personas jurídicas, *V.g.* la banca, seguros, etc.

propiedad"[476], es decir, se trata de un fenómeno unitario con dos caras, estática y dinámica.

Tan radical afirmación debe ser matizada, a pesar de las internas conexiones entre ambos. Como afirma RUBIO LLORENTE, "la disociación entre propiedad y gestión empresarial, y sobre todo quizá el predominio de los sectores secundario y terciario en las economías contemporáneas, hacen imposible considerar que baste la garantía constitucional de la propiedad para asegurar un sistema económico eficaz y libre"[477].

Ahora bien, ¿cuál es el criterio de distinción entre ambos derechos? PAZ – ARES señala que la libertad de empresa se proyecta sobre actividades económicas y el derecho de propiedad sobre los activos para tal desarrollo, por lo que actúa como su presupuesto[478]. Por su parte, GARCÍA VITORIA señala que la libertad de empresa ampara el derecho a iniciar y sostener una actividad económica, mientras que la propiedad constituye una garantía para usar y disponer un conjunto de bienes[479] o PAPIER, que afirma que la propiedad protege el patrimonio actual de bienes, lo ya adquirido, pero no las posibilidades de trabajo y beneficios asociadas a la libertad empresarial[480].

A partir de estas opiniones, es correcta la distinción entre dimensión estática y dinámica propuesta por HERRERO DE MIÑÓN, sin embargo, más que un derecho con dos caras, se trata de derechos muy unidos y que constituyen el pilar de una economía de mercado.

Y para observar sus diferencias, se deben revisar los casos concretos en que ambos derechos se desenvuelven.

---

[476] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 57, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 15.

[477] RUBIO LLORENTE, F.: "La libertad de empresa en la Constitución", *op. cit*, p. 433.

[478] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 366.

[479] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit*, p. 196.

[480] *Cf.* PAPIER, J.J.: "Ley fundamental y orden económico". En BENDA, E. et al., *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2001, p. 588.

Un ejemplo se puede encontrar en las condiciones de acceso a la actividad de las entidades de crédito[481]. Señala el art. 9.1 de la Directiva que "sin perjuicio de otras condiciones generales requeridas por los reglamentos nacionales, las autoridades competentes no concederán la autorización cuando la entidad de crédito carezca de fondos propios diferenciados o cuando el capital inicial sea inferior a 5.000.000 EUR". Y el art. 10.1 agrega que "los fondos propios de una entidad de crédito no podrán llegar a ser inferiores al importe del capital inicial exigido, en virtud del artículo 9". Es decir, para el ejercicio de esta actividad no sólo se exige un elevado patrimonio inicial, sino que ese patrimonio debe mantenerse para ejercer como entidad de crédito. Esta 'retención' no constituye una expropiación, a pesar de la imposibilidad de disponer de ese capital, porque es una condición para el ejercicio de la libertad de empresa en el específico caso de las entidades de crédito.

Otra conexión se puede observar cuando se analiza la posición jurídica del accionista – inversor, que es aquél titular de acciones de una sociedad que no participa en su gestión. Sobre una parte del patrimonio social detenta derecho de propiedad, sin embargo, se encuentra limitado para ejercer los clásicos atributos del dominio al no poder acceder a la operatividad de la empresa. Incluso más, no es de extrañar que la gestión sea realizada por terceros ajenos a la propiedad social.

En fin, las relaciones son estrechas entre ambos derechos, sin embargo también existen diferencias, que deben encontrarse en los casos concretos.

Libertad de empresa y derecho de asociación. Detentan la libertad de empresa las personas físicas y jurídicas. De ahí la relación que pueda existir con el derecho de asociación.

Podría decirse que históricamente el derecho de asociación se ha referido más bien respecto de asociaciones no lucrativas (origen en ocasiones de partidos políticos), más sensibles a la intervención del poder público, quedando las sociedades mercantiles en el ámbito del Derecho privado y marginadas de las Declaraciones de derechos. Pero esta situación ha cambiado. El término asociación debe entenderse como cualquier agrupación de dos o más personas, con una cierta permanencia y organización para la persecución de determinados fines. La Constitución proclama sin matices ese derecho y

[481] Cf Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de junio de 2006, pp. L 177/1 - L 177/56.

no existen argumentos para entender que la asociación de personas deja de estar constitucionalmente garantizada cuando persigue finalidades mercantiles[482].

Por tanto, en el art. 22 CE se incluye toda entidad que sea fruto de la voluntad de asociarse de sus fundadores, dotada de permanencia y con una organización mínima que le haga aparecer como algo distinto de la suma de sus miembros[483].

Con todo, cuáles han de ser los ámbitos respectivos de la libertad de empresa y el derecho de asociación. CIDONCHA propone una distinción: libertad de creación de sociedades mercantiles, libertad de actividad externa y libertad de organización, siendo estas dimensiones las que se deben revisar para encontrar la conexión[484].

Ahora bien, las personas jurídicas se benefician de la libertad de autoorganización que les otorga el derecho de asociación, pero la libertad de empresa no comprende esta libertad, puesto que la libertad de empresa la ejerce la sociedad y no el socio individualmente considerado. Es cierto que la libertad de empresa comprende actividades de planificación y organización por parte de la sociedad, sin embargo, esto no es autoorganización, sino que se trata de una libertad orientada al mercado: organización de los factores de producción para producir bienes y servicios para el mercado[485].

Por lo mismo, puede ser un criterio de distinción el que aporta PAZ – ARES cuando afirma que en la medida en que la libertad de empresa se ejercite en compañía de otras personas, las relaciones societarias están amparadas por la libertad de asociación. Por ello, habría que distinguir entre las cuestiones que afectan a las relaciones societarias y las que afectan la actividad económica, siendo las primeras amparadas por el derecho de asociación y las segundas por la libertad de empresa[486]. Y en esta tensión, el caso concreto será determinante para ir generando criterios de discernimiento.

---

[482] *Cf.* GÓMEZ MONTORO, A. J.: "La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas: un intento de fundamentación". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 65, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 87 – 88.

[483] *Cf. Ibíd.*, p. 89.

[484] *Cf.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, pp. 212 – 213.

[485] *Cf. Ibíd.*, pp. 213 – 214.

[486] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 372.

La libertad de empresa y la libertad de expresión. En este caso, la conexión más estrecha se da a propósito de la publicidad. ¿Es la publicidad una actividad puramente económica o también se encuentra relacionada con la libertad de expresión? El problema de esta conexión es que las limitaciones a la publicidad pueden provenir de una limitación de la libertad de expresión o a la libertad de empresa.

Un caso emblemático en esta materia es el resuelto por el TEDH en el asunto Casado Coca contra España[487].

El TEDH estima que el art. 10 CEDH que establece la libertad de expresión, ampara a la publicidad comercial, pues ésta puede proporcionar información valiosa; en este caso, informar a las personas que precisan asistencia jurídica, facilitándoles en consecuencia su acceso a la justicia. Pero a su vez considera que la sanción impuesta no es desproporcionada, pues el código deontológico del Colegio permitía realizar publicidad en ciertos casos, *V.g.* en caso de apertura de nuevo despacho o cambio de su estructura[488].

Asimismo, reconoce el Tribunal que la regulación de la publicidad en la profesión de abogado se ha ido flexibilizando a raíz de los cambios en la sociedad y la masificación de los medios de comunicación, por lo que para el futuro son mejores jueces los tribunales internos que los jueces internacionales. No obstante, la defensa de

[487] STEDH de 24 de febrero de 1994, Nº de recurso 15450/89 asunto Casado Coca contra. España. Puede consultarse una traducción de la sentencia en JIMENA QUESADA, L.: "La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos" En: *Revista General de Derecho*, Nº 600, Valencia, septiembre 1994, pp. 9485 – 9497. Un abogado de Barcelona, publicó anuncios en diarios y revistas ofreciendo sus servicios de abogado. Las normas deontológicas del Colegio de Abogados de Barcelona prohibían la realización de publicidad. El Colegio impuso sanciones de apercibimiento al abogado, por lo que recurre de ellas ante el Colegio y ante su rechazo, a los tribunales. Su recurso fue desestimado por el Colegio, cuya resolución fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona y por el Tribunal Supremo. El TC inadmitió el recurso de amparo del actor. El abogado recurrió ante el TEDH. La CEDH, en su informe, resolvió que la sanción impuesta constituía una injerencia contraria a la libertad de expresión, pues la prohibición total de emitir un anuncio neutro y veraz como el publicado por el recurrente suponía una medida innecesaria en una sociedad democrática y desproporcionada para la defensa de los intereses de los clientes y de la profesión. Sobre la sentencia, *Cf.* RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado*, Tesis doctoral en Programa Doctorado en Derecho Patrimonial, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2007, pp. 123 – 126.

[488] "La publicidad constituye para el ciudadano un medio de conocer las características de los servicios y de los bienes que le son ofrecidos. Sin embargo, en ocasiones puede ser objeto de restricciones destinadas, en particular, a impedir la competencia desleal y la publicidad engañosa o dolosa" (JIMENA QUESADA, L.: "La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *op. cit.*, texto de la sentencia, FD 51, p. 9495).

los intereses propios (gremiales si pudiéramos decir) por medio de la autorregulación justifica una limitación intensa a la publicidad[489].

Ejemplo emblemático en esta materia es el caso Benneton[490], ya que el provocador mensaje publicitario de esa compañía generó un amplio debate público en Europa sobre su corrección y licitud.

En Alemania, se iniciaron diversos procesos encaminados al cese de las campañas de publicidad de Benetton, algunos de los cuales llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el estatus constitucional de esta forma de discurso comercial[491].

Sin embargo, para estas situaciones se deben realizar una serie de distinciones.

Por una parte, la publicidad es un mecanismo por el cual se despliega la libertad de empresa, en la medida que permite el posicionamiento de marcas y productos, como también es un mecanismo de financiación de otras empresas, *V.g.* los medios de comunicación. Por otra, las limitaciones que se imponen a la publicidad en estos casos no se relacionan tanto con la libertad de empresa como con la libertad de expresión, sin perjuicio de las consecuencias económicas de las decisiones limitativas. Para discernir en estos casos límite es necesario auscultar el sentir de la comunidad en un momento histórico determinado. Lo que hoy puede ser provocador puede no serlo en el futuro o viceversa, por lo que es difícil establecer un criterio estático sobre la materia.

Por último, la publicidad de las empresas persigue, principalmente, un objetivo económico y desde la perspectiva de la libertad de empresa no sólo debe limitarse sino también prohibirse aquella publicidad disfuncional al correcto funcionamiento del mercado, *V.g.* la publicidad engañosa o la denigratoria de otros competidores.

---

[489] *Cf. Ibíd.*, FD 54 – 55, p. 9496. El mismo razonamiento de la sentencia Casado Coca se reitera para un caso análogo de Austria: STEDH de 9 de marzo de 1999, Asunto Klaus Lindner contra Alemania, Nº de recurso 32813/96.

[490] Benetton propone la publicación de anuncios consistentes en diferentes imágenes sin texto salvo el logo de la marca. Las imágenes refieren problemas sociales o económicos en ningún caso relacionados con la ropa producida, *V.g.* un enfermo de SIDA agonizando en la cama junto a sus familiares, un soldado negro sosteniendo un fémur en sus brazos, un barco lleno de refugiados, un ave llena de petróleo nadando en una marea negra, un sacerdote besando a una religiosa o un niño blanco disfrazando de ángel junto a un niño negro disfrazado de diablo, entre otras.

[491] RUBÍ I PUIG analiza con detención este caso incluso anotando las decisiones de tribunales de países europeos en relación con la licitud de la campaña: *Cf.* RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado*, *op. cit.*, pp. 179 – 190.

1.4. El derecho de la Unión Europea y su influencia en la comprensión de la libertad de empresa.

Como es sabido, los tratados de la UE consagran cuatro libertades fundamentales: libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (art. 26.2 TFUE, antiguo art. 3 letra c TCE)[492].

Aunque estas libertades aparecen muy temprano en los Tratados, con el paso del tiempo "pasan de ser normas programáticas a normas directamente aplicables"[493], por lo que las medidas estatales que tiendan a obstaculizar el ejercicio de estas libertades son medidas contrarias al mercado común. En ese supuesto, las medidas deberán ser revisadas, no importando que en ellas se trate mejor o peor a ciudadanos de la UE que a los nacionales; basta con que se dificulte o haga más onerosa la transacción intracomunitaria que la intraestatal[494].

Casos relevantes en esta esfera lo constituyen las sentencias *Dassonville* y *Cassis de Dijon*[495].

---

[492] Para profundizar sobre el contenido de las cuatro libertades, *Cf.* PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2ª edición, Bilbao, 2008.

[493] PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 415.

[494] *Cf. Ibíd.*, pp. 415 – 416.

Sobre este punto, *Cf.* STJCE, de 14 de septiembre de 2006, *Alfa vita Vasilopoulos AE y otro contra Elliniko Dimosio*, Asuntos acumulados C - 158/04 y C - 159/04, Recop. p. I – 08135, pues se trata de un caso que afecta principalmente a nacionales, pero que entra en contradicción con la normativa comunitaria. Una Administración prefectoral griega ordena el cese de la explotación de hornos destinados a la cocción de pan con procedimiento *bake off* (descongelación rápida seguida de calentamiento o cocción en los puntos de venta, de productos precocidos o congelados). Estos hornos eran utilizados en supermercados (Alfa Vita y Carrefour) para su entrega directa a los consumidores. Ambos recurren a tribunales de justicia contra la autoridad griega, alegando que la orden emanada de la Administración constituye una restricción cuantitativa a la libre circulación de mercancías, cuestión prohibida por el TCCE en su art. 28.

[495] *Cf.* STJCE, de 11 de julio de 1974, *Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville*, asunto 8 - 1974, Recop. p. 00837 (caso Dassonville) y STJCE, de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120 – 78, (Cassis de Dijon), Recop. p. 00649.

En el caso *Dassonville* se exigía al que pretendía distribuir whisky escocés en Bélgica un certificado de origen emitido por el fabricante. El problema es que el licor había sido adquirido en Francia, por lo que era imposible obtener el certificado.

El caso *Cassis de Dijon* trata de una prohibición alemana de fabricación de licores que tuvieran menos de 25 grados de alcohol. El Cassis es un licor que no alcanza más de 20 grados, por lo que no podría ser comercializado en Alemania.

En estos casos, las regulaciones belga y alemana son revisadas desde la perspectiva de si constituyen o no medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, las cuales se encuentran prohibidas (arts. 34 y 35 TFUE, antiguos arts. 28 y 29 TCEE). Según el parecer del TJCE (actual TJUE), en ambas situaciones se producen restricciones al tráfico de mercancías, con medidas que se presentan como desproporcionadas, por lo que deben ser prohibidas[496].

Consecuencia de lo anterior, es que se materializa una apertura económica para la distribución de mercancías dentro del mercado interior, no pudiendo los Estados impedir su circulación, salvo, claro está, que existan buenas y atendibles razones de protección de intereses generales de su población, medidas que, sin embargo, siempre pueden estar sujetas al escrutinio del TJUE.

Desde luego, en este proceso de integración europeo ha sido necesario no sólo voluntad política, sino además implementar mecanismos para hacer efectivos sus propósitos. Al efecto, han entrado en vigor numerosas Directivas armonizadoras, que pretenden ajustar las diferentes legislaciones nacionales al derecho de la UE.

Pues bien, los Estados no podrán introducir restricciones al tráfico en el espacio de la UE más allá de lo que establezcan las directivas armonizadoras "lo que se traduce en que las restricciones contenidas en la Directiva actúan como límite máximo a la intervención restrictiva de los Estados, salvo que se trate de una Directiva de mínimos en cuyo caso se admiten regulaciones más estrictas siempre (que) el Estado pueda justificar dichas regulaciones en intereses dignos de protección"[497].

Por la importancia que reviste la libertad de empresa en el proceso de integración, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[498], ha reconocido que "se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales" (art. 16). Es verdad que se trata de una sobria descripción del derecho, por lo que la comprensión de su contenido

---

[496] Para un análisis más detenido de estas sentencias, *Cf.* LÓPEZ ESCUDERO, M.: "La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente". En: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, Nº 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 379 – 418.

[497] PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 418.

[498] CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 349 – 372.

deberá ser completado por la labor interpretativa, sin embargo, esta positivización normativa no puede entenderse aislada del proceso de liberalización económica que supone la integración, sendero que ha seguido Europa de un tiempo a esta parte[499].

Por ello, uno de los desafíos que aparece en el horizonte radica en la armonización de la esencia social de los Estados europeos con una liberalización de la economía. Como señalara en su momento JOSPIN, "hasta hace poco tiempo, los esfuerzos de Europa se concentraban en establecer la Unión Económica y Monetaria, pero ahora tenemos que ensanchar la perspectiva, si no queremos que Europa quede reducida a un mercado y se diluya en la mundialización, porque Europa es más que un mercado; es portadora de un modelo de sociedad, fruto de la Historia, que se despliega por medio de los vínculos cada vez más intensos que unen hoy a los pueblos europeos"[500].

He señalado cuáles son los espacios de libertad que se han establecido en la UE. Específicamente en el ámbito de la prestación de servicios, la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros ha significado verificar empíricamente la tensión entre protección de ciertos derechos sociales y la salvaguardia de la libertad de establecimiento, situación en la cual el TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse según se desprende de jurisprudencia reciente. Por ello, analizaré algunos casos en que esta tensión se ha puesto de manifiesto. Me refiero a los casos *Viking*, *Laval un Partneri* y *Rüffert*.

Viking es una empresa de transporte finlandesa, propietaria de varios transbordadores, uno de los cuales se dirige a Estonia[501]. En 2003, argumentado que la compañía sufría déficit operacional, *Viking* pretendió rematricular este barco con bandera de Estonia. La respuesta del sindicato de marinos finlandeses – FSU, afiliado a

---

[499] Se puede profundizar el desarrollo de los derechos sociales en la Carta de derechos fundamentales de la UE en: ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: "Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea". En: JIMENA QUESADA, L. et al (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 63 – 111; FREIXES SANJUÁN, T.: "La justiciabilidad de la Carta social europea". En: JIMENA QUESADA, L. et al (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.113 – 136.

[500] JOSPIN, L., *El futuro de Europa ampliada*. Discurso ante la Asociación de Prensa Extranjera, Paris, 28 de mayo de 2001, p. 1. Traducción disponible en Internet: http://www.uned.es/dcpa/old_Doctorado_1999_2004/Torreblanca/Cursodoc2003/DISCURSOS/JospinMay2001es.doc, [citado 30 Noviembre 2010].

[501] *Cf*. STJCE, de 11 diciembre 2007, *Finnish Seamen's Union y otros contra OÜ Viking Line Eesti y otros*, asunto C-438/05, Recop. p. I - 10779.

la ITF con sede en Londres –, fue la convocatoria de una huelga para exigir que la empresa garantizase a los trabajadores las condiciones de trabajo de Finlandia, pretensión que en ese momento les fue concedida. Cabe hacer presente que Estonia ingresa a la UE en mayo de 2004.

Aquietadas las aguas durante un tiempo, *Viking* presentó en agosto de 2004 una demanda ante la *High Court of Justice* (Inglaterra y Gales) con la finalidad de que se declarase que las medidas emprendidas por la ITF vulneraban el art. 43 del TCEE (actual art. 49 TFUE).

En junio de 2005 se estima la demanda, siendo la resolución recurrida ante la *Court of Appeal* competente. Frente al conflicto, este Tribunal plantea al TJCE (actual TJUE) una serie de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 43 del TCE y el Reglamento (CEE) Nº 4055/86 relativos a la libertad de establecimiento y a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte, respectivamente.

En diciembre de 2007, el Tribunal de Luxemburgo dicta sentencia en la que reconoce el derecho de los sindicatos a convocar huelgas pero al mismo tiempo dice que en este caso estas medidas de conflicto colectivo *pueden constituir restricciones al derecho de establecimiento*. En definitiva, aunque reconoce que estas restricciones pueden estar justificadas en determinadas circunstancias, plantea una cierta preferencia por la libertad de establecimiento frente al derecho de huelga[502].

En el segundo de los casos, *Laval* es una empresa letona, que en 2004 desplazó a Suecia a algunos trabajadores para la ejecución de obras contratadas por L*&P Baltic*

[502] La cursiva es mía. Como síntesis de la sentencia se puede señalar lo siguiente:

1. El artículo 43 del TCE (actual art. 49 TFUE) reconoce que no está excluida de su ámbito de aplicación una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato contra una empresa con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento (*Cf.* apartados 33 – 37. 55 y punto 1 del fallo).

2. Ahora bien, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o han adherido. Sin embargo, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. (*Cf.* apartados 43 - 47).

3. El artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE) debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo. En efecto, tal medida de conflicto colectivo tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio por una empresa de su derecho al libre establecimiento, porque impide que ésta disfrute, en el Estado miembro de acogida, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado. Estas restricciones pueden estar justificadas por la protección de una razón de interés general, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograrlo (*Cf.* 72 – 74. 90 y punto 3 del fallo).

Bygg AB, sociedad sueca de la que *Laval* tenía el 100 % de su capital para la construcción de un centro escolar en *Vaxholm*[503]. La empresa letona presentó un presupuesto más bajo que otras dado que sus cálculos los realizó según las condiciones laborales y salariales de Letonia.

Por su parte, en Suecia no existen leyes laborales que fijen un salario mínimo, sino que se rigen según convenios colectivos entre patronales y sindicatos, por tanto, ningún convenio colectivo es automáticamente aplicable. En el caso de la empresa Laval, los sindicatos suecos iniciaron una movilización para que ésta se acogiera al convenio colectivo de la construcción sueco, a lo que la empresa se negó dado que ya había firmado un convenio en su país de origen[504].

En diciembre de 2004, Laval presentó una demanda ante el *Arbetsdomstolen* contra las asociaciones sindicales de la construcción sueca con quienes estaba en conflicto, a fin de que se declarara la ilegalidad del bloqueo de las actividades como de la acción de solidaridad que afectaban al conjunto de sus proyectos de obra y se pusiera fin a estas medidas y que se condenara a estas organizaciones sindicales a indemnizar el perjuicio sufrido. El Tribunal sueco plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de la compatibilidad entre las disposiciones del TCEE relativas a la libre prestación de servicios y a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, y que los sindicatos, mediante medidas de conflicto colectivo, intenten obligar a un prestador de servicios extranjero a que se adhiera, en el Estado de acogida, a un convenio colectivo relativo a las condiciones de trabajo y empleo, si la legislación del Estado de acogida por la que se adapta el Derecho nacional a dicha Directiva carece de disposiciones expresas sobre la aplicación de condiciones de trabajo y empleo previstas en un convenio colectivo[505].

El Tribunal, resuelve que los sindicatos no pueden pretender imponer, mediante medidas de conflicto colectivo como el bloqueo de la actividad de la empresa

---

[503] *Cf.* STJCE de de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 341/05, Recop. p. I - 11767.

[504] Dicen los apartados 31 – 32 de la sentencia que "Laval declaró, durante el procedimiento judicial que abonaba a sus trabajadores un salario mensual de aproximadamente 1.500 euros, al que se añadían prestaciones en especie en concepto de alimentación, alojamiento y viajes por un valor de cerca de 660 euros mensuales. Si se hubiera adherido al convenio colectivo de la construcción, Laval habría estado obligada, en principio, a cumplir todas sus cláusulas, incluidas las relativas a las obligaciones pecuniarias respecto a *Byggettan* y a FORA".

[505] *Cf. Ibíd.*, apartado 40.1.

o la huelga, a la empresa letona el convenio colectivo sueco, puesto que éste va más allá de la protección mínima ofrecida por la Directiva de desplazamiento de trabajadores. Los argumentos alegados por el Tribunal son que la Directiva de trabajadores desplazados reconoce el derecho de los trabajadores desplazados a percibir el salario mínimo del país de destino garantizado por ley, y en Suecia éste no está garantizado por ley. La sentencia, a su vez, reconoce el derecho de huelga, pero antepone la libertad de establecimiento de las empresas y la libertad de prestación de servicios[506].

No sería aventurado sostener entonces que ambas sentencias, relativizan el carácter fundamental de las medidas con que cuentan los trabajadores para negociar colectivamente, y, además, se observa la primacía del valor de la libertad por sobre la igualdad.

En el caso *Rüffert*, el Land de Baja Sajonia adjudicó en 2003 a la empresa *Objekt und Bauregie* un contrato de obras para la construcción del establecimiento penitenciario de *Göttingen-Rosdorf*[507].

El contrato contenía el compromiso de observar los convenios colectivos y, más concretamente, el compromiso de pagar a los trabajadores, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo "Edificios y obras públicas". *Objekt und Bauregie* recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante.

Al cabo de unos meses surgen sospechas de que la empresa subcontratada no abonaba a los trabajadores el salario fijado en el convenio. Al comprobarse los hechos, el Land y la empresa principal resolvieron el contrato por dicho motivo. Para ello se dictó una resolución con cláusula penal contra el principal responsable de la empresa

---

[506] 1. Un Estado miembro en el que el salario mínimo no esta determinado legalmente sino por negociación colectiva no está facultado para exigir a las empresas establecidas en otros Estados miembros, una negociación caso por caso (*Cf.* apartado 71).

2. Aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones. De esto se deriva que el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir tales medidas, adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (*Cf.* apartados 91, 93 y 95).

3. Se opone al derecho comunitario el que una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio (*Cf.* apartados 99. 107 - 111 y punto 1 del fallo).

[507] *Cf*. STJCE de 3 de abril de 2008, *Dirk Rüffert contra Land NiedersachsenLaval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 346/06, Recop. p. I – 01989.

establecida en Polonia imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra únicamente el 46,57 % del salario mínimo fijado.

En primera instancia, el *Landgericht Hannover* declaró que el crédito que *Objekt und Bauregie* ostentaba en méritos del contrato de obras se había extinguido por compensación con la pena contractual y desestimó la demanda de dicha sociedad en todo lo demás. En sede de apelación, el Tribunal remitente considera que la resolución del litigio depende de si está obligado a no aplicar la Ley del Land debido a que no es compatible con la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 CE.

En Alemania, al igual que en Suecia, las normas convencionales sólo afectan a las organizaciones sindicales y patronales firmantes y sus afiliados. El convenio de "Edificios y obras públicas" no era de aplicación general. Sin embargo, si el convenio afecta al interés público y los empleadores firmantes dan trabajo al cincuenta por ciento o más de los empleados del sector y accede a ello una comisión paritaria, el Estado puede declarar su eficacia general.

En su sentencia, el TJUE señala que la Ley de contratación del *Land* no constituye una norma que fije el salario mínimo, con lo cual le da la razón a la empresa, y hace prevalecer el derecho de libertad de establecimiento por encima del derecho al salario mínimo según el convenio alemán, por no considerarlo de aplicación general[508].

A fines de 2009 ha entrado en vigor en España la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, también conocida como "Directiva *Bolkestein*"[509].

---

[508] 1. Una normativa que obligue a la entidad adjudicadora a designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras únicamente a empresas que se comprometan a pagar a sus trabajadores, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que debe llevarse a cabo la ejecución de tales servicios, sin que dicho convenio pueda considerarse de aplicación general, no establece una cuantía de salario (*Cf.* apartados 26. 30 - 31).

2. Al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en tal convenio colectivo, una norma de esas características puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir u obstaculizar interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida Y no puede estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores, en la medida en que la cuantía de salario fijada por tal convenio colectivo sólo se impone a una parte del sector de la construcción, dado que, por un lado, la normativa se aplica sólo a los contratos públicos excluyendo los contratos privados, y que, por otro, dicho convenio no ha sido declarado de aplicación general (*Cf.* apartados 36 – 43 y fallo).

[509] *Cf.* Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de diciembre de 2006, pp. L 376/36 - L 376/68.

En cuanto a la finalidad de la Directiva, señala que si se pretende lograr un mercado interior sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de servicios, es necesario eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros (apartado 1). Y, para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la UE, resulta esencial un mercado competitivo de servicios y eliminar los frenos que impiden a los prestadores, principalmente a las PYME, extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Si se logran esos fines, se podrá ofrecer a los consumidores mayor transparencia e información y más posibilidades de elección y servicios a precios más bajos (apartado 2).

Tratándose del ámbito de aplicación, ésta "se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro" (art. 2.2), aplicándose "siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución"[510], con exclusión de ciertas actividades contenidas en el art. 2.2, letras a – l) y 2.3.

La Directiva pretende facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo un nivel elevado de calidad en los servicios (art. 1.1), pero "no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho comunitario" (art. 1.7), aunque puede existir una afectación directa o indirecta para el caso de la libertad de empresa, ya que se ve afectada su proyección sobre tales actividades de servicios[511].

La misma Directiva estableció que "los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009" (art. 44.1).

Tratándose del Estado español, éste ha armonizado su legislación en relación a lo exigido por la Directiva: *Cf.* Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE*, Nº 283, 24 de noviembre de 2009) y Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE*, Nº 308, 23 de diciembre de 2009).

[510] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *op. cit.*, apartado (8).

[511] *Cf.* JIMÉNEZ ASENCIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010, pp. 46 – 47. A propósito de los efectos que produce esta Directiva en relación con la libertad de empresa, *Cf.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: "La Directiva de

Sin perjuicio de la importancia que reviste la Directiva en su totalidad, puede señalarse que lo más relevante radica en los efectos que supone la liberalización de servicios, cuyos efectos se recogen en el art. 16 y que, en síntesis, implica que los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos y que, ante la eventualidad de que existieran inconvenientes para el acceso a una actividad de servicios o dificultades en el ejercicio del derecho, deberán respetarse los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 16.1 letras a, b y c).

Con todo, no se encuentra prohibido que un "Estado miembro al que se desplace el prestador imponga… requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos" (art. 16.3)[512].

Si bien, ya la exposición de motivos de la Directiva manifiesta su confianza en que por medio de este instrumento no sólo se favorecerá una competencia más eficiente, sino que también redundará en mayor protección social[513], existen fundados temores en que su implementación favorezca una dificultad para los poderes públicos nacionales de ejercer un control sobre las empresas con el fin de comprobar que éstas cumplen con la legislación social, laboral y medioambiental[514].

Este desafío es especialmente importante en la actualidad, especialmente por la emergencia de un nuevo fenómeno que ha provocado el conflicto entre las concepciones

---

servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa? En: RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas*, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 89 – 149.

[512] *Cf.* art. 12 de la Ley 17/2009, *op. cit.*

[513] *Cf.* Apartados 1 – 3 de la Directiva 2006/123/CE, *op. cit.*

[514] Incluso algún autor ha sostenido que "la Directiva implica un supuesto de mutación constitucional de los Estados realizada al margen de la respectiva Constitución, en todo caso de la nuestra, por el camino indirecto – y en este caso tortuoso – del derecho derivado" (QUADRA – SALCEDO, T. DE LA – FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: "La Directiva de servicios y la libertad de empresa". En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 7, Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, p. 60.

Asimismo, la transposición de la Directiva genera algunos problemas jurídicos desde la perspectiva del art. 38 de la CE. Al respecto, *Cf.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: "La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?, *op. cit.*, pp. 138 – 147, entre las que destacan los problemas de orden sustantivo (*Cf.* pp. 139 – 144).

liberalizadoras y proteccionistas frente a los derechos sociales. Es lo que se conoce como *dumping* social.

Haciendo una analogía con la clásica definición de *dumping*, entendido como competencia vía precios inferiores a los costes reales con la finalidad de eliminar competidores y situarse en posiciones monopolísticas de mercado, el *dumping* social se refiere a fenómenos de interés político – económico en cuanto los bienes producidos contienen un diferencial competitivo al margen de los convenios multilaterales, pues el precio efectivo de dichos bienes es inferior al de mercado debido a una estructura de costes distorsionada en origen, debido a una sobreexplotación en las condiciones sociolaborales y/o salariales de la fuerza de trabajo[515].

El problema radica en que en un sistema económico de mercado altamente globalizado, resulta natural que las empresas busquen abaratar costes con la finalidad de resultar competitivas. Y uno de los costes fijos que fácilmente pueden ser afectados es el relativo a las condiciones de trabajo y salario de los trabajadores, especialmente porque en países con menos desarrollo humano, el coste de la mano de obra es notoriamente más bajo que en aquellos más desarrollados.

Y este fenómeno se produce en sectores primarios de la economía, pero también es cada vez más frecuente que países emergentes cuenten con importantes niveles de industrialización, a pesar de sus bajos indicadores desarrollo humano[516]. Y en el espacio de la UE, ya se está presentando este problema, principalmente desde la incorporación a la Unión de países con legislaciones laborales más flexibles y niveles de salarios mínimos más bajos.

La UE es un exitoso proceso de integración, sin embargo, su camino no está exento de dificultades. Por de pronto, hay una relación desequilibrada entre integración económica y vínculos políticos, junto con un déficit de democracia que caracteriza los procesos de toma de decisiones en el marco de la UE[517]. De ahí entonces que la

---

[515] *Cf.* GARCÍA MENÉNDEZ, J.R.: "Neoproteccionismo, dumping social y eco-dumping". En: *Nueva Sociedad*, Nº 143, Fundación Friedrich Ebert, Bonn, 1996, pp. 131 – 132. Si bien algo antiguo, también *Cf.* OYARZUN DE LA IGLESIA, J.: "El dumping social: estado de la cuestión". En: *Boletín económico de ICE*, Nº 2553, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 1997, pp. 25 – 39.

[516] Una interesante reflexión sobre la incidencia de la subcontratación en el área de tecnologías de la información y un eventual *dumping* social producido en esa esfera puede verse en BIBBY, A.: "La subcontratación de las TI se globaliza". En: *Trabajo*, Nº 43, OIT, 2003, pp. 13 – 15.

[517] *Cf.* HABERMAS, J.: "Por qué Europa necesita una Constitución". En: *New Left Review*, Nº 11, Akal Ediciones, Madrid, 2002, p. 13. Es este déficit el que lleva a DE LA QUADRA – SALCEDO, en relación a la primacía de las libertades económicas en el marco de la UE a afirmar que "en las decisiones comunitarias

discrepancia entre integración económica e integración política podría superarse mediante una política que apunte a la formación de niveles políticos crecientes, con el objetivo de seguir el ritmo de los mercados desregulados[518].

A partir de la última fase de integración europea, se ha abierto el debate por la relación entre integración negativa y positiva, es decir, sobre el equilibrio entre integración económica y dimensión social, todo en el marco de una decreciente autonomía económica estatal y un sistema de sujeciones que el nivel comunitario impone a las políticas económicas estatales[519].

El problema de fondo es que las políticas de integración en materia social apuntan a la sustracción de la esfera solidaria del Estado. Esto se puede apreciar de manera elocuente en el mercado de trabajo y el sistema de seguridad social, ya que las propuestas de reforma para el mercado de trabajo apuntan a la introducción de mayor flexibilidad laboral y las de seguridad social pretenden limitar la sustracción de recursos económicos al mercado, introduciendo la autofinanciación[520].

De ahí que se empiece a hablar de un modelo de "solidaridad distributiva" y otro de "solidaridad competitiva". El "modelo social europeo", definido en contraposición al del Estado social, se sitúa en el marco de la solidaridad competitiva, que impone la subordinación de los derechos sociales al mercado infiltrando a éstos con su lógica. Y, al parecer ese es el camino que ha ido trazando la UE para la relación entre mercado y Estado social[521].

---

sigue primando la matriz conceptual original, el pecado original de la comunidad (¡felix culpa!) que sin embargo la hizo posible en un principio: la de ser un mercado común fundado en las libertades comunitarias… así se explica que la libertad de empresa que en casi todos los Estados se ha podido articular en igualdad de condiciones con otros valores, en el ámbito de la Comunidad tal libertad reclama para sí – con el disfraz de libertades de establecimiento y libre circulación de servicios – toda la primacía sobre cualesquiera otros intereses por generales que sean sobre los que hace recaer la presunción de culpa así como la carga de la prueba de su inocencia" (QUADRA – SALCEDO, T. DE LA – FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: "La Directiva de servicios y la libertad de empresa, *op. cit.,* p. 61).

[518] *Cf. Ibíd.,* p. 13.

[519] *Cf.* MAESTRO BUELGA, G.: "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica", *op. cit.,* pp. 58.

[520] *Cf. Ibíd.,* pp. 58 – 59.

[521] *Cf. Ibíd.,* pp. 58 – 67.

2. Limitaciones a la libertad de empresa.

Como se ha señalado, la CE es fruto de un importante consenso político. Para que el acuerdo fuera posible, los defensores de diferentes sensibilidades han tenido que relativizar sus propias convicciones con la finalidad de materializar una Carta representativa de la pluralidad social y política de la sociedad española.

Tratándose de la libertad de empresa, se manifiesta con especial fuerza la tensión que supone conciliar visiones liberales extremas y socializantes. De ahí que el art. 38 haya sido calificado como una disposición ambigua, puesto que junto a la constitucionalización de la economía de mercado establece la posibilidad de una actividad planificadora a cargo del Estado.

Este derecho no puede ser entendido de manera radical, en el sentido de que la iniciativa privada es absolutamente soberana en el sistema económico. Al contrario, tiene límites y estos se manifiestan expresamente en la Constitución. Por un lado está la iniciativa pública económica, por otro la facultad planificadora del Estado, pero también está presente el Estado social como una cláusula que tiñe el ejercicio de los derechos con marco de referencia. Como ha señalado GARCÍA - PELAYO, "aparte de las intervenciones implícitas en la idea del Estado social, la Constitución contiene algunos preceptos destinados a concretizarlo"[522].

2.1. La iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE).

Dice el art. 128.2 que "se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica". Este reconocimiento supone la legitimidad de la acción pública para intervenir en la economía, no quedando restringida su actuación a la insuficiencia de iniciativa privada (subsidiaridad en sentido restringido). Antes bien el Estado puede actuar incluso existiendo iniciativa privada, por lo que se transforma en un competidor en el mercado[523].

---

[522] GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2869.

[523] En contra de esta postura, *Cf.* ARIÑO ORTIZ, G.: "La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII", *op. cit.*, pp. 32 – 35.

Ahora bien, aunque la intervención estatal no queda subordinada a la existencia de iniciativa privada, no quiere decir esto que cualquier intervención estatal es legítima. Es necesario encontrar una justificación a la decisión de intervenir en la vida económica y esa podría estar dada por el interés general que pregona el art. 103.1 CE.

Si el Estado interviene en el sistema económico, debe hacerlo respetando la lógica de la economía de mercado[524]. Asimismo, la iniciativa pública no se inspira como fin perseguido directa e inmediatamente en el afán de obtener beneficios (fin de lucro), sino en la satisfacción de otros intereses, como los previstos en el art. 103 CE.

Desde luego, si la iniciativa pública en la economía debe respetar los supuestos de la economía de mercado, ello supone respetar el marco de la libertad de empresa. De ahí que deban ser rechazadas las ayudas que el Estado pueda realizar a empresas estatales por medio de la inyección de recursos, lo que supone una tolerancia indebida a eventuales ineficiencias empresariales o competencia desleal.

Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada, porque no es lo mismo un déficit por ineficiencia que un déficit por la realización de determinadas políticas con una orientación social[525].

En relación con el derecho de la UE, dice el art. 106.1 TFUE (antiguo art. 86.1 del TCEE) que "los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109 del presente Tratado, ambos inclusive". Esta norma trata de garantizar que los Estados actúen respetando los criterios de libre competencia, pudiendo ser el privilegio o derecho exclusivo contrario al derecho de la

[524] Entre los que sostienen esta tesis, y sólo a modo de ejemplo, *Cf.* QUADRA – SALCEDO, T. de la: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público", *op. cit.*, pp. 54 – 55; MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", *op. cit.*, pp. 389 – 390; MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, *op. cit.*, p. 97; MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la economía*, Editorial CEURA, Madrid, 1985, p. 377; ENTRENA CUESTA, R.: "El modelo económico de la Constitución". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 34; GISPER PASTOR, M.T. DE: "La noción de empresa en la Constitución española". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 42; ALBERTI ROVIRA, E.: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución". En: TRUJILLO, G., et al., *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 137 – 138.

[525] El sistema de Metro o de ferrocarriles es un ejemplo de empresas deficitarias. El capital invertido en la construcción de líneas e inversión rodante es prácticamente irrecuperable. Otra cosa es que los gastos operacionales sean equilibrados, pero ellos sólo se pueden obtener una vez que la empresa se encuentra en funcionamiento.

UE en la medida que el Estado coloque a una empresa pública en una situación en la que no puede evitar abusar de la posición de dominio que se le ha otorgado[526].

Con todo, los preceptos de la Unión no limitan las posibilidades al Estado de reservarse sectores de la economía, como tampoco que se coloque a una empresa pública en posición de dominio en el mercado, sino que prohíbe a los Estados la adopción de medidas que conviertan en letra muerta la prohibición de abuso de posición dominante establecida en el art. 102 inc. 1 TFUE (antiguo art. 82 TCCE)[527].

Si bien, de un tiempo a esta parte pareciera que la intervención del Estado en la economía es cada vez menor, tanto por influencia del derecho de la UE que tiene una impronta liberalizadora, como del propio devenir histórico que ha supuesto la implementación de medidas de privatización de empresas públicas y sectores productivos, no debemos perder de vista el hecho que el Estado puede (y en ocasiones debe) ser un actor con iniciativa económica.

Hay exigencias para su intervención. Por de pronto, que se funde en un interés que justifique su actuación. Mas, cumplido este requisito, nada obsta que el Estado sea actor en el sistema económico ya que su actuación está inspirada en un interés general y no en la mera obtención de beneficios.

No se puede proponer una regla genérica para la actuación del Estado, sin embargo, se pueden apreciar parcelas de la realidad en las que la intervención estatal es necesaria: transportes, educación, sanidad, seguridad social, sector bancario y seguros, etc. Lo anterior, porque a fin de cuentas todo puede ser entregado a la iniciativa privada y al mercado como mecanismo regulador. Y aun, considerando que el mercado es el más eficaz de los sistemas económicos conocidos, prescindir de un Estado con facultades interventoras y entregar todo a la pura libertad, no constituye condición de eficacia para una mejora en las condiciones de vida de los ciudadanos.

[526] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 387.

[527] *Cf. Ibíd.*, p. 388. Un caso de aplicación de este criterio puede verse en la nota 93 de la obra citada.

2.2. La planificación de la actividad económica (art. 131 CE).

Dice el art. 131.1 CE que "el Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución".

Varias cosas se pueden decir de esta disposición, pero quisiera señalar tres.

La primera, el Estado puede planificar la actividad económica general, cuestión que ya se encuentra presente en el art. 38 CE que nos prevenía de que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

La segunda, es que la actividad planificadora del Estado sólo puede hacerse por ley, lo que supone intervención de Parlamento y Gobierno.

La tercera, es que la planificación no puede realizarse sino persiguiendo alguno de los fines señalados en la citada disposición, fines por lo demás redactados en términos tan amplios que permiten la autorización de una medida planificadora invocando cualquiera de los propósitos allí enumerados.

Para el análisis de este ordinal, me detendré en las dos primeras cuestiones.

La planificación de la actividad económica por parte del Estado. La planificación es algo inherente al funcionamiento de una economía, ya que todos los agentes económicos realizan actividades de este tipo. Esta actividad es consustancial a toda acción racionalizada que implique relación de objetivos, medios y tiempo y, por consiguiente, lo ha sido siempre a la acción política estatal; por liberal que sea una propuesta de rol para el Estado en la economía, no hay Estado que no planifique[528]. Por ello se puede afirmar que la planificación por el Estado, con mayor o menor fuerza, ha estado presente permanentemente[529].

---

[528] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.,* p. 207; GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.,* p. 2869.

[529] SÁNCHEZ AGESTA describe gráficamente lo que ha supuesto la actividad planificadora del Estado. "La intervención de la actividad política en la vida económica es una tendencia creciente de los últimos cien años, cuya historia podemos hoy reconstruir. Nuestros bisabuelos la llamaron graciosamente fomento; nuestros abuelos, proteccionismo; nuestros padres, con un término que no vela un sentimiento de recelo o desconfianza, lo apellidaron intervencionismo económico. La planificación es el último eslabón de esta cadena": SÁNCHEZ AGESTA, L.: "Planificación económica y régimen político". En: *Revista de administración pública*, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950, p. 31.

Sin embargo, el texto de la Constitución, junto a la exigencia de legalidad para la actividad planificadora, plantea que la planificación tiene por objeto la actividad económica general, lo que supone una actividad restringida. Se quiere evitar que los poderes públicos utilicen la técnica planificadora para entrometerse en la gestión particular de las empresas. Como señala DE JUAN, "la Constitución ha abierto las puertas a la planificación macroeconómica y automáticamente han quedado cerradas las puertas de la planificación microeconómica"[530].

Al mismo tiempo, la planificación económica no puede suponer un carácter total. Si bien la Constitución autoriza esta actividad como fórmula de intervencionismo económico, en interpretación armónica con otras disposiciones de la Carta, no es compatible con el sistema económico establecido en la Constitución una planificación total y vinculante[531].

Desde luego, la actividad planificadora es coherente con otros propósitos de la CE. Se pregunta GARCÍA – PELAYO cómo sin planificación los poderes públicos podrán promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (art. 40.1 CE); cómo sin planificar será posible atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1 CE)[532]. Parece que atender a tales propósitos sólo se puede llevar a cabo a partir de una coordinación de pluralidad de factores, entre los que destaca, la actividad planificadora del Estado.

Con la actividad planificadora se persigue una racionalización y coordinación del proceso macroeconómico a fin de promover un desarrollo económico equilibrado y adecuadamente distribuido, siendo, además, un instrumento de control del poder económico de los agentes que intervienen en la economía, sean éstos públicos o

[530] JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 210. En similar sentido se pronuncia FONT GALÁN, sin embargo, en su afán de restringir la actividad planificadora del Estado, llega a afirmar que la planificación sólo se limita a afectar el contenido no esencial de la libertad de empresa (*Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, pp. 158 – 159). Ahora bien, si resulta complejo determinar el contenido esencial de este derecho, difícil será discernir cuándo un plan afecta el contenido no esencial, dado lo tenue de la línea divisoria. Incluso, puede que en ocasiones, producto del plan se afecte algún aspecto vital de la iniciativa económica, no obstante, ello no supone una intromisión ilegítima en el ejercicio de la libertad de empresa.

[531] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, p. 157.

[532] *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2870.

privados[533]. Por ejemplo, la protección medioambiental en la actualidad no puede entenderse sin una intervención decidida por parte del Estado, con políticas reguladoras, y también con propuestas indicativas y consideraciones cualitativas y cuantitativas.

La reserva de ley para la planificación. El art. 131.1 exige que el plan se apruebe mediante ley. Esta reserva supone una función garantista en defensa de los derechos que pudiesen verse afectados, pero también cumple una función democratizadora, dado que el Parlamento es sede de la deliberación política y de la representación popular.

Ahora bien, los planes económicos han de aprobarse a través de una Ley de las Cortes Generales, siendo improcedente los decretos leyes por faltar el requisito de la urgencia. Además, por el alcance del plan, es dudoso que éste pueda emanar de una ley de Comunidad Autónoma[534], sin perjuicio que éstas cuentan con otros instrumentos para el desarrollo de políticas que favorezcan un desarrollo económico equilibrado y de progreso social, *V.g.* art. 148.1, competencias 3ª, 4ª, 7ª, 9ª CE. Especial relevancia adquiere la 13ª: "el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional".

Lejos está el tiempo en que la actividad planificadora se asociaba a regímenes centralizados y totalitarios. Desde su génesis, la CE ha asumido la actividad planificadora como necesaria para un mejor desarrollo de la economía de mercado[535].

---

[533] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 217.

[534] *Cf. Ibíd.*, p. 211.

[535] El espíritu de consenso se manifiesta con claridad en esta materia. Ejemplo de esto es la defensa de la planificación que hace el representante de la UCD JAIME GARCÍA AÑOVEROS, quien está lejos de identificarse con una sensibilidad asociada al marxismo. En la discusión de las Cortes señaló que "tiene que haber una planificación, o puede haber una planificación realizada desde el Estado, en primer lugar, porque el ciudadano en los momentos actuales hace al Estado responsable de la situación económica general y del logro de unos objetivos económicos a plazo medio y largo. Y si el Estado es responsable, bueno será que el Estado organice la consecución de esos objetivos, planificándola en el tiempo, poniendo los medios necesarios para ello… (Asimismo), el plan, en una economía como la nuestra, es un plan que ha de ser forzosamente eso que ha dado en llamarse indicativo y que se presta a confusión, porque, no nos engañemos, toda planificación económica, si tiene rango de ley, supone limitaciones de la libre actuación de los operadores del sistema económico, por supuesto; porque, si no, no haríamos una ley…. De aquí que una ley de planes comporta siempre limitaciones para el sector público y privado, porque una ley de planificación establece unos objetivos y pretende conseguir esos objetivos por medios coercitivos directos o indirectos, y así lo hace exactamente, y establece incentivos y mecanismos de desánimo de ciertas actividades privadas, y establece, incluso, prohibiciones concretas, y se dice que no se podrá producir tal producto o que no se podrá superar la producción en tal nivel, etc.": GARCÍA AÑOVEROS, J. En: *Diario se Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria número 39, Nº 117, Madrid, 14 de julio de 1978, pp. 4286 – 4287.

Si bien es cierto que el contexto actual es diferente al de hace 30 años, ello no quiere decir que en la dialéctica Estado – mercado, todo deba ser entregado a este último. La salvaguarda de la actividad planificadora, resulta operativa en períodos de crisis, pero también en tiempos de estabilidad y, además, es una garantía para los ciudadanos en la medida que para el desarrollo de políticas sociales, éstas no se entienden sin la intervención de un Estado activo.

2.3. La libertad de empresa en un Estado Social.

La definición del Estado como Estado social implica añadir, a sus funciones naturales, las destinadas a crear las condiciones vitales que ni persona ni grupos pueden asegurar por sí mismos, lo que se traduce en ciertas intervenciones del Estado en el orden económico[536].

Sin embargo, previo a señalar las limitaciones a la libertad de empresa desde la perspectiva del Estado social, se debe recordar que el sistema económico presente en la CE es un modelo capitalista unido al Estado social. Por tanto, es un sistema sustentado en la economía de mercado, cuyos principales actores son los agentes privados, pero que cuenta con una actuación del Estado que no se limita a ser solo regulador económico - administrativo, sino que al tener una función social, cumple ese encargo redistribuyendo una parte del PIB en forma de distintas prestaciones[537].

La economía de mercado, con mayores o menores matices, se ha ido imponiendo en todos los sitios. Aunque se pretenda señalar que sus fundamentos son naturales y empíricamente verificables, tras la economía de mercado existe un marco teórico que la sustenta y encuentra sus raíces en el liberalismo ilustrado.

Los postulados liberales que han querido ser impuestos a economías menos aventajadas, en ocasiones hunden sus supuestos en el "anarcoliberalismo" (o neoliberalismo). Al margen de sus acentos ideológicos, la ofensiva neoliberal, iniciada en América Latina en el Chile de los años setenta, redefine un modelo de desarrollo. En lugar de privilegiar las demandas sociales, el nuevo modelo pone todo su énfasis en el lado de la oferta productiva. Eliminar el intervencionismo estatal e imponer una

[536] *Cf.* GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", *op. cit.*, p. 2869.

[537] *Cf. Ibíd.*, p. 2871.

economía de mercado tanto internamente (liberalización de precios y mercados) como externamente (apertura comercial y financiera) logra resultados positivos en términos macroeconómicos, disminuyendo el déficit fiscal y la inflación, pero el costo social de la implementación de esas medidas suele ser altísimo y tarda años en recuperarse[538].

La caída de los socialismos reales ha tentado a muchos a ceder ante las premisas neoliberales y considerar al mercado como la única instancia racional capaz de ordenar la convivencia social. Reconocemos que el sistema de mercado impulsa una racionalidad instrumental que da a la sociedad un gran dinamismo, pero no debemos tomar esa racionalidad por *toda* la racionalidad. Como he señalado, opera en determinadas condiciones, que no siempre se encuentran presentes de manera homogénea en la sociedad.

La crisis del Estado social ha llevado a muchos a sostener la necesidad de su superación[539]. Aunque es cierto que esta figura presenta dificultades, empezando por el alto coste de la financiación de las prestaciones que otorga, altas tasas impositivas que pueden suponer un déficit para una competencia eficaz, en ningún caso se trata de un modelo superado "sino que tiene un hondo sentido transformador de la sociedad"[540]. Aunque existe diferencia entre los derechos sociales y los otros derechos, los derechos sociales no sólo tienen un valor político o ideológico, "sino que también jurídico, en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales, y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que se oponen a éstas"[541].

---

[538] *Cf*. LECHNER, N.: "El debate sobre Estado y mercado". En: *Estudios Públicos*, Nº 47, Centro de Estudios Públicos, Santiago 1992, p. 238. El mismo LECHNER señala cuál es el rol del Estado en un modelo de esta naturaleza: "por una parte, el Estado se debilita pues debe asumir el coste financiero (deuda externa, saneamiento de empresas públicas para su privatización) de la reconversión. Además, asume el costo político de una drástica reducción de los servicios públicos; el Estado queda restringido a medidas focalizadas de asistencia a los más pobres, sin poder contrarrestar de modo sistemático la creciente desintegración social que genera el avance del mercado… por otra parte, el modelo neoliberal supone una fuerte intervención del Estado para reprimir las reivindicaciones sociales e imponer la liberalización de los mercados a los sindicatos (leyes laborales) y a los empresarios (política crediticia y monetaria). En realidad, la transformación de las estructuras económicas se lleva a cabo bajo dictaduras o bajo regímenes presidencialistas con rasgos autoritarios" (*Ibíd.*, pp. 238 – 239).

[539] Sobre el punto, véase el capítulo I de este trabajo.

[540] GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 67.

[541] ZAGREBELSKY, G.: "El Tribunal Constitucional italiano" En: FAVOREU, L, et. al., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 443 – 444.

De ahí que el Estado social, con hondas raíces en Europa, supone un correctivo del modelo de economía de mercado y un mecanismo que permite encarnar en la *praxis* los propósitos descritos en el preámbulo de la Constitución: "garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo".

Presentar límites a la libertad de empresa, respetando su identidad, pero acogiendo las premisas de un Estado social no es fácil, pero es posible apoyarse en el análisis casuístico, metodología que puede ayudar a determinar algunos criterios, por lo que la reflexión jurisprudencial será de utilidad en este apartado.

El conflicto entre el poder de dirección del empresario en el ámbito laboral y los derechos fundamentales del trabajador, es un ejemplo de límite a la libertad de empresa. El TC ha señalado que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano"[542]. Agrega la sentencia que "ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas deban soportar despojos o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza"[543].

De ahí que los derechos fundamentales de la persona operen como eficaz límite a un ejercicio de la libertad de empresa que pretende instaurar una visión del contrato de trabajo como si fuese un contrato civil entre privados – de lo que deriva el efecto de ser una ley para las partes –. El TC afirma claramente que por encima del contrato está la Constitución y no sólo rechaza las prácticas de feudalismo industrial sino que las califica como repugnantes a un Estado social.

El sistema de mercado es un *factum* que debemos asumir, de ahí la importancia que "una de las funciones del Estado será la de garantizar la existencia del trabajo

[542] STC 88/1985, de 19 de julio de 1985, FJ 2, párrafo 1º. Esta misma declaración se puede recoger, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero de 1988, FJ 6, párrafo 1º; 129/1989, de 17 de julio de 1989, FJ 3, párrafo 2º; 106/1996, de 12 de junio de 1996, FJ 5, párrafo 2º; 20/2002, de 28 de enero de 2002, FJ 4, párrafo 2; 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, FJ 3, párrafo 1º.

[543] STC 88/1985, *op. cit.*, FJ 2, párrafo 1.

asalariado en condiciones de obtención de plusvalía según las exigencias históricas del proceso productivo"[544].

Ahora bien, cuando la libertad de empresa colisiona con otros derechos, es en ese momento cuando se pueden encontrar sus límites y un criterio para resolver los casos de colisión puede ser la utilización del grado de conexión con el libre desarrollo de la personalidad[545].

Manifestación de este conflicto y su relación con el desarrollo de la personalidad se puede apreciar en el caso, *State versus Shack*[546]. En este asunto, la Corte Suprema de New Jersey señala que el derecho de propiedad no incluye el derecho de impedir el acceso a los servicios sociales a disposición de los trabajadores para prestarles servicios de asistencia médica y jurídica, resultado al que llega tras ponderar lo que resulta mejor para el desarrollo (y dignidad) de la persona[547].

Otro ejemplo de colisión de derechos con la libertad de empresa es el que se produce a propósito de la ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de acontecimientos deportivos, aunque está derogada, permite considerar la reflexión que al respecto ofrece el TC, y que es digna de análisis[548].

---

[544] CABO MARIN, C. DE: "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social". En: *Sistema*, Nº *118/119*, 1994, p. 74.

[545] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 202.

[546] *Cf.* DELANEY, J., *Learning legal reasoning*, John Delaney Publication, 30ª edition, Philadelfia 2006, State of New Jersey v. Peter Shack and Frank Tejeras, 58 N.J. 297, (N.J. 1971), pp. 92 - 99.

Shack y Tejeras trabajaban para una organización sin fines de lucro que prestaba asistencia médica y jurídica a trabajadores agrícolas inmigrantes. Tejeras trató de entrar en la propiedad Tedesco, a fin de prestar asistencia médica y legal a un trabajador. Por su parte, Shack trató de entrar a la propiedad para proporcionar asistencia jurídica a otro trabajador. El propietario impidió el acceso y como los voluntarios se opusieron a abandonar la finca, se les demandó por allanamiento.

[547] "*Satisfied that under the ownership of real property does not include the right to bar access to govermental services available to migrant workers and hence there was no trespass within the meaning of de penal statute*", *Ibíd.*, FJ I.1.

[548] *Cf.* STC 112/2006, de 5 de abril de 2006. Varios diputados del grupo socialista interponen recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la ley 21/1997, alegando que éstos vulneran la libertad de empresa, el derecho de propiedad, el derecho a transmitir información por cualquier medio y el principio de igualdad. Fundan su pretensión en que la ley cuestionada ha prohibido la explotación audiovisual de competiciones deportivas a la TV de pago, y reclaman la vaguedad de los términos por los cuales se autoriza la explotación por TV en abierto, *V.g.* relevancia social, interés general, etc.

Esta Ley fue derogada por la Disposición derogatoria Nº 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (*BOE, Nº* 79, 1 de abril de 2010). En todo caso, la disposición transitoria sexta mantiene un catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, señalando al efecto que "hasta tanto no se apruebe por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el catálogo de

En la exposición de motivos de la ley, se establece alguna razón que supone una limitación a la libertad de empresa: "los derechos de retransmisión de determinados acontecimientos deportivos que revisten interés general deben concederse a las cadenas que transmiten sin codificar para que dichos acontecimientos sean accesibles al conjunto de la población", es decir, por el interés general que revisten algunos acontecimientos deportivos, éstos no pueden ser emitidos por la televisión de pago sino que la señal debe ser abierta, a fin que el evento sea accesible a toda la población. En esta materia se observa una maximización del derecho a informar, pero también se advierte un asomo de reconocimiento legislativo al derecho a disponer de un espacio legítimo de recreación por parte de los ciudadanos.

Tratándose de la libertad de empresa, los recurrentes señalan que el art. 4 de la ley la vulneraría. Sostiene el TC que la CE garantiza la libertad para crear empresas, dirigirlas, planificarlas y fijar sus objetivos, pero ello no obsta a que no se pueda limitar el ejercicio de este derecho, habida cuenta que su radicalización tiende a generar transformaciones del mercado que perjudican al ciudadano, por la natural tendencia al crecimiento y acumulación del capital[549].

Al mismo tiempo, se había alegado que el mismo art. 4 estaría lesionando el principio de reserva de ley establecido en el art. 53.1 CE. Es verdad que la ley es manifestación de la voluntad soberana, por tanto, tratándose de los derechos fundamentales este espacio de libertad sólo puede regularse por los representantes de los ciudadanos. Aunque una ley se remita a otra fuente del derecho, tal referencia le está vedada.[550]. Sin embargo, tratándose del art. 4, la colaboración que presta un órgano de

---

acontecimientos de interés general para la sociedad, se emitirá en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado, un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de fútbol, siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo".

[549] "La vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado y que la estricta libertad de empresa sin sometimiento a intervención administrativa alguna…no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula" (*Ibíd.*, FJ 8, párrafo 2º). En idéntico sentido, *Cf.* STC 127/1994, de 9 de mayo de 1994, FJ 6, letra D, párrafo 1º).

[550] "La fijación de los límites de un derecho fundamental no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues debiera debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, a la ley pertinente" (STC 112/2006, *op. cit*, FJ 3, párrafo 3º).

la Administración, por la complejidad técnica que suponen las actividades de los medios audiovisuales, una flexibilidad normativa se ve necesaria[551].

En este caso, llama la atención que las transmisiones audiovisuales deportivas, paradigmas del ocio, sean consideradas de interés general, por tanto, son dignas de protección y, sobre todo, se garantiza el acceso a ellas a los ciudadanos. Asimismo, la sentencia no es ajena a consideraciones políticas para justificar su decisión. Simplemente recordemos su intuición acerca de "la tendencia al monopolio de los medios informativos", cuestión que si bien es política y económica, tiene consecuencias jurídicas.

También llama la atención la apertura del TC para interpretar la cláusula "interés general", lo que es ejemplo de cómo las normas jurídicas son dinámicas[552].

He señalado que, cuando el Estado interviene como agente económico, lo hace no sólo ante la ausencia de iniciativa privada, sino como un actor más; pero si lo hace, se encuentra en la misma situación de actuación que los empresarios privados.

Sin embargo, otra cosa son los servicios de interés general, cuya titularidad no se atribuye en exclusiva al Estado. Sobre este punto, el TC se ha pronunciado, específicamente respecto a las oficinas de farmacia. Cabe recordar que la ley 16/1997[553] las define en su art. 1 como "establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria".

Se planteó por parte de un Tribunal de lo Contencioso – Administrativo de Valencia una cuestión de constitucionalidad por una eventual contradicción entre la ley de Sanidad y los arts. 14, 35 y 38 CE, específicamente por la denegación de apertura de una oficina de farmacia. Lo anterior, porque la ley limita el establecimiento de oficinas de farmacia (aunque su desarrollo es reglamentario) con limitaciones en función del número de habitantes y distancias entre las oficinas. Según el parecer de los recurrentes,

---

[551] "Nos encontramos, por tanto, ante un complemento de la regulación legal que es indispensable por motivos técnicos" (*Ibíd.*, FJ 4º, párrafo 5).

[552] Si bien comparto el razonamiento del TC, disiento de la sentencia en el sentido que ésta no funda correctamente la exclusividad a la TV abierta de las transmisiones. Se opone a la libre empresa que la TV de pago no pueda acceder a ella. Se puede sostener que no habría inconveniente en que la TV pagada retransmitiera los acontecimientos deportivos, siempre y cuando sea complementado por otra emisión en señal abierta. En nada afecta al fondo de la regulación que la TV de pago también pueda concurrir.

[553] Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia (*BOE*, Nº 100, 26 de abril de 1997).

habría una limitación de la libertad de empresa y una lesión del principio de reserva legal[554].

Sobre el punto, el Fiscal General del Estado señaló que, si bien la instalación de una farmacia supone actividad mercantil, esta actividad satisface una necesidad social de carácter básico (la sanidad), lo que la exceptúa del concepto de empresa, a la vez que tales oficinas quedan excluidas básicamente de la idea de economía de mercado, puesto que ni puede jugar la libre concurrencia de productos y precios, ni la libre competencia[555].

El TC no excluye *a priori* a las farmacias del ámbito protegido por la libertad de empresa, pero nada obsta que este derecho pueda ser limitado por el legislador, especialmente por la cualificación del servicio que se presta[556].

Incluso más, en época reciente, si bien el TC mantiene la tesis que la actividad farmacéutica no está sustraída de la libertad de empresa[557], agrega que cuando colisiona con otros derechos, es necesario recurrir al principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la norma, es decir, no hay prelación estática de derechos sino que es el caso y su trascendencia para la comunidad lo que determinará la legitimidad de los límites. En este caso concreto, es la importancia para la comunidad que reviste la industria farmacéutica lo que autoriza la legitimidad de una limitación de parte del legislador[558].

---

[554] *Cf.* STC 83/1984, de 24 de julio de 1984.

[555] *Cf. Ibíd.*, Antecedentes, Nº 6, párrafo 10º.

[556] "Nada hay en la Constitución que excluya la posibilidad de regular y limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, como tampoco nada que impida prohibir que se lleve a cabo fuera de estas oficinas la dispensación al público de especialidades farmacéuticas, pues el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables" (*Ibíd.*, FJ 3, párrafo 3º).

[557] *Cf.* STC 109/2003, de 5 de junio de 2003.

[558] "Para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada…es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad… Lo razonado encuentra aún mayor sustento por el hecho de que las oficinas de farmacia han sido configuradas por el legislador como 'establecimientos sanitarios privados de interés público', pues esta dimensión pública justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas. En definitiva, el principio general de que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado se encuentra reforzado por esa publificación del servicio sanitario. En conclusión, los preceptos que regulan la caducidad de las autorizaciones administrativas no infringen el principio de libertad de empresa" (*Ibíd.*, FJ 15).

El TS también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la industria farmacéutica. Si bien, reconoce el carácter mercantil de esta actividad, el punto de partida para el análisis de este sector es que no es la mera y libre comerciabilidad de los productos ofrecidos, ya que a esta actividad asiste un especial deber de cuidado por estar comprometida la sanidad pública[559].

El art. 1 CE constituye al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente en el nivel fundamental y es la base en que reposa todo el ordenamiento jurídico. No se trata de una mera afirmación ideológica sin aplicación inmediata y práctica, sino que ofrece un criterio hermenéutico para la Constitución y la irradia por completo.

Tratándose de la libertad de empresa, se ha visto que las limitaciones a su ejercicio pueden encontrarse en disposiciones expresas de la CE, como son las relativas a la iniciativa económica del Estado o las facultades de planificación de la economía general[560]. Pero no se debe olvidar el hecho de que esas facultades son expresión concreta de la materialización en España de un Estado social.

La fuerza del Estado social se transmite a lo largo de la Constitución, siendo el Estado social un freno a los excesos liberales, que anhelan colonizar todos los espacios del mundo de la vida. De ahí que el interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la CE permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa.

La libertad de empresa, como todo derecho fundamental, tiene límites, y el TC lo ha reiterado en numerosas ocasiones. Al mismo tiempo, no debemos olvidar el carácter relacional de ese derecho, como tampoco el hecho que también se encuentra sometido al examen del criterio de la proporcionalidad.

Es sabido que el sistema de economía de mercado, en el que a la libertad de empresa le cabe un destacado papel, es el mejor de los modelos conocidos para el desarrollo económico de un país. Y no sólo es un sistema eficiente, sino que, aplicado

[559] "No es asumible como punto de partida que 'las especialidades farmacéuticas de uso humano' sea un mero producto comercial, que esté sujeto al juego de la oferta y la demanda del mercado y regido por las decisiones que corresponden a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Por el contrario, se singularizan por su significado sanitario, lo que otorga especiales títulos de intervención a los poderes públicos" (STS, Sala de lo contencioso, de 5 de noviembre de 1999, Nº de Recurso: 229/1997).

[560] También se podría agregar la implementación práctica del criterio que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (128.1), como también la reserva de servicios esenciales para el Estado (art. 128.2), o la intervención de empresas (art. 128.2). Creemos que en una economía de mercado, estas situaciones son más bien excepcionales.

con correcciones, es un medio que puede garantizar una mejora sustantiva de los sectores menos aventajados de la comunidad. El problema reside en que existen posturas y políticas fácticas que interpretan que toda realidad puede ser mercantilizada. De ahí que Estado social y los derechos sociales sean un freno a la tentación o irrupción radical de un liberalismo al modo del siglo XIX.

En otras latitudes se ha materializado una mercantilización de todos los sectores y el papel del Estado ha quedado reducido a un mero "subsidiarizador" ante la incapacidad de iniciativa privada. Sectores sensibles al ejercicio de los derechos sociales como lo son la educación, sanidad, sistema de pensiones o transporte pueden ser entregados a la regulación por el sistema de mercado. El problema es que ese endoso no garantiza un sistema justo y ni siquiera más eficiente. Por ejemplo, lo que ocurre en Europa con la industria farmacéutica es ejemplo de cómo el Estado debe estar atento a los servicios públicos de interés general. Nada impide que ese sector pueda devenir en una industria como cualquier otra, con el riesgo de la aparición de grandes conglomerados económicos que se instalen y coopten el mercado, con tendencias a la monopolización, aparición de cárteles y colusión de precios. Lo mismo puede ocurrir en el sector educativo o sanitario, en que el acceso a prestaciones de calidad en esas áreas queda reducido a quienes cuentan con los medios económicos para satisfacerlas.

El Estado social, a pesar de los años, crisis y cuestionamientos constantes a los que se ha visto sometido, no ha perdido ni actualidad ni eficacia. Y para el caso de la libertad de empresa, un derecho como cualquier otro, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad.

En los casos que hemos presentado se observa la tensión, pacífica pero evidente, entre lo que son los mecanismos de defensa de la competencia y los que pretenden limitarla, tanto por la defensa del interés general, como del respeto y promoción de los derechos fundamentales. Porque derechos fundamentales no sólo son los de primera generación, sino que también gozan de estatuto sustantivo los derechos sociales, que con el paso de los años han pasado de meras expectativas a derechos en forma, compartiendo la visión de ALEXY en el sentido de que constituyen mandatos de optimización.

Mucho más se puede decir y analizar sobre este punto. Sin embargo, nuestro propósito ha sido analizar la libertad de empresa como derecho, necesario para un eficaz desarrollo y crecimiento de un país pero que, sin embargo, cuenta con límites que

surgen a partir del hecho de que la Constitución de España define al Estado español como Estado democrático y de derecho, pero sobre todo como Estado social. Y en ello ha radicado el empeño que culmina en estas líneas.

CAPÍTULO IV: ANTECEDENTES RELATIVOS A LA CONSTITUCIÓN CHILENA VIGENTE.

1. Génesis de la Constitución.

Diferentes episodios históricos marcan el devenir de las Naciones. Incluso ciertos acontecimientos los podemos asociar con fechas y años determinados. Por ejemplo, el 14 de julio de 1789, inequívocamente lo asociamos a la Revolución Francesa, o el 12 de octubre de 1492, fecha en la cual se produce el encuentro entre dos mundos: el hispánico (europeo) y el indígena (americano). En fin, otros ejemplos se pueden dar para ilustrar la afirmación anterior, sin embargo, lo que quisiera destacar es que tratándose de la historia de Chile reciente, hay una fecha que marca un antes y un después para el devenir de la sociedad; el 11 de septiembre de 1973.

El "once", como suele llamarse coloquialmente, se produce un Golpe de Estado que no sólo depone al Presidente constitucional sino que inicia un proceso de profunda transformación en la sociedad chilena en múltiples ámbitos, entre los que destacan el político institucional y el económico social. Respecto del primero, en lo inmediato se producirá una concentración del poder político como nunca se había dado en la historia, y para el futuro se despliega una concepción de la democracia de carácter instrumental, autoritaria y protegida. Sobre lo segundo, las tesis propuestas por el neoliberalismo comienzan a ser impuestas en todas las esferas sociales, restringiendo el rol del Estado a mínimos, no sólo en lo que respecta a su estructura sino que, sobre todo, como agente que actúa en la economía.

De ahí la necesidad de reflexionar críticamente sobre la Historia constitucional chilena de los últimos años, porque no se trata sólo de exponer hechos, sino que se deben interpretar desde la perspectiva de los cambios paradigmáticos que ellos suponen y, al mismo tiempo, de qué manera han significado la emergencia de un modelo "original" que hasta el día hoy, aunque atenuado, pervive en el sistema constitucional de Chile.

El análisis de la génesis de la Constitución chilena será presentado desde una doble perspectiva. La primera, consistirá en el relato de los principales acontecimientos que dan origen a la Constitución y su implementación temporal y en la segunda, intentaré presentar un enfoque crítico a este proceso histórico.

1.1. Etapas del proceso de formación de la Constitución chilena.

En 1970 fue elegido Presidente de la República el candidato de la UP Salvador Allende Gossens[561]. Desde un primer momento el Gobierno de la UP encontró una fuerte resistencia, incluso antes de asumir el poder[562]. Esa resistencia se mantuvo una vez que Allende asume el cargo, y se intensifica con el paso de los años. El *climax* de esta situación lo constituye el Golpe de Estado de 1973, que pone fin al gobierno democrático y termina, de facto, con la vigencia normativa de la Constitución de 1925.

Durante el Gobierno de la UP se profundiza la polarización política de la sociedad y las medidas, especialmente de naturaleza económica, generan el abierto rechazo de los sectores de derecha. La radicalización de la Reforma Agraria, los proyectos de reforma al sistema educativo, que en Chile se caracteriza por un énfasis en la libertad de enseñanza sobre el derecho a la educación, la nacionalización de empresas estratégicas, la toma de industrias, el descontrol del orden público, el desabastecimiento de alimentos básicos, entre otros hechos, autoriza a tener un juicio negativo sobre la labor del Gobierno de la época. No se puede presentar al Gobierno de la UP como modelo de respeto al ordenamiento jurídico y las costumbres políticas, pero su mala actuación no legitima un Golpe de Estado, especialmente porque la Constitución de 1925 contemplaba mecanismos para deponer al Presidente de la República (arts. 39.1º.a y 42.1º Constitución de 1925), y sin embargo, se recurre a un vía de hecho[563].

[561] Según la Constitución chilena de 1925, el Presidente era elegido en votación directa por los ciudadanos con derecho a sufragio (art. 63, inc. 1º), correspondiendo a las dos ramas del Congreso Nacional proclamar Presidente de la República al ciudadano que hubiere obtenido más de la mitad de los sufragios válidamente emitidos (art. 64 inc. 1). Sin embargo, si del escrutinio no resultare esa mayoría, el Congreso Pleno elegirá entre los ciudadanos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías relativas (art. 64 inc. 2). Tal fue el caso de la elección presidencial de 1970, puesto que los candidatos Allende y Alessandri obtuvieron un 36,3 y un 34,9 por ciento de los votos válidamente emitidos. Si bien Allende obtuvo la primera mayoría relativa y la historia da cuenta que cada vez que debió intervenir el Congreso en la elección del Presidente, éste elegía a la primera mayoría, Allende sólo fue proclamado tras un acuerdo político al que llegó con el principal partido de la oposición (DC), que se tradujo en una reforma constitucional de envergadura, conocida como "Estatuto de Garantías Constitucionales".

[562] Por ejemplo, el asesinato del Comandante en Jefe del Ejército, RENÉ SCHNEIDER. Para evitar la llegada de Allende a la presidencia, se orquestó el secuestro de SCHNEIDER, con el fin de provocar la intervención de las FFAA y evitar la sesión del Congreso. El 22 de octubre de 1970, el automóvil de SCHNEIDER fue bloqueado por cuatro vehículos y un grupo de jóvenes rodeó el automóvil del General. Los secuestradores, al percatarse de que SCHNEIDER tomaba su arma para repeler la acción, dispararon sobre él, falleciendo días después.

[563] La experiencia chilena de "camino al socialismo" ha sido objeto de diversos análisis. Por de pronto, se acusa la intervención de EEUU para lograr la desestabilización del régimen democrático, por un temor al "efecto dominó" que la elección de un Gobierno con orientación marxista podría provocar el Latinoamérica, ya que la irrupción de las fuerzas de la UP no se da por el uso de la fuerza, como es el

El mismo 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno dicta el DL 1, que señala que "con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno (la Fuerza Pública, formada por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y Carabineros) y asumen el Mando Supremo de la Nación" (Nº 1)[564]. En este DL es posible apreciar la intención de la Junta de Gobierno de asumir la totalidad del poder, pero ante la falta de claridad de significado de la voz "mando supremo", en noviembre de 1973, la Junta dicta el DL 128[565]. En el art. 1 se afirma que "la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo". Al mismo tiempo, la Junta reconoce la vigencia de la Constitución de 1925, pero agrega que "las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella" (art. 3 inc. 2), es decir, la autoatribución del Poder Constituyente la "autoriza" para modificar la Constitución aún vigente.

Pero se presenta un problema, dado que la Carta de 1925 comienza a ser modificada de hecho, y como los DL que lo hacen no explicitan el hecho que están reformando la Constitución, qué ocurre con esas modificaciones. ¿Cuándo estamos en presencia de una actuación legislativa y cuándo ante una de carácter constituyente?

---

caso de la Revolución cubana o los países de la órbita soviética, sino mediante una legítima elección democrática. Cabe recordar que el contexto histórico inmediato es la llamada "Guerra Fría".

Existe abundante literatura que explica las causas de la quiebra constitucional chilena. VELIZ agrega a lo señalado que, las causas más importantes de la misma responden a tres problemas: primero, el sistema de cuotas para regular la asignación de cargos en el gobierno entre los partidos miembros de la UP; segundo, la tolerancia inexplicable de una organización paramilitar ilegal; tercero, el estilo de gobierno de conducta personal del Presidente Allende en franca oposición con las tradiciones republicanas (*Cf.* VELIZ, C.: "Continuidades y rupturas en la Historia Chilena: otra hipótesis sobre la crisis chilena de 1973". En: *Estudios Públicos*, Nº 12, CEP, Santiago, 1983, pp. 56 – 61).

Si bien no es finalidad de esta investigación examinar las causas de la quiebra institucional chilena, la hipótesis defendida por VELIZ puede objetarse por, al menos, dos razones. La primera es que en el reparto de cuotas de poder, siempre que se producen gobiernos de coaliciones, es una práctica usual e inevitable. Lo segundo, es que tiende a idealizar los valores republicanos chilenos, lo cual es desmentido por la realidad, en que el abuso de la clase oligárquica por decenas de años ha sido una constante. Al respecto, *Cf.* SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, LOM ediciones, Santiago, 1999, pp. 13 – 123; CORREA SUTIL, S.: "La democracia que tuvimos, la democracia que no fue". En: *Revista de Sociología*, Nº 14, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 117 – 120.

[564] DL 1, de 11 de septiembre de 1973, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, *Diario Oficial*, Nº 28.653, Santiago, 18 de septiembre de 1973.

[565] DL 128, de 16 de noviembre de 1973, aclara sentido y alcance del artículo 1º del decreto ley Nº 1 de 1973, *Diario Oficial*, Nº 28.703, Santiago, 16 de noviembre de 1973.

Confundiendo legalidad con legitimidad, la Junta dicta el DL 788[566] el cual, en su artículo 1 declara que "que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución".

La Junta de Gobierno asume desde el principio la tarea de elaborar una nueva Carta. Así, por medio del DS 1064 se "designa Comisión para que estudie, elabore y proponga un Anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado"[567]. La fundamentación del DS señala que la Comisión se establece "considerando la necesidad de reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República"[568].

Esta Comisión, conocida como la "Comisión Ortúzar" en atención al nombre de su Presidente, realiza 417 sesiones entre de 1973 y 1978. Cabe recordar que los integrantes de la Comisión, en su mayoría profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, no se caracterizaron por disentir profundamente en sus postulados ideológicos ya que eran cercanos a la derecha chilena. En esta Comisión no cabía la representación de los sectores de centro o siquiera de centro izquierda (para que hablar de representantes marxistas) del escenario político chileno. Se trata entonces de un pluralismo limitado, "pero tan limitado, que estaba en ese límite en que no puede tener sentido hablar de pluralismo. Se trataba de un caso en el cual el adjetivo (limitado), destruye al sustantivo (pluralismo)"[569], aunque se debe reconocer que en su itinerario de trabajo invitaron a exponer sus puntos de vista a algunos especialistas, sin embargo, "las opiniones así oídas fueron seleccionadas, sobre

[566] DL 788, de 2 de diciembre de 1974, dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente, *Diario Oficial*, Nº 29.019, Santiago, 4 de diciembre de 1974.

[567] DS 1064, de 25 de octubre de 1973, que crea oficialmente la Comisión Constituyente, *Diario Oficial*, Nº 28.699, Santiago, 12 de noviembre de 1973. Llamo la atención sobre el paradojal nombre de la Comisión, "Constituyente", en circunstancias que el poder Constituyente lo detenta formalmente la Junta de Gobierno.

[568] *Ibíd*., "Vistos".

[569] CHAPARRO, P. – CUMPLIDO, F.: "El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar – autoritario chileno. Estudio de dos casos". En: GARRETÓN, M. A. et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, p. 39.

todo ideológicamente, quedando valiosos punto de vista, por lo común disidentes, omitidos de los anales"[570].

La obra de la Comisión consistió en la elaboración de un Anteproyecto de Constitución, por lo que se debe insistir en la idea que esta Comisión no tenía el carácter de Constituyente, a pesar de la denominación equívoca que recibe hasta 1976.

La primera etapa de elaboración de la nueva Carta culmina con la presentación de un Anteproyecto. Éste contiene un Preámbulo de carácter doctrinario, ciento veintitrés disposiciones permanentes distribuidas en catorce capítulos y once artículos transitorios, que es entregado al Presidente de facto de la época, quien lo remitirá al Consejo de Estado[571].

En octubre de 1978, el Presidente de la época solicita al Consejo de Estado su opinión sobre el Anteproyecto[572]. El Consejo lo estudia, a puerta cerrada, entre noviembre de 1978 y julio de 1980 en 57 sesiones. Si bien, lo fundamental del proyecto presentado por la Comisión se mantiene, se introducen algunas modificaciones, principalmente de carácter formal. Una diferencia sustantiva con el documento elaborado por la Comisión es el aumento en el número de disposiciones transitorias. En julio de 1980 se hace entrega del Proyecto a la Junta de Gobierno para que revise ambos trabajos[573].

---

[570] CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2008, p. 77. Esta opinión no es compartida por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ ni ALVEZ MARÍN, quienes sostienen que el trabajo de la Comisión en un trabajo eminentemente jurídico constitucional; un trabajo de juristas (*Cf*. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución". En: *Revista de Derecho*, Nº XXII, vol. 1, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, p. 322; ALVEZ MARÍN, A.: "El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena". En: *Revista de Derecho*, Nº 212, vol. I, Universidad de Concepción, Concepción, 2002, p. 42). Volveremos sobre este punto, dado que no coincido con esos autores.

[571] *Cf*. CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 29 – 30, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1981, pp. 44 – 45.

[572] El Consejo de Estado era un Organismo consultivo creado por el DL 1319, integrado por representantes del mundo civil y militar, entre los que destacan los ex Presidentes de la República y ex Comandantes en Jefe de las FFAA y Carabineros (art. 2): *Cf*. DL 1.319, de 31 de diciembre de 1975, Acta Constitucional Nº 1, crea Consejo de Estado, *Diario Oficial*, Nº 29.350, Santiago, 9 de enero de 1976.

[573] *Cf*. CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 49 – 51.

La Junta conoció y despachó el proyecto constitucional en un brevísimo plazo – un mes, julio de 1980 –. En la mayor parte del proyecto definitivo se opta por las ideas contenidas en el anteproyecto de la Comisión[574].

De este trabajo no quedó nada escrito con carácter oficial y público, y su labor tampoco ha sido difundida, por lo que los cambios que se introdujeron en esta instancia, que en algunos casos no son menores, carecen de fundamentación conocida[575].

El 10 de agosto de 1980 el general Pinochet anunció que la Junta de Gobierno, en ejercicio de su potestad constituyente, había aprobado la nueva Constitución y que convocaba a la ciudadanía a un plebiscito para ratificarlo[576], el cual se realizará el 11 de septiembre de 1980.

El 11 de septiembre de 1980 se realiza un plebiscito para "ratificar" la Constitución. Hubo dos opciones: SI y NO, ganado la primera alternativa con el 67,04% de los votos. La nueva Constitución fue promulgada el 21 de octubre de 1980.

Según CARRASCO "durante la época anterior a la fecha del plebiscito se produjo una gran actividad y debate de su significado"[577].

La Constitución constaba de 120 artículos agrupados en 14 capítulos. Contiene además 29 disposiciones transitorias, las cuales en su contexto configuran el denominado "período de transición", es decir, en el primer período de vigor de la Constitución, rige principalmente el articulado transitorio, por lo que el valor del cuerpo permanente es más semántico que normativo, si consideramos la terminología clásica planteada por LOEWENSTEIN[578].

---

[574] *Cf. Ibíd*., pp. 51 – 52. Una aclaración: CEA postula que el tiempo durante el cual la Junta estuvo debatiendo sobre la Constitución va desde mayo a agosto de 1980, trabajando en paralelo al Consejo de Estado (*Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 78.

[575] *Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 78. Uno de los cambios más significativos tiene relación con el régimen de transición de 1980 a 1989. Llamo la atención sobre el art. 24 transitorio que contiene la regulación de los derechos en estados de excepción; destaca el hecho que las medidas que tome la autoridad administrativa en esos regímenes excepcionales, no serán susceptible de recurso alguno.

[576] *Cf. Ibíd*., p. 79. En cuanto a la necesidad de la consulta popular. ¿Para qué? El poder constituyente radica en la Junta, por lo que bastaría su voluntad para que la Carta pueda entrar en vigor.

[577] CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 55. Demasiado optimista la afirmación del autor pues, cabe recordar, que en la época del plebiscito el país vivía en estado de excepción, no había registros electorales, tampoco claridad sobre los efectos que produciría el triunfo de la alternativa NO, violaciones sistemáticas de los derechos humanos y una policía secreta que perseguía con encono a los opositores del régimen.

[578] *Cf.* CRUZ – COKE OSSA, C.: "Constitucionalismo chileno y su evolución". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 20, tomo II, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, p. 564.

A partir de 1989 la Constitución ha sufrido múltiples reformas, siendo relevantes las que se realizaron en los años 1989 y 2005. Aunque volveremos sobre las reformas, quisiera destacar que los desafíos de la Constitución vigente permanecen en pie. No ha sido fácil el devenir de la Carta durante sus treinta años de existencia y no sólo por el tema de legitimidad, que no es menor, sino especialmente por el tipo de sociedad que se propone para los chilenos: un sistema democrático con un fuerte énfasis en lo formal, con tutelas originales y con una tendencia a provocar rigidez y petrificación normativa. No sería extraño entonces el divorcio entre norma y realidad, tan propio de sistemas normativos rígidos y autoritarios que esconden, o una profunda desconfianza sobre la madurez política de la comunidad o, que aspiran a mantener el *status quo* con indiferencia a las mutaciones que va experimentando la sociedad. Puede ser que la Carta chilena sea una mezcla de ambas aprehensiones.

1.2. Análisis crítico de la génesis de la Constitución vigente.

La Constitución chilena ha tenido una historia compleja. Su contexto inmediato es la dictadura militar y, con el paso de los años, la fuerza normativa de lo fáctico produce sus frutos y, tras sucesivas reformas, poco a poco se ha ido acercando a lo que debiera ser una Constitución democrática.

El 11 de septiembre de 1973, la irrupción militar provoca una quiebra político – institucional, pero también un cisma para la interpretación de la historia. La intervención golpista no supone una breve interrupción del sistema democrático en vistas de restablecer la institucionalidad resquebrajada, sino que es más bien una refundación del Estado de Chile. "Se trata de un proyecto de restructuración global que

---

Conviene recordar que LOEWENSTEIN distingue, en cuanto a los efectos reales que produce una Constitución, entre Constitución normativa, nominal y semántica. Es *normativa*, cuando las normas constitucionales dominan el proceso político o el proceso político se adapta a las normas y se somete a ellas; será *nominal*, cuando la dinámica del proceso político no se adapta a las normas constitucionales, es decir, se dan unos supuestos sociales y económicos que operan contra la concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación de hecho impide la completa integración de normas y vida política; es *semántica* en los casos en que la Constitución se aplica pero su realidad no es más que la formalización de una situación existente en el orden político. En este caso la Constitución cumple la función de beneficiar a los gobernantes, pues el aparato coactivo del Estado sirve para dominar sin limitación alguna. La autocracia se instala al amparo de un falso constitucionalismo, transformándose la normatividad en un instrumento de coacción sobre los ciudadanos que estabiliza la intervención de los gobernantes (*Cf.* LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1976, pp. 216 – 222; GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: "La idea de Constitución en Karl Loewenstein". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 139, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1965, pp. 92 – 96).

rompe violentamente con la tradición de la sociedad chilena, tanto en el nivel de las relaciones económicas como en cuanto a la naturaleza del Estado e, incluso, las concepciones ideológico culturales predominantes"[579]. De ahí la necesidad de terminar con la Constitución de 1925 y elaborar una nueva Constitución que responda a los nuevos paradigmas en los cuales descansará la institucionalidad.

Es posible realizar una crítica a la Constitución desde una doble perspectiva: una crítica formal, especialmente al procedimiento de aprobación original y su entrada en vigor casi diez después de su promulgación, y una crítica sustantiva, que apunta a su contenido, especialmente lo que podríamos llamar "enclaves autoritarios" y el sincretismo epistemológico, que se traduce en un difícil acoplamiento de las diferentes vertientes políticas que nutren la Constitución.

En cuanto a las críticas sobre la forma de generación de la Constitución, dos son los cuestionamientos más significativos que se pueden realizar: la autoatribución del poder constituyente por parte de la Junta de Gobierno y el plebiscito "ratificatorio" de 1980.

1.2.1. La autoatribución del Poder Constituyente por la Junta de Gobierno.

Como se ha visto, la Junta militar que se instala en el gobierno en 1973, por medio de los DL 1, 128 y 788 se autoatribuye el poder constituyente. De ahí entonces, la Junta se sitúa por encima de la Constitución y el derecho, ya que de ella depende su generación y aplicación, sin que exista un mínimo control sobre sus actos[580].

Asimismo, este proceso de elaboración de la Constitución no es democrático y no cumple con los mínimos de una norma fundamental: no se divide el ejercicio del poder (la Junta concentra los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo), no consagra efectivamente el principio de legalidad (los actos de la Junta se encuentran autorregulados) y no hay garantía real y efectiva para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales. De ahí que durante los años de historia no democrática de la

[579] VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar". En: GARRETÓN, M. A. et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, p. 65. En cuanto al carácter revolucionario de la irrupción de las FFAA, *Cf. Cf.* SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, *op. cit*., pp. 99 – 100. De hecho, en esta obra existen abundantes referencias bibliográficas que postulan esta tesis.

[580] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 37.

Carta (1980 – 1990) no se pueda hablar de un régimen constitucional ni tampoco de un poder constituyente[581].

¿Cuál es el fundamento de la Junta para dotarse a sí misma del poder constituyente? Para el desarrollo de la normativa de la Junta, un importante rol cabe al abogado JAIME GUZMÁN ERRÁZURIZ quien, desde muy temprano, se transforma en estrecho colaborador de los militares. Según CRISTI, GUZMÁN accede a la noción de poder constituyente a través de juristas españoles como SÁNCHEZ AGESTA, quien a su vez depende teóricamente de SCHMITT[582].

El tema del poder constituyente, de suyo vasto y complejo, no es objeto de este trabajo, pero para comprender la crítica a la autoatribución del poder constituyente por parte de la Junta militar, es necesario que me refiera, aunque sea brevemente, a SÁNCHEZ AGESTA.

La recepción del pensamiento de SCHMITT en España data de mucho tiempo, siendo el año 1931 la primera vez que una de sus obras es traducida al castellano[583]. De ahí en adelante, continúan las traducciones de sus obras, e incluso una institución, el Instituto de Estudios Políticos, se transforma en importante receptor y difusor del pensamiento de SCHMITT en España[584]. En el caso de SÁNCHEZ AGESTA, éste reconoce el mérito de SCHMITT de fundar sus investigaciones en una teoría de la política, aunque se muestra distante en torno a ciertos postulados. Sin embargo, incluso sometiendo a crítica el pensamiento schmittiano, SÁNCHEZ AGESTA incorpora la consideración de la Constitución como norma, como decisión y orden concreto, la noción de dictadura, las referencias al decisionismo y al concepto de lo político[585].

---

[581] *Cf. Ibíd*., pp. 37 – 38.

[582] *Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM ediciones, Santiago, 2000, p. 77.

Presentar el pensamiento de CARL SCHMITT es una tarea que me sobrepasa absolutamente. No creo ni siquiera oportuno presentar una síntesis de sus postulados, ante la imposibilidad de ser fiel y riguroso en la exposición. Sin embargo, a partir de las reflexiones de SÁNCHEZ AGESTA podemos acercarnos a las ideas del jurista alemán. Si bien debo advertir que este trabajo no trata sobre la teoría política de ambos autores, sino acerca de la construcción normativa de la dictadura militar y cómo la autoatribución del poder constituyente obedece a una *ratio*.

[583] *Cf.* GOMEZ ORFANEL, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 15.

[584] *Cf. Ibíd*., p. 17. Según este autor, también es posible advertir esta influencia en publicaciones de la Universidad de Navarra: *Arbor* y *Nuestro Tiempo*.

[585] *Cf. Ibíd*., p. 23.

Cabe recordar que esas ideas tendrán gran impacto en la España de Franco, especialmente por la relevancia que en esa teoría adquiere la noción de poder constituyente. En efecto, la situación de levantamiento militar que se desencadena en España en julio de 1936 es terreno fértil para que se manifieste esa noción en toda su efectividad[586]. De hecho, el 24 de julio de 1936 se constituye una Junta de Defensa Nacional, la que en septiembre de 1936 "declina sus poderes para establecer un poder unitario supremo, político y militar, al que se atribuyen 'todos los poderes del nuevo Estado' y que se imputa a una persona determinada, el general de división, don Francisco Franco Bahamonde"[587].

La influencia de SCHMITT en SÁNCHEZ AGESTA se advierte en la definición que éste da al Poder Constituyente: "la voluntad capaz de decidir sobre el contenido de un orden es el *poder constituyente genuino*, como actividad política pura aprehendida en su pura esencia de crear un orden"[588]. Esta definición, que pone el acento en el carácter revolucionario de la voluntad, está marcada por el decisionismo, ya que la fuente de la que emana la organización de una comunidad es la voluntad del Constituyente, que al ser acción revolucionaria no tiene carácter normativo sino que puramente fáctico[589].

La voluntad del poder constituyente se encuentra más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que puedan fundar un derecho al ejercicio del poder; es pura facticidad histórica[590].

De ahí que, puestos a caracterizar al Poder Constituyen, se vislumbran al menos tres notas distintivas. La primera es que el poder constituyente no encuentra su justificación en una legitimidad jurídica anterior, ya que su fundamento es de carácter trascendente al ordenamiento jurídico positivo, siendo el derecho a la revolución un derecho que en estas esferas tiene cabida. En segundo lugar, el poder constituyente se caracteriza por su eficacia actual, es decir, quien invoca este Poder debe encontrarse en condiciones, por la fuerza que dispone o la autoridad que reviste, de realizar esa

---

[586] *Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, p. 108.

[587] SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980, pp. 476 – 477.

[588] SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho Político*, 4ª edición, Granada, 1951, p. 326.

[589] *Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, p. 110. La cursiva es del autor.

[590] *Cf.* SÁNCHEZ AGESTA, L., *Lecciones de Derecho Político*, *op. cit.*, p. 339.

creación del orden frente a eventuales fuerzas opositoras. Por último, el poder constituyente es actividad creadora o transformadora del orden, lo que entraña violencia jurídica, por lo tanto, no se trata de defender un orden (su acción no es conservadora) sino renovadora[591].

Destacan de las propuestas de SÁNCHEZ AGESTA, al menos dos cuestiones. La primera es la importancia que da al carácter revolucionario del Poder Constituyente, un poder que irrumpe y quiebra el orden establecido. La segunda, es que este poder se impone fácticamente, con independencia del derecho ya que su propósito es fundacional, apreciándose la tensión entre normativismo y decisionismo.

Por lo mismo, no es de extrañar la indiferencia con que SÁNCHEZ AGESTA se enfrenta a la pregunta por el titular de este poder: "es natural que las investigaciones sobre este tema se propongan como cuestión principal quien sea por derecho propio el *titular del poder constituyente*. Si existe o no un derecho al ejercicio de este poder es una cuestión en la que no queremos entrar aquí"[592]. Simplemente emite un juicio que pretende ser una constatación de la realidad: "titular del poder constituyente no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente, *quien puede*, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden"[593].

En obras posteriores, SÁNCHEZ AGESTA insiste en la definición del poder constituyente, y sin embargo, reconoce la importancia que tiene en la actualidad el hecho que el titular del poder sea la comunidad, señalando que "la concepción hoy aceptada atribuye a esta doctrina del poder constituyente a la comunidad como pueblo o nación soberana"[594]. No obstante, es una opinión que se funda en un análisis de la reflexión política de los sistemas democráticos, no una propuesta personal que responda

[591] *Cf. Ibíd*., pp. 340 – 341. La influencia de SCHMITT en esta argumentación se percibe en la propia cita que realiza el autor a los postulados defendidos por el jurista alemán (*Cf.* p. 341).

[592] *Ibíd*., p. 342. La cursiva es del autor.

[593] *Ibíd*., p. 342. Si bien esta afirmación pareciera constituir una simple lectura de la realidad, tras ella se esconde una cosmovisión política que no ha sido explicitada: el rechazo al republicanismo propio de las corrientes liberales.

[594] SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, *op. cit.*, p. 50.

a su propia convicción. Al mismo tiempo, añade que el problema de la titularidad no es un tema del derecho sino de la filosofía política[595].

La reflexión previa obedece a la conexión que existe entre la dictadura militar chilena y la búsqueda de fundamentos a la autoatribución del poder constituyente, porque, como señala CRISTI, los conceptos de SCHMITT son recibidos por los constitucionalistas chilenos de las obras de juristas españoles[596].

Como se ha señalado, a JAIME GUZMÁN le cabe un importante rol en la asesoría jurídica de la Junta militar y la impronta de SCHMITT es parte de su ideario político. "De hecho, la concepción schmittiana del Poder Constituyente le permite construir el régimen de Pinochet como una dictadura absoluta y no meramente comisaria. Como dictador soberano o absoluto, Pinochet elimina la totalidad del orden constitucional existente y genera una nueva Constitución"[597].

Al igual que en la dictadura encabezada por FRANCO, la dictadura chilena se caracteriza por la concentración del poder total. Para construir una nueva institucionalidad y justificar su ejercicio del poder necesitaban una *ratio* que diera razón a sus actuaciones, y la encuentran en los postulados recibidos por SÁNCHEZ AGESTA. Con todo, la identificación del poder constituyente con una fuerza que cambia el orden fácticamente envuelve algunos peligros que es necesario señalar.

---

[595] *Cf. Ibíd.*, p. 50. Recordamos la íntima conexión entre derecho y política. La opinión que desliza el autor me recuerda a la Teoría de sistemas y su postulado de la clausura operativa de ellos, cuestión discutible, toda vez que las normas que establecen las orientaciones y principios en una Constitución beben de una cosmovisión política de la realidad.

[596] *Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, p. 108.

A pesar de su juventud, en 1962 GUZMÁN ya manifestaba su admiración por el régimen español y se anticipan ciertas concepciones ideológicas más adelante afinadas, como su tradicionalismo católico y el rechazo de los partidos políticos como forma de representación. Por ejemplo, en un discurso escolar señala que "la Providencia Divina salvó a España, y el Movimiento Nacional triunfó en 1939, quedando como caudillo de España el generalísimo Francisco Franco... y esta organización corporativa, de la cual habla muy favorablemente la reciente encíclica *Mater et Magistra*, está en los principios del Movimiento Nacional... En resumen, toda España articulada en sus entidades naturales y profesionales, está representada en las Cortes, cuya composición ofrece una imagen más fiel que la resultante de un sufragio inorgánico" (texto citado en SALAZAR, M., *Guzmán, quién, cómo, por qué.*, Ediciones BAT, Santiago, 1994, p. 229). O claramente su admiración por el régimen franquista, tras su recorrido por Europa, también en 1962: "estoy archifranquista, porque he palpado que el generalísimo es el Salvador de España, porque me he dado cuenta la insigne personalidad que es, lo contenta que está la gente con él, lo bien que se trabaja y el progreso económico que se advierte. Y que conste que en España hoy hay libertad absoluta, entendida y orientada al bien común y no a satisfacer el absurdo principio de la Revolución Francesa 'Liberté' que tiende al libertinaje. 'No hay libertad sino dentro de un orden', ha dicho Franco" (se trata de una carta a su madre enviada desde Lisboa. Texto tomado de GUZMÁN ERRÁZURIZ, R., *Mi hermano Jaime*, Editorial Ver, Santiago, 1991, p. 80).

[597] CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, LOM ediciones, Santiago, 2006, p. 175.

Lo primero, es que al omitir la pregunta por el titular de la fuerza (del poder constituyente), esta omisión puede justificar la irrupción violenta de cualquier tipo de poder fáctico. De ahí que las dictaduras encuentran en este tipo de pensamiento una fuente de legitimidad a su actuar, escudándose en el derecho de revolución. Sin embargo, nuevamente queda sin respuesta la pregunta por la titularidad del ejercicio de los derechos, porque ¿quién detenta el derecho a la revolución y en qué condiciones este derecho se ejerce legítimamente? Por lo mismo, ante la indiferencia por la titularidad de Poder constituyente, nada obsta que el ejercicio de la fuerza esté a cargo de un poder oligárquico o incluso monocrático.

Lo segundo, es que si bien el sistema democrático es una conquista cultural, ha demostrado a lo largo de la historia ser un sistema eficiente y, sobre todo, el que mayor importancia concede al respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuestión que no se puede afirmar tratándose de los regímenes dictatoriales. Por lo mismo, no son indiferentes los pilares sobre los cuales se funda la "institucionalidad" de un Estado. Las premisas que propone GUZMÁN en el caso de Chile, dieron lugar a un régimen autoritario con rasgos monocráticos, y justificaron la irrupción de una dictadura que hizo del miedo y el terror un vehículo de control político y que violó sistemáticamente los derechos fundamentales de las personas[598].

En tercer lugar, quisiera señalar que me ubico entre los que afirman que no cualquier poder que genera una Constitución es poder constituyente, sino que la Constitución es fruto de un pacto que refleja el consenso social entre las diferentes fuerzas vivas de la comunidad y que tiende a regular los aspectos sustantivos de la vida

[598] *Cf.* COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991; COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.

Este último Informe en su introducción señala que "más de treinta mil personas han desfilado frente a nosotros, las hemos visto y las hemos escuchado. Más de treinta mil personas se han atrevido a acercarse a nuestras oficinas o a responder a nuestros llamados en regiones. Y más de treinta mil veces hemos escuchado el estupor, el temor, la impotencia que aún genera la dignidad violada por agentes del Estado, de quienes se espera -o debería esperarse- respeto a las personas, protección a los débiles y un escrupuloso cumplimiento de la ley. Así nos hemos dado cuenta, en primera persona, de que la corrupción del poder es la peor de las corrupciones, pues termina minando las bases de la credibilidad esencial que todo ciudadano aguarda de las instituciones del Estado" (pp. 9 – 10). Agrega que "la represión política -fusilamientos sumarios, tortura sistemática, privación arbitraria de libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, conculcación de derechos humanos fundamentales- operó desde el 11 de septiembre hasta el fin del gobierno militar, aunque con grados de intensidad variables y con distintos niveles de selectividad a la hora de señalar a sus víctimas. El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación ofrece valiosa y concluyente información al respecto al identificar la institucionalidad del aparato represor, el ámbito de sus actividades, sus métodos y sus procedimientos refinados con el tiempo, así como los lugares en donde se ejercieron tareas coercitivas" (p. 191).

en común. Como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA "en la Constitución ha de expresarse el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivativo de la Constitución, así como el principio de la limitación de poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales"[599].

Por último, hago mías las palabras de RUIZ – TAGLE, quien señala que "lo fundamental de la obra schmittiana es su oposición a los ideales del constitucionalismo democrático y liberal. Aceptar acríticamente las ideas de Schmitt significa estrechar la posibilidad de desarrollar un pensamiento jurídico respetuoso de la tradición constitucional republicana"[600].

1.2.2. El plebiscito "ratificatorio" de septiembre de 1980.

El 11 de septiembre de 1980 se llevó a cabo un plebiscito destinado a obtener la ratificación ciudadana a la Carta presentada por la Junta militar. Digo "ratificar" y no "aprobar" en atención a que la ciudadanía no detentaba el poder constituyente, por lo mismo, mal podía generarla un cuerpo que no detentaba la autoridad para hacerlo. Así lo hacen notar en carta enviada a un periódico de circulación nacional, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En ella, ese grupo de académicos, entre los que se cuenta JAIME GUZMÁN, pretende explicar el sentido de la decisión de la Junta de convocar a plebiscito. Éste no es un plebiscito democrático en el que se exprese la voluntad del pueblo; sólo se trata de una simple consulta popular, sin valor vinculante y cuyos efectos los decidirá, en definitiva, el detentador del poder constituyente (la Junta). Dice la Declaración que "en consecuencia, bien pudo la Honorable Junta de Gobierno, en cuanto titular del Poder Constituyente originario, haberse limitado en su ejercicio a los estudios efectuados por la Comisión Constituyente, el Consejo de Estado y ella misma y haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin más trámite. Luego, mal puede restarse validez a la

[599] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Madrid, 2006, p. 51.

[600] CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile, op. cit.,* p. 160.

convocatoria a plebiscito que por razón de prudencia y no de necesidad jurídica se ha estimado del caso llevar a cabo"[601].

Según la visión descrita, el plebiscito se reduce a una mera consulta sin poder vinculante, sin embargo, están los que atribuyen al plebiscito un carácter aprobatorio de la Constitución[602]. No obstante, esta consulta genera una serie de interrogantes, tanto por los efectos que se le atribuyen al plebiscito como por el mismo procedimiento de consulta.

Respecto a lo primero, están los que no le otorgan efecto alguno al plebiscito (profesores de la PUC) y los que consideran que el plebiscito constituye el acto de aprobación de la Constitución. A estos efectos, parece más razonable la postura que niega valor al plebiscito, por cuanto no hay restitución al pueblo del poder constituyente y no quedan claros los efectos que producirá el plebiscito en el evento de triunfar la alternativa NO.

---

[601] GAETE ROJAS, S. et al: "Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución". En: *El Mercurio*, Santiago, 24 de agosto de 1980, p. C.4. Según CRISTI, la Declaración confirma la interpretación schmittiana de la génesis de la Constitución del 80 y pone de relieve el papel revolucionario que tiene la noción de Poder Constituyente que se arroga la Junta. También se confirma la naturaleza no democrática del plebiscito, pues en su convocatoria no se busca reactivar el Poder Constituyente del pueblo, sino que se trata de una mera consulta popular adventicia sin efecto constituyente (*Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, pp. 97 – 98).

[602] Sin ser una lista exhaustiva, *Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 79; CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980", op. cit, p. 54; URZÚA VALENZUELA, G., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991, pp. 80 – 81; SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho* Constitucional, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1997, p. 271, en nota 1.

Tratándose de ALVEZ MARÍN, no sólo con ligereza habla de la aprobación de la Carta por medio del plebiscito, sino además, para revestirlo de legitimidad, acude al porcentaje de abstención que el plebiscito de aprobación de la Constitución de 1925, como si se tratara de dos procesos ligeramente análogos: *Cf.* ALVEZ MARÍN, A.: "El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena", *op. cit.*, p. 42.

En el caso de FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, otorga al plebiscito el carácter de ratificatorio, sin embargo, no se detiene en el problema de la detentación del Poder Constituyente (*Cf.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución", *op. cit.*, p. 326).

Con todo, el DL 3464 señala que "la Junta de Gobierno de la República de Chile, en ejercicio de la potestad constituyente, ha acordado aprobar como nueva Constitución Política de la República de Chile, sujeta a ratificación por plebiscito", es decir, la ciudadanía será convocada a ratificar la Carta. Pero esto no queda del todo claro, dado que no hay restitución del poder constituyente al pueblo (*Cf.* DL 3464, de 8 de agosto de 1980, aprueba nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito, *Diario Oficial*, Nº 30.738, Santiago, 11 de agosto de 1980; DL 3465, de 8 de agosto de 1980, convoca al Plebiscito dispuesto en artículo final del decreto ley Nº 3.464 de 1980 y señala las normas a las cuales se sujetará, *Diario Oficial*, Nº 30.739, Santiago, 12 de agosto de 1980).

En relación a lo segundo, el procedimiento de consulta de 1980 presentó diversas irregularidades que impiden que pueda ser calificado como una manifestación libre de la comunidad. Por de pronto, se realizó estando vigente un estado de excepción constitucional (estado de emergencia), en un período de profunda represión y violación sistemática de los derechos fundamentales, suspensión y/o restricción de los derechos de asociación y reunión, inexistencia de registros electorales, entre otras[603].

De esta suerte, el plebiscito presenta una magnitud de irregularidades, además de pretender vestir con ropajes democráticos a una Constitución que no lo es y que, desde 1981 hasta 1990 sólo será Constitución semántica, habida cuenta que serán las disposiciones transitorias las que regirán durante este período, que también se caracteriza por el mantenimiento de la dictadura, permanentes estados de excepción constitucional, violación de los derechos fundamentales, transformación del sistema productivo y de los paradigmas históricos del Estado. Por lo mismo, surge la pregunta en relación a la legitimidad de la Constitución chilena, asunto que presento a continuación.

1.3. La problemática cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena.

Durante largos años la cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena no fue tema de debate. La Constitución ha sido aceptada como un *factum* del que no nos podemos sustraer, lo mismo que todo el *corpus* normativo fruto de la dictadura militar, especialmente la legislación irregular de los años 1973 – 1981. Al parecer, la fuerza normativa de lo fáctico unido a lo que SALVAT llama "prudente gobernabilidad sistémica" han generado un asentimiento colectivo acrítico frente a la historia político – constitucional reciente[604]. Ejemplo de ello es la postura del ex Presidente de la República, Patricio Aylwin, al enfrentarse y derrotar en las urnas al gobierno dictatorial. Dice que "puestos a la tarea de buscar una solución, lo primero es dejar de lado la famosa disputa sobre la legitimidad del régimen y su Constitución. Personalmente yo

---

[603] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, *op. cit.*, p. 39. También puede verse PALMA GONZÁLEZ, E.: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional". En: *Revista Derecho y Humanidades*, Nº 13, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008, pp. 48 – 49.

[604] *Cf.* SALVAT BOLOGNA, P., *El porvenir de la equidad*, LOM Ediciones/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002, pp. 195 – 196.

soy de los que considera ilegítima la Constitución de 1980… (pero) esa Constitución – me guste o no – está rigiendo. Este es un hecho de la realidad que yo acato"[605].

Sin embargo, la aceptación de una realidad que se impone no impide la mirada crítica al fenómeno. Me cuento entre los que creen que, tratándose de la Constitución chilena, su procedimiento, tanto de elaboración como de aprobación inicial y su contenido original, merecen una opinión negativa que es necesario hacer presente.

Como señalé, la Junta militar se autoatribuyó el poder constituyente y fundan esta facultad en los postulados propuestos por SÁNCHEZ AGESTA y SCHMITT, que autorizan la intervención de una fuerza revolucionaria cuando la realidad así lo permite. Encontrando una *ratio* que la funde, la dictadura militar no escatima normativa para fundar un nuevo régimen. Sin embargo, y a pesar de justificar doctrinariamente su actuar y su misión al futuro, persiste una serie de problemas: por qué ha de ser legítima la conquista del poder de esa manera, quién apoya esa irrupción violenta, ¿acaso las FFAA son diputadas de la comunidad política? Según PALMA, "el Golpe de Estado de septiembre de 1973 es una manifestación histórica más de una práctica que tiene larga data en la historia republicana chilena, a saber, la realización de una oposición política tanto dentro de los márgenes de la legalidad como de la ilegalidad (en que)… la opción por la ilegalidad supone en los actores políticos una gran desconfianza en el sistema democrático y una apuesta por las soluciones de fuerza"[606].

Se ha sostenido que el Golpe de Estado y la dictadura militar encuentran su legitimación en el masivo respaldo de la ciudadanía[607]. No obstante, si bien el Gobierno de la UP contaba con la oposición de importantes fuerzas, no es menos cierto que, a la fecha del Golpe, el Gobierno contaba con una adhesión popular relevante. Recordemos

---

[605] Cita recogida del capítulo "Tupahue: transición, hora cero" en OTANO GARDE, R., *Nueva crónica de la Transición*, LOM ediciones, 2ª edición, Santiago, 2006, p. 21.

[606] PALMA GONZÁLEZ, E.: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional", *op. cit.*, p. 50.

[607] En el famoso discurso de Pinochet en Chacarillas, con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977, él mismo señalaba que "hace muy poco, de nuevo el pueblo chileno supo reeditar durante tres años de heroica lucha en contra de la inminente amenaza de totalitarismo comunista, aquel supremo grito de guerra de la Batalla de la Concepción: 'los chilenos no se rinden jamás'. Y cuando acudiendo al llamado angustioso de nuestra ciudadanía, las Fuerzas Armadas y de Orden, decidieron actuar el 11 de septiembre de 1973, nuevamente nuestra tierra fue regada por la sangre de muchos de nuestros hombres, que cayeron luchando por la liberación de Chile", es decir, Pinochet se cree depositario de un mandato popular que reclamó la destitución del gobierno constitucional (PINOCHET UGARTE, A.: *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, p. 1. Disponible en Internet: http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0003.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].).

que Allende fue electo en 1970 con un 36,3% de los votos. En marzo de 1973 se realizan elecciones para renovar el Congreso Nacional y la votación de la lista de la UP asciende al 43,4% de los votos, es decir, aumenta considerablemente el volumen de votos la coalición gobernante. Insisto, el Gobierno de Allende contaba con una oposición decidida, pero no se puede justificar el Golpe por un reclamo mayoritario del pueblo de Chile, porque los resultados de las elecciones de 1973, a meses de ese episodio, lo desmienten. Por ello, la autoatribución de poder constituyente por parte de la Junta no se puede justificar ni siquiera desde la perspectiva del derecho a la revolución, dado que no es la comunidad quien reclama el cambio de gobierno sino que se trata, más bien, de una simple irrupción de un poder fáctico que cuenta con el apoyo de la fuerza armada.

Además, en la génesis de la Constitución chilena no se ha verificado ningún elemento participativo o democrático y la ciudadanía se encuentra completamente ausente – claro está, porque no detentaba el poder constituyente[608]-, por lo mismo, las diferentes instancias que intervienen en la elaboración de la Comisión carecen de representatividad y pluralidad ideológica. "No hay en el seno de la Comisión de Estudios, ni en el Consejo de Estado, ni en la Junta de Gobierno, espacio para la disidencia respecto de la política oficial del régimen"[609].

Al mismo tiempo, procedimentalmente se acude al pueblo para legitimar la Carta (como ratificador de lo ya aprobado), sin perjuicio que no están claras las razones para el pronunciamiento popular ni los efectos que produce dada la supresión de todos los mecanismos representativos[610].

---

[608] Aunque según CARRASCO, el Consejo de Estado "formuló un llamado a la opinión, para que quien lo deseare presentara observaciones y sugerencias. Se recibieron, aproximadamente 150 indicaciones" (CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980", *op. cit.,* p. 49).

[609] PALMA GONZÁLEZ, E.: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional", *op. cit.,* p. 55.

[610] Por el Bando Nº 29 de 14 de septiembre de 1973, la Junta militar había clausurado el Congreso Nacional. La Junta recurriría al concepto jurídico del bando (según el Diccionario de la RAE, bando es un "edicto o mandato solemnemente publicado de orden superior". El concepto jurídico de bando tiene escaso desarrollo en la legislación chilena y de hecho no es reconocido como fuente de derecho en las constituciones. En las leyes vigentes del 11 de septiembre de 1973, los bandos sólo aparecen mencionados en el Código de Justicia Militar y en la Ley de Seguridad Interior del Estado, en preceptos cuya constitucionalidad nunca fue unánimemente aceptada (*Cf.* GARRETÓN MERINO, R. et al, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, LOM ediciones, Santiago 1998, p. 21. El bando propiamente puede verse en p. 86).

Sobre este mismo punto, señala BARROS que en agosto de 1980, cuando la Constitución fue presentada públicamente, la Carta no puede ser separada de su origen autoritario y su contexto: la Constitución ha sido impuesta desde arriba y los organismos que la prepararon trabajaron a puertas cerradas; la "Junta" la integran cuatro comandantes militares no elegidos. Además, la única participación ciudadana fue en un dudoso plebiscito en medio de un estado de emergencia. De igual modo, no hizo nada para alterar el carácter dictatorial del régimen, pues las disposiciones transitorias permiten que Pinochet continúe ocho años más en el poder, le dieron mayores poderes represivos y la Junta militar, junto con ser poder ejecutivo, le cabe la tarea de legislar. De ahí que en su génesis y por los efectos que produce, la Constitución de 1980 aparece como obra maestra de Constitución autoritaria[611].

Al parecer, el afán refundador requería de instrumentos normativos, de ahí que es necesario comenzar a institucionalizar un régimen político hecho a la medida, para al menos dar una apariencia de legitimidad (legal) a la situación de autoritarismo político – militar implantado a la fuerza en septiembre de 1973[612].

Existen, sin embargo, algunos autores que analizan este tema desde la perspectiva de la legitimidad de la Constitución.

Uno de los argumentos sostenidos por éstos apunta a describir el contexto histórico previo al Golpe militar de 1973, señalando que la institucionalidad chilena se encontraba destruida (o el orden constitucional estaba quebrantado) y que todo el sistema se desplomaba, incluida una crisis política, moral, económica, social, institucional[613].

Tratándose del plebiscito de septiembre de 1980, hay algunos que efectúan un análisis comparativo entre los plebiscitos asociados a las Constituciones de 1925 y 1980, señalando que en el *referendum* de 1980 al contar con una alta participación

---

[611] *Cf.* BARROS, R, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 217.

[612] *Cf.* CHAPARRO, P. – CUMPLIDO, F.: "El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar – autoritario chileno. Estudio de dos casos", *op. cit.*, p. 39.

[613] *Cf.* ALVEZ MARÍN, A.: "El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena", *op. cit.*, p. 42; RODRÍGUEZ GREZ, P.: "La Constitución de 1980, hija de su tiempo". En: *Actualidad jurídica*, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001, p. 12. 28.

ciudadana, la que abrumadoramente se decantó a favor de la opción SÍ, por ese solo hecho la Constitución *otorgada* en 1980 tendría mayor legitimidad que la de 1925[614].

Asimismo, otros miran la legitimidad de la Carta Fundamental desde la perspectiva del paso del tiempo. Aceptan la razonabilidad de las críticas que se efectúan al proceso de gestación de la Constitución, sin embargo, con el paso de los años, especialmente a partir de las reformas de 1989, la comunidad política y sus representantes aceptan la Constitución como la Norma Fundamental de la República de Chile, sin perjuicio de reconocer la necesidad de reformarla en lo sucesivo, a fin de transformarla en una Constitución claramente democrática[615].

En relación a las dos primeras razones que pretenden legitimar la Constitución chilena, es necesario hacer un par de consideraciones.

En relación a la primera (el contexto histórico), es discutible la afirmación de la destrucción del orden institucional y la crisis sistémica. No discuto la crisis existente, pero no se puede desconocer que en Chile, la Constitución de 1925 contemplaba los medios institucionales para dar solución a la convulsión política y social.

Sobre la segunda (el plebiscito), hay que decir que son dos procesos no homologables entre sí. Independientemente de la veracidad del dato cuantitativo, las condiciones en las cuales se realizó el plebiscito de 1925 son propias de un procedimiento democrático y transparente, cosa que no podemos decir del plebiscito de 1980.

La tercera de las razones apuntadas para dotar de legitimidad a la Constitución es la más sustantiva. Efectivamente, siendo el derecho constitucional el más político de las disciplinas del derecho, un papel relevante en estos asuntos cabe a la fascinación que supone la fuerza normativa de lo fáctico para interpretar las categorías constitucionales que emergen, con independencia de la legalidad existente. Es verdad que, en ocasiones, el Derecho puede mirar desde la retaguardia el progreso de la sociedad y, también es cierto, que hay sucesos históricos que han supuesto la irrupción de fuerzas vivas que provocan un cambio de las instituciones. No obstante, no será idéntica la evaluación si la irrupción de las fuerzas vivas que implican un cambio institucional cuenta con el

[614] *Cf.* ALVEZ MARÍN, A.: "El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena", *op. cit.*, p. 42; CRUZ – COKE OSSA, C.: "Constitucionalismo chileno y su evolución", *op. cit.*, p. 587.

[615] *Cf.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución", *op. cit.*, pp. 328 – 377; CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 79.

asentimiento de la comunidad que en aquellos casos en que la aceptación popular se encuentra ausente o simplemente se trata de una irrupción contramayoritaria.

En el caso de Chile, las reformas a la Constitución que se inician en 1989 constituyen una exigencia para permitir que la institucionalidad transcurra bajo canales mínimamente democráticos y, aunque el poder constituyente ha sido restituido a su legítimo detentador, el pueblo, la rigidez del proceso de reforma constitucional y la cantidad de "enclaves autoritarios" impiden que se pueda afirmar que la Constitución chilena es propia de una democracia, en que el proceso democrático se caracteriza por un proceso deliberativo y representativo por parte de los ciudadanos. De esta suerte, la eficacia de la facticidad ha favorecido la implantación de una Constitución que, tanto por su rigidez como por una "prudencia política" cercana al temor, no es representativa de la madurez política de la sociedad chilena.

En el fondo, la Constitución encierra una profunda desconfianza del modelo liberal de democracia[616]. De ahí que comparto lo que afirma QUINZIO FIGUEIREDO al señalar que "la actual Carta Política de 1980 no cumple el requisito de ser expresión de un gran acuerdo democrático; por el contrario, fue generada en forma democrática e ilegítima y sólo ha sido legitimada por las circunstancias y los hechos…El único camino que genera una Constitución Política democrática, perdurable, eficaz, es el Poder Constituyente emanado de la voluntad popular"[617].

[616] Sobre la desconfianza a la democracia liberal como sistema, véase el análisis que al respecto realiza PALMA: *Cf.* PALMA GONZÁLEZ, E.: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional", *op. cit.,* pp. 51 – 55. Este autor afirma claramente, además, la ilegitimidad de la Constitución: "carece la Carta Otorgada en 1980 de toda legitimidad democrática en la medida en que: 1. En su gestación estuvieron privados los sectores disidentes al Régimen; 2. Se aprobó en un período en el que imperaba la represión de todo tipo de oposición…; 4. Estatuyó un modelo de gestión política calificado como democracia autoritaria, protegida, tecnificada, integradora, impersonal, opuesto a la gestión del movimiento popular de la cosa pública; 5. Se consagró en ella un régimen económico que beneficia principalmente a un sector minoritario de la sociedad chilena" (*Ibíd*., p. 56).

[617] QUINZIO FIGUEIREDO, J.M.: "¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa". En: *Revista de Derecho*, Nº 212, vol. I, Universidad de Concepción, Concepción, 2002, p. 176.

2. Principales reformas a la Constitución: 1989 y 2005.

2.1. Presencia de "enclaves autoritarios" de la Constitución de 1980.

En el año 2005, la Constitución chilena experimenta la más profunda de las reformas desde su promulgación. Uno de los principales propósitos de la reforma apunta a desterrar de la Carta los llamados "enclaves autoritarios", es decir, aquellas disposiciones constitucionales que establecían una tutela al sistema democrático por parte de instituciones no democráticas (FFAA y COSENA), y, al mismo tiempo, otorgarle una impronta más republicana que al sistema de democracia orgánica, propio de los sistemas corporativistas. Pero antes del análisis de las reformas, es necesario revisar cuáles son los mecanismos que generan una democracia protegida y en que fundan su razonabilidad.

La década de los sesenta fue uno de los períodos más convulsionados de la segunda mitad del siglo XX, ya sea en el terreno social, económico y cultural. Las profundas transformaciones provocadas por la descolonización, la revolución del llamado "Tercer Mundo", la transnacionalización económica, el retroceso del campesinado y la irrupción de actores sociales como los jóvenes y las mujeres cambian para siempre la faz mundial. Y Chile no estuvo ajeno a este proceso[618].

Como en gran parte de América latina, estas transformaciones, con lo positivo que han significado desde la perspectiva del progreso de los derechos fundamentales, llevaron a una profunda polarización política y a una crisis de los sistemas democrático, económico y social. La 'solución' para la crisis supuso la irrupción de los militares, que ponen fin a gran parte de los gobiernos constitucionales latinoamericanos y, tratándose de Chile, la sublevación de las FFAA en septiembre de 1973.

Tras la instalación en el poder por parte de los militares se manifiesta el primer dilema que deben acometer: el nuevo régimen tendrá un carácter fundacional o restaurador. Si es lo primero, será necesario una revolución; si se trata de lo segundo, era necesaria una pacificación represiva. Aunque los primeros documentos que emanan de la Junta dan la impresión de que su cometido es restaurador, al poco tiempo es posible percibir el carácter fundacional del nuevo régimen[619].

---

[618] VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, V., *El golpe después del golpe*, LOM ediciones, Santiago, 2003, p. 24.

[619] *Cf.* VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago 1985, pp. 17 – 20.

Sin embargo, el carácter fundacional ya se advierte con total claridad en la Declaración de Principios de 11 de marzo de 1974, que declara solemnemente esa misión, con una fuerte crítica a la democracia liberal y ubicando a las FFAA como garantes institucionales. Tan es así que el Nº 6 se titula "Una nueva y moderna institucionalidad: tarea para el actual gobierno"[620].

GARRETÓN sostiene que lo que se institucionaliza es "un régimen militar con un liderazgo personalizado que concentra fuertemente el poder y ante el cual no existen instancias de representación o participación. (Además) se trata de cristalizar normativamente las transformaciones estructurales que introduce el nuevo modelo de acumulación y desarrollo, por un lado, y de redefinir institucionalmente los diversos ámbitos de relaciones sociales, por otro"[621].

Sin embargo, se instala un tipo de gobierno personalizado y autoritario, y se construye una institucionalidad con postulados diferentes a lo que ha sido la tradición republicana chilena, más bien cercana a una visión orgánica de la democracia y con una

---

Para el carácter restaurador, valgan algunos ejemplos: "1º Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de *restaurar* la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, conscientes de que ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile…" (DL 1, *op. cit.*. La cursiva es mía). También el Bando Nº 5 apunta en la misma dirección: "13. Por todas las razones someramente expuestas, las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al Gobierno que aunque inicialmente legítimo ha caído en la ilegitimidad flagrante, asumiendo el Poder por el solo lapso en que las circunstancias lo exijan, apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional, lo cual de por sí, ante Dios y ante la Historia, hace justo su actuar…" (Bando Nº 5 de la Junta de Gobierno, 11 de septiembre de 1973. En: GARRETÓN MERINO, R. et al, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, *op. cit.*, p. 61).

[620] *Cf.* JUNTA DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de* Chile, 11 de marzo de 1974. Disponible en Internet: http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf, [citado 30 Noviembre 2010]. Señala que "el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden ha asumido la misión histórica de dar a Chile una nueva institucionalidad que recoja los profundos cambios que la época contemporánea ha ido produciendo. Sólo así será posible dotar a nuestra democracia de una sólida estabilidad, depurando a nuestro sistema democrático de los vicios que facilitaron su destrucción, pero trascendiendo a una mera labor rectificadora, para entrar de lleno en el audaz campo de la creación. Punto capital de esa nueva institucionalidad será la descentralización tecnificada y de verdadera participación social. Las Fuerzas Armadas y de Orden no fijan plazo a su gestión de Gobierno, porque la tarea de reconstruir moral, institucional y materialmente al país, requiere de una acción profunda y prolongada. En definitiva, resulta imperioso cambiar la mentalidad de los chilenos. Pero más allá de eso, el actual Gobierno ha sido categórico para declarar que no pretende limitarse a ser un Gobierno de mera administración, que signifique un paréntesis entre dos Gobiernos partidistas similares o, en otras palabras, que no se trata de una "tregua" de reordenamiento para devolver el poder a los mismos políticos que tanta responsabilidad tuvieron por acción u omisión, en la virtual destrucción del país. El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, aspira a iniciar una nueva etapa en el destino nacional, abriendo el paso a nuevas generaciones de chilenos formadas en una escuela de sanos hábitos cívicos" (*Ibíd*., Nº 6, p. 8).

[621] GARRETÓN, M.A.: "Modelo y proyecto político del régimen militar". En: GARRETÓN, M. A. et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, p. 11.

restricción a la manifestación de la voluntad popular, tanto en los efectos del ejercicio del derecho a sufragio como en la composición de los Órganos representativos.

Esta concepción orgánica de la democracia se observa en el trabajo de la Comisión de Estudios. Por de pronto, en la sesión tercera se aprueba un *Memorandum* que establece las metas fundamentales para la nueva Constitución. Aboga por la necesidad de que la Constitución contenga disposiciones que establezcan la participación de las FFAA, gremios y organismos de base de la vida nacional, participación que se hará efectiva por medio de la instauración de un Senado de composición mixta o con la presencia de una asesoría técnica al Poder Ejecutivo para la formulación de sus políticas[622]. Además, al destacar el carácter presidencialista que tendrá la Constitución, éste hunde sus raíces "en los principios de autoridad, control y responsabilidad, con el objeto de devolverle la confianza a la ciudadanía que dudaba de la conveniencia de mantener este sistema político"[623].

La visión acerca de la democracia poco a poco va adquiriendo forma y comienza el proceso de explicitación de su contenido. De ahí, que PINOCHET crea necesario manifestar la opinión de la Junta en cuanto al lo que constituye el sistema democrático que se instalará en Chile: "en esa perspectiva, advertimos nuestro deber es dar forma a una nueva democracia que sea *autoritaria, protegida*, integradora, tecnificada y de auténtica participación social, características que se comprenden mejor cuando el individuo se despoja de su egolatría, ambición y egoísmo"[624]. Incluso, al explicar el adjetivo *protegida* se observa la distancia que de la nueva institucionalidad chilena de la propuesta democrática propia del liberalismo clásico. Dice Pinochet "protegida, en cuanto debe afianzar como doctrina fundamental del Estado de Chile el contenido básico de nuestra Declaración de Principios, reemplazando el Estado liberal

---

[622] *Cf.* REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 3ª, Santiago, 26 de septiembre de 1973, p. 3. En cuanto a la mutación que estaría sufriendo el sistema democrático, *Cf.* CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, p. 92.

[623] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 9ª, Santiago, 23 de octubre de 1973, p. 7.

[624] PINOCHET UGARTE, A.: *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, *op. cit.*, p. 3 (la cursiva es mía).

Esto mismo se repite en el *memorandum* que dirige Pinochet al Presidente de la Comisión de Estudios (*Cf.* PINOCHET UGARTE, A.: "Antecedentes de la Constitución de 1980. Normas para la nueva Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 8, Nº 1 – 6, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1981, p. 138.

clásico, ingenuo e inerme, por uno nuevo que esté comprometido con la libertad y la dignidad del hombre y con los valores esenciales de la nacionalidad"[625].

Aunque en la Constitución chilena se advierte la influencia de diversas tendencias ideológicas, cuestión que trataré en otro apartado, gran influencia tiene en la normativa emanada de la Junta la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN), reflejándose esos postulados en la presencia de los enclaves autoritarios[626].

La DSN tiene su origen en EEUU, pero se transmite a los ejércitos latinoamericanos a través de las instituciones de formación de oficiales creadas en ese país. Recordemos que esta doctrina es fruto de la división del mundo en bloques y lo que pretende es incorporar a los países latinoamericanos al bloque "occidental"[627].

Reconociendo que esta doctrina tiene mayor profundidad, quisiera destacar, siguiendo a GARRETÓN, tres rasgos sobresalientes.

Lo primero, es que para la DSN los conceptos fundamentales son la Nación y el Estado, siendo éstos intercambiables y asimilables el uno con el otro. Al producirse la identificación, también se realiza una identificación con el régimen político establecido y como se trata de gobiernos militares – al ser ésta una doctrina castrense – se produce una triple identificación: Nación, Estado, FFAA (gobierno militar), transformándose estas últimas en el baluarte nacional y garantía de su continuidad histórica[628].

Lo segundo, es que la inserción de la nación en el mundo contemporáneo la enfrenta a dos tipos de oposición relevantes para su seguridad. Una oposición es la que se da entre mundo socialista y capitalista; la otra entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas. Para el caso específico de Chile, es la primera oposición la que ocupa

---

[625] PINOCHET UGARTE, A.: *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*, *op. cit.*, p. 3.

[626] Aunque esta afirmación es relativizada por VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, ya que estima que la DSN "no significó una ruptura total con el pasado, sino un complemento, pues al tiempo que entregaba nuevos elementos doctrinarios, logró la fundamentación necesarias para nociones ya existentes en materias de orden y desarrollo social (VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, V., *El golpe después del golpe*, *op. cit.*, p. 25), es decir, los nuevos paradigmas que comienzan a ser impuestos es posible encontrarlos en la historia reciente de las FFAA chilenas.

[627] *Cf.* GARRETÓN, M.A.: "De la Seguridad Nacional a la nueva institucionalidad". En: *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 40, Nº 4, Universidad Autónoma de México, México D.F, 1978, p. 111.

[628] *Cf. Ibíd*., p. 106.

el rol central: la DSN se construye a partir de su lucha contra el enemigo del marxismo[629].

Lo tercero, es que la DSN postula ciertos principios que se identifican con la esencia de la tradición nacional, de los cuales fluyen los objetivos nacionales que son grandes aspiraciones que permiten construir el proyecto nacional que compromete a toda la nación[630].

Si esto es así, la DSN da a las FFAA "una concepción de sí mismas como los depositarios últimos del destino de la nación, como los garantes supremos de la unidad nacional amenazada… y les da también un rol mesiánico de salvación de la nación ante la crisis de amenaza de la destrucción. (Asimismo) la DSN entrega a los militares el único conjunto de conocimientos disponibles, con lo cual entran a gobernar (y) les da la ilusión de un proyecto político"[631].

Para el caso de la dictadura chilena, la DSN cumplirá un rol crucial, ya que otorgan sentido a los nuevos papeles y responsabilidades de las FFAA. Al mismo tiempo, junto con intentar legitimar el ejercicio de su poder, constituye un instrumento de socialización, al divulgar en la sociedad civil los valores, mitos y definiciones que forman parte de la cultura militar, buscando valorizar su autoimagen. Pero sobre todo, "es una ideología que permite racionalizar y justificar ante el mundo civil el uso represivo del poder, proyectándolo como una necesidad del 'reordenamiento' de la sociedad, como una exigencia de la extirpación definitiva del enemigo que la amenaza con su desintegración definitiva"[632].

El surgimiento de una nueva institucionalidad que, entre otras corrientes, hunde sus raíces en la DSN supone relativizar el rol de la democracia. Por de pronto, la democracia no es *telos* político sino que un medio para alcanzar libertad, seguridad, prosperidad y justicia[633]. Por ello a la democracia se la debe dotar de las herramientas

---

[629] *Cf. Ibíd*., pp. 107 – 108.

[630] *Cf. Ibíd*., pp. 109 – 110.

[631] *Ibíd*., pp. 113 – 114.

[632] VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile, op. cit.,* p. 64.

[633] *Cf.* GUZMÁN ERRÁZURIZ, J.: "La Constitución Política". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, p. 53.

que le permitan vencer el totalitarismo, el terrorismo y la subversión que ponen en riesgo la seguridad en el mundo[634].

Entonces, siendo el sistema democrático un mecanismo instrumental para el logro de fines, no resulta relevante la disyuntiva entre soberanía nacional y popular, ya que ésta "queda obviada si se admite que la soberanía es inherente al Estado mismo"[635]. Si la soberanía radica en la Nación, este postulado "perfila una idea más nítida de la limitación que aquella debe reconocer en la fidelidad a la tradición o esencia del alma nacional. Radicar la soberanía exclusivamente en el pueblo elector debilita ese vínculo espiritual, y facilita la tendencia antihistórica de quienes creen que el sufragio universal de un día, puede ignorar impunemente el legado obligatorio que a una nación le impone 'el sufragio universal de los siglos'"[636]. Y en este esfuerzo de relativización de la democracia, cobra especial relevancia la justificación de un Poder Constituyente que establece una nueva institucionalidad, poder constituyente que no se identifica con la comunidad política[637].

Por lo visto, el carácter fundacional de la nueva institucionalidad cuenta con una racionalidad que la funda. Si bien en este apartado trato sobre aquellos elementos que demuestran el carácter "autoritario y protegido" del sistema democrático, adelanto que el proyecto fundacional de la dictadura militar tuvo un fuerte énfasis en el sistema económico social, pero aquello será objeto de un análisis detenido en posteriores apartados. Ahora es necesario señalar cómo se materializa normativamente un sistema democrático que bebe de esos postulados.

---

[634] *Cf. Ibíd*., p. 55.

[635] *Ibíd*., p. 55. En este postulado de GUZMÁN es posible advertir la identificación entre Nación y Estado.

[636] *Ibíd., pp.* 55 – 56.

[637] Sobre este punto, GAETE postula que, a partir del derecho natural, es posible identificar el Poder Constituyente para las sociedades que ya existen, en movimientos que irrumpen tácticamente e implantan una nueva institucionalidad, en la medida en que el derecho a la rebelión se ejerce legítimamente y que no necesariamente son la comunidad política reunida; deben ser sí representativas de ésta (*Cf*. GAETE, S., "Discurso Inaugural IX jornadas chilenas de Derecho Público". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, pp. 31 – 34.

2.1.1. Articulado transitorio, en especial disposición 24ª transitoria.

Como se ha señalado, el texto constitucional promulgado en 1980, durante sus primeros diez años de vigencia es una Constitución semántica, por la cantidad de instituciones que se encontraban suspendidas en el ejercicio de sus facultades por aplicación del articulado transitorio[638]. Entre ellas quisiera destacar dos disposiciones transitorias que dan cuenta el carácter autocrático y autoritario de la autoridad política – administrativa de entonces.

La primera es la 15ª disposición transitoria, que establece las atribuciones y obligaciones para el Presidente de la República. Llamó la atención que el Presidente puede 'por sí mismo' decretar los estados de emergencia y de catástrofe (A.1), en su caso, y, con acuerdo de la Junta puede decretar los estados de asamblea y de sitio (B.4). Por tanto, se trata de una autoridad unipersonal con poder suficiente para afectar, de manera sensible, los derechos fundamentales en estados de excepción.

La segunda es la establecida en la disposición 24ª. Esta, complementa la normativa constitucional relativa a los estados de excepción señalando que "si durante el período (de 1980 a 1990) se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarara" (inc. 1), es decir, se otorgan al Presidente una serie de facultades que afectan importantes derechos fundamentales, siendo la autoridad unipersonal la que decide y sin requerir acuerdo de un órgano colegiado[639]. Sin

[638] *V.g.* inexistencia de partidos políticos (10ª disposición), inexistencia del Congreso Nacional, recayendo sus facultades en la Junta de Gobierno (18ª, A – C) y, de hecho, se dejan sin aplicar las normas relativas al Congreso Nacional mientras éste no se constituya (21ª).

Recordemos que para LOEWENSTEIN la Constitución semántica es el único tipo de Constitución con validez universal, por cuanto no depende su eficacia de unas estructuras globales, sociales y económicas y no se trata de un fenómeno histórico determinado, ya que en cualquier momento puede producirse; la Constitución semántica se produce por una situación finalista y esta situación es así entendida desde unos supuestos ideológicos. Lo característico de la Constitución semántica no es tanto su inadecuación al proceso del Poder (la Constitución semántica es una Constitución normativa) como su carácter de disfraz, consciente o inconsciente, aprovechado o alentado, según los casos, por los gobernantes y, en general, por los detentadores del Poder político (*Cf.* GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", *op. cit.*, p. 94).

[639] Entre las facultades otorgadas destacada la de "arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles (letra a); restringir el derecho de reunión y la libertad de información (letra b); prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8º. de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior (letra c. Con una descripción de esta naturaleza, no quedan prácticamente límites al ejercicio de esa facultad).

embargo, lo más grave de la disposición desde la perspectiva de los derechos fundamentales, lo encontramos en el inciso final: "las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula 'Por orden del Presidente de la República'. Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición *no serán susceptibles de recurso alguno*, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso".

El Presidente detenta un gran poder y puede tomar decisiones que afectan importantes derechos fundamentales (vida, integridad física y psíquica, libertad de circulación, reunión). El problema no radica solamente en la limitación de los derechos de las personas, sino también en que frente a las medidas adoptadas no será posible entablar ningún tipo de reclamación, sustrayendo a los Tribunales de Justicia la jurisdicción de protección de los derechos de las personas en estas situaciones. Esta 'original' facultad es impensable en un régimen democrático, ni siquiera durante la vigencia del más restrictivo de los estados de excepción, porque para la defensa de los derechos humanos siempre estarán los Tribunales de Justicia como sus últimos custodios.

2.1.2. Los senadores designados.

El Congreso Nacional, sede del Poder Legislativo, consta de dos Cámaras: Cámara de Diputados y Senado. Hasta 2005, el Senado estaba compuesto por senadores elegidos por sufragio popular (38 senadores) y senadores designados y vitalicios. Estos últimos eran los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante al menos seis años (art. 45 letra a). Los designados corresponden a personas que hayan ocupado puestos relevantes en ciertas instituciones republicanas, correspondiendo su elección a diversas autoridades[640].

La composición mixta del Senado obedece a que las personas designadas deben ser personas que hayan desempeñado altas responsabilidades en servicio del

[640] El art. 45 establecía quiénes podían eran los senadores designados: b) dos ex Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta; c) Un ex Contralor General de la República, también elegido por la Corte Suprema; d) Un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la FACH, y un ex General Director de Carabineros, elegidos por el COSENA; e) Un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado, designado por el Presidente de la República, y f) Un ex Ministro de Estado, designado por el Presidente de la República.

Estado, y lo que se busca es expresar en el Senado, a través de estos miembros, la experiencia republicana, que debe ir en paralelo a la expresión electoral del momento[641].

Sin embargo, la presencia de estos senadores distorsiona gravemente la representatividad del Senado, puesto que constituían casi el 20% del total y por su origen, tendieron a alinearse con un sector político, más que a constituir "bisagras" para el entendimiento político. Así lo atestigua la experiencia histórica, pues estos senadores, salvo los nombrados por el Presidente FREI RUIZ – TAGLE, en el mayor número de ocasiones se inclinaban por las opciones defendidas por los sectores de la derecha chilena. Asimismo, la presencia de ex militares en el Senado es un reflejo de la tutela institucional que le cabe a las FFAA y de Orden.

Con todo "el rol de estos parlamentarios fue, salvo excepciones, discreto y alineado con posiciones políticas contingente"[642].

2.1.3. El sistema electoral y el sistema de *quorums* de la ley.

Tratándose de lo primero, el sistema electoral chileno contempla distintos mecanismos para la elección de las autoridades: sistema de mayoría absoluta en dos vueltas para el Presidente de la República, sistema de mayoría (binominal) para parlamentarios, sistema de mayoría relativa (alcaldes) y sistema proporcional para Concejales.

En el caso de la elección de parlamentarios, la LOC 18.700 sobre Votaciones Populares y escrutinios[643], en el art. 109 bis dice que "en el caso de elecciones de Parlamentarios, el Tribunal proclamará elegidos Senadores o Diputados a los dos candidatos de una misma lista, cuando esta alcanzare el mayor número de sufragios y tuviere un total de votos que excediere el doble de los que alcanzare la lista o nómina

---

[641] *Cf.* . REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 340ª, Santiago, 15 de marzo de 1978, p. 2036. Recordemos que ya en las Metas Fundamentales para la Nueva Constitución se proponía un Senado mixto (*Cf.* REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 3ª, op. cit, p. 3). GUZMÁN, al tratar de explicar la *auctoritas* de las personas llamadas a ser designadas senadores llegó a afirmar que "pensar que este título será de menor valor que el de la elección popular, es conceder a éste un carácter excluyente como expresión de la soberanía, que ninguna consideración doctrinaria válida logrará avalar jamás" (GUZMÁN ERRÁZURIZ, J.: "La Constitución Política", *op. cit.*, p. 73).

[642] CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 105.

[643] *Cf.* Ley 18.700, aprueba la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, *Diario Oficial*, Nº 33.064, Santiago, 6 de mayo de 1988.

que le siguiere en número de sufragios. (inc. 1º). Si ninguna lista obtuviere los dos cargos, elegirá un cargo cada una de las listas o nóminas que obtengan las dos más altas mayorías de votos totales de lista o nómina, debiendo el Tribunal proclamar elegidos Senadores o Diputados a aquellos candidatos que, dentro de cada lista o nómina, hubieren obtenido las más altas mayorías" (inc. 2º), es decir, se trata de un sistema que favorece a las dos coaliciones más poderosas, dado que es muy difícil doblar en votos a la otra lista para elegir a dos candidatos. Por lo mismo, es un modelo que tiende a la exclusión de minorías importantes, las que, a menos de llegar a un acuerdo político con uno de los principales conglomerados, no contarán con representación parlamentaria.

Este sistema electoral, llamado 'binominal', persiste hasta la actualidad[644].

Tratándose del sistema de *quorums* de las leyes, en Chile hay un género, el legal, que se subdivide en especies. Encontramos las leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias. No incluyo el DFL porque se trata de legislación irregular.

Señalaba el primitivo art. 63 de la Constitución que "las leyes a las cuales la Constitución confiere el carácter de orgánicas constitucionales y las que interpreten los preceptos constitucionales, necesitaran para su aprobación, modificación o derogación, de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 1). Las leyes de quórum calificado requerirán para su aprobación, modificación o derogación, de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio" (inc. 2)[645].

No es difícil imaginar las consecuencias que un sistema electoral y de *quorums* para las leyes de esta naturaleza provoca: se fuerza al consenso (lo que no es malo),

[644] Salvo contadísimas excepciones, desde 1990 ha sido muy difícil que una persona que no pertenece a una de las dos coaliciones importantes (Concertación y Alianza) sea elegido parlamentario. Incluso el PC, con una votación histórica cercana al 6%, recién en las elecciones para diputados del año 2009 pudo elegir sus primeros tres diputados después de 36 años y eso fue posible gracias a un acuerdo político con la coalición llamada "Concertación de partidos por la democracia".

Entre las razones que justifican la existencia de un sistema de elección de esta naturaleza está la desconfianza hacia los Partidos políticos. Un ejemplo puede ilustrar esta afirmación. JUAN CARMONA, señalaba que se "debe eliminar el sistema de representación proporcional, porque fue el causante de la mayoría de los males que el país sufrió, porque fomentó la sectorización de Chile, porque posibilitó la constitución de gobiernos de minoría que no representaban a toda la población y porque permitió establecer un verdadero monopolio de los partidos políticos… Estima que la nueva Constitución debe procurar la generación de los que la democracia en sí: el Gobierno de la mayoría con respeto a las minorías… Argumenta, ante la desventaja que podría presentar este sistema en cuanto a que la minoría carecería de la representación que merece, que prefiere asegurar la mayoría" (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 372ª, Santiago, 17 de mayo de 1978, pp. 2593 – 2594).

[645] Esta disposición en la actualidad se encuentra en el art. 66. El año 1989 se modificó el quórum para las LOC, al bajar su exigencia a cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio.

pero haciendo más rígida la normativa. Se ha sostenido que este modelo produce estabilidad social y política, porque no se pueden realizar cambios sustantivos sin acuerdos políticos mayoritarios. No obstante, en áreas sensibles, en que las visiones políticas son diferentes, se tiende a la petrificación y, en no pocas oportunidades lo que deviene es la imposición de una voluntad contramayoritaria, por la importancia cuantitativa que reviste en el Congreso Nacional la principal fuerza de oposición al Gobierno.

2.1.4. Las FFAA, garantes de la Institucionalidad.

En esta materia conviene destacar dos normas de la original Constitución chilena.

Establecía el art. 90 inc. 2 (contenido similar en actual art. 101) que entre las razones justifican la existencia de las FFAA, éstas "existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y *garantizan el orden institucional de la República*", es decir, son las garantes de la institucionalidad chilena.

Por otra parte, encontramos el art. 95 (actual art. 106) que establece el Consejo de Seguridad Nacional. Según el inc. 1 de la citada disposición, el COSENA está integrado por Presidente de la República, los presidentes del Senado y de la CS, los Comandantes en Jefe de las FFAA, y por el General Director de Carabineros. El art. 96 (actual art. 107) establece sus funciones, entre las que destaca "representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente *en contra de las bases de la institucionalidad* o pueda comprometer la seguridad nacional" (letra b).

Conviene recordar que las Bases de la Institucionalidad se encuentran en el Capítulo I de la Constitución y en ese apartado se contienen una serie de principios que fundan la República de Chile, entre los que destaca el sistema democrático (arts. 4 y 5), el Estado de Derecho (arts. 6 y 7), igual libertad y dignidad de las personas e importancia de la familia (art. 1), entre otros. Pues bien, las FFAA pasan a convertirse, no sólo en entidades profesionales encargadas de la protección de la seguridad exterior del Estado, sino que al devenir en garantes de la institucionalidad, se transforman en actores políticos a quienes corresponde una labor de discernimiento en relación a los tópicos institucionales. Esto se funda, entre otras razones en el propósito de crear "un 'Poder de Seguridad' que contemple el papel de las Fuerzas Armadas en su deber de

contribuir a garantizar la supervivencia del Estado, los principios básicos de la Institucionalidad, y los grandes y permanentes objetivos de la Nación"[646]. En relación al COSENA, a través de él, se hace posible que las FFAA y de Orden participen activamente de la vida nacional, haciendo oír su voz a través de sus máximos jefes[647].

No es de extrañar que a las FFAA se les entregue esa facultad por la Constitución, ya que siendo la DSN uno de los fundamentos teóricos que está presente en la Carta, esta doctrina "da a las fuerzas armadas una concepción de sí mismas y de su papel que les permite asignarse una suprema misión, especialmente cuando los peligros de guerra se han reducido enormemente"[648]. Además, su papel político en la sociedad no se agota con la derrota del enemigo marxista, porque la causa de las crisis institucionales se encuentra en el tipo de Estado existente, es decir, la democracia tradicional que fomenta los conflictos internos, permite la demagogia y estimula el populismo. Por ello el ideal de sociedad para la FFAA sea aquella que se encuentra bajo el control permanente del poder militar[649].

2.1.5. Evaluación crítica de las instituciones autoritarias y no democráticas.

La dictadura militar se esforzó desde muy temprano en fundar una nueva institucionalidad que se distanciara de las ideas republicanas. Para ello no escatimó esfuerzos en beber de teorías autoritarias y contramayoritarias, a fin de revestir con ropaje de legitimidad normativa y legal una institucionalidad de dudosa legitimidad sustancial. Está de más decir que durante los 17 años de duración de la dictadura militar la violación de los derechos humanos fue una política amparada por el Estado, contando para ello con el apoyo fáctico de los cuerpos de seguridad y también existió un cuerpo normativo que favorecía una actuación arbitraria a ciertos agentes del Estado[650].

---

[646] PINOCHET UGARTE, A.: "Antecedentes de la Constitución de 1980. Normas para la nueva Constitución", *op. cit.*, p. 138.

[647] *Cf.* GUZMÁN ERRÁZURIZ, J.: "La Constitución Política", *op. cit.*, p. 77.

[648] GARRETÓN, M.A.: "De la Seguridad Nacional a la nueva institucionalidad", *op. cit.*, p. 113.

[649] *Cf.* VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, *op. cit.*, p. 63.

[650] Ni qué decir del rol que estos efectos cupo al Poder Judicial, el que si bien formalmente nunca estuvo intervenido, su actuación, especialmente en la defensa de la integridad física y psíquica de la persona o su interpretación obsecuente y acrítica de la normativa emanada de la dictadura, dista de ser la de un órgano independiente de las autoridades políticas de la época. Al respecto, *Cf.* PALMA GONZÁLEZ, E.: "Sobre la

Al mismo tiempo, la existencia de esas instituciones contramayoritarias, que se intentan justificar a partir de la experiencia vivida por Chile en las décadas de los sesenta y setenta, lo que esconden es una profunda desconfianza sobre la eficacia del sistema democrático y de la madurez política de la sociedad, prefiriéndose un modelo basado en supuestos oligárquicos y de control autoritario de la expresión de las fuerzas vivas de la comunidad. Los senadores designados y el COSENA son una muestra de aquello.

En cuanto al rol de las FFAA, éste dista de ser el propio de sistemas de democracia avanzada. La excesiva autonomía y las facultades otorgadas hacen de éstas responsables de la seguridad exterior e interior del Estado, pero además terminan siendo relevantes actores políticos para la marcha del Estado. Y esto no se cohonesta con un sistema democrático que tiene unas FFAA obedientes, disciplinadas, no deliberantes y dependientes del poder político.

Por último, lo que ha realizado la dictadura soberana chilena, es otorgar una Constitución, sin legitimidad, que en sus primeros diez años no tiene vigencia efectiva y que, poco a poco irá sufriendo un proceso de transformación, pero sin que, hasta el día de hoy puedan modificarse aquellos aspectos que hacen de la institucionalidad chilena una institucionalidad rígida y autoritaria. Se ha avanzado en los últimos 20 años en la democratización de la Carta, pero aún persisten desafíos que deben ser acometidos[651].

---

intervención del poder judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973". En: *Jueces para la democracia*, Nº 32, Madrid, 1998, pp. 89 – 92.

También puede verse el Informe de la Comisión contra la prisión política y la tortura, que realiza un análisis muy crítico en cuanto al rol del Poder Judicial en materia de derechos humanos, especialmente la CS (*Cf.* COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, *op. cit.*, pp. 183 – 190), vg. "en cuanto a los procesos por detenciones ilegales y por aplicación de tormentos, también fue costumbre entre jueces ordinarios y militares abstenerse de individualizar a los hechores; no decretar apremios contra los funcionarios que rehusasen informaciones relevantes; no constituirse en el lugar de los hechos; no practicar reconstituciones de escenas; no tomar nota de los rastros o huellas, ni efectuar retratos hablados de los hechores; no citar a los testigos de los hechos denunciados por el denunciante, y abusar del secreto de sumario pretextando diligencias pendientes que, como nunca se cumplían, posibilitaban la prolongación indefinida de ese estado. Todo esto, no hay que olvidar, mientras los victimarios podían presionar a la víctima para que desistiera de seguir adelante con la querella. Lo anterior también es válido para los pocos jueces con el coraje suficiente para proseguir investigaciones referentes a las denuncias de torturas. Las reiteradas amenazas de muerte buscaban poner fin a sus indagaciones (tal como le pasó al juez René García Villegas del Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago, según un informe de Amnistía Internacional de 1987)" (p. 187).

[651] Digo dictadura soberana porque no se trata de una de tipo "comisaria", ya que no hay antecedentes que permitan concluir que las Fuerzas Armadas son diputadas por el legítimo detentador de la soberanía, la comunidad política, en la sublevación perpetrada el 11 de septiembre de 1973.

2.2. Reformas constitucionales del año 1989.

Antes del análisis de las principales reformas constitucionales del año 1989, es necesario señalar que la Constitución chilena carece de legitimidad democrática de origen, "poseyendo sólo una legitimidad de ejercicio sobrevenida y parcial. En el momento de primigeneidad el Poder Constituyente originario da origen a una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal, carente de toda legitimidad democrática; y en el momento de continuidad el Poder Constituyente derivado da origen a reformas constitucionales que paulatinamente incorporan una legitimidad de ejercicio institucional democrática a la Carta"[652]. Incluso se podría afirmar que la Constitución chilena, durante el período que va de 1980 a 1989, no es la norma fundamental del Estado, ya que ésta depende directa y exclusivamente de la voluntad de la Junta de Gobierno, de manera tal que la Carta se encuentra sometida a la voluntad de quien ejerce el poder. "Aún cuando la Constitución existe desde 1980 sólo goza de vigencia normativa desde 1990"[653].

El contenido de las reformas fue fruto de un proceso de negociación entre las autoridades del Gobierno de la época, las fuerzas políticas opositoras a la dictadura y el principal partido oficialista (RN). Se acuerdan 54 reformas constitucionales las que son aprobadas por la Junta de Gobierno en junio de 1989, pero con sujetas a la aprobación por parte de la ciudadanía, convocando, para tal efecto, a un plebiscito que se llevará a cabo el 30 de junio de 1989[654]. Las reformas fueron aprobadas con un 85,7% de los

---

En todo caso, no me cuento entre los que opinan que la historia de Chile se ha caracterizado por una larga y estable vida republicana. El Golpe de 1973 y los sucesos que lo acompañan son episodios que han estado siempre presente en la historia, aunque con características de mayor perversidad tratándose de la violación de los derechos fundamentales. Permítase por ello recordar una notable frase de Jenaro Prieto del año 1924, *ad portas* de producirse la renuncia del Presidente de la época, Arturo Alessandri, producto de un levantamiento militar: "usted está contento porque, como es cojo, no ha hecho el servicio (la conscripción obligatoria) y, por eso, no conoce a los militares. Yo lo he hecho y le aseguro que dentro de poco estaremos arrepentidos de lo que hoy celebramos" (VIAL CORREA, G., *Historia de Chile: 1891 – 1973*, Editorial Zigzag, 4ª edición, Santiago, 2001, p. 401).

[652] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 1, año 5, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2007, pp. 359 – 360.

[653] BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, *op.cit.*, p. 45. Para este autor, la Constitución chilena sólo es Constitución propiamente tal a partir de las reformas de 1989 y su efectiva puesta en marcha en 1990, al asumir el primer gobierno democrático y el Congreso Nacional (*Cf. Ibíd.*, p. 44).

[654] *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "La evolución político – institucional de Chile 1976 – 2005". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 2, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 332 – 333;

sufragios válidamente emitidos, siendo sólo un 8,2 el porcentaje de rechazo a las reformas.

Dos cuestiones previas antes de analizar el contenido de las principales reformas de 1989.

En primer lugar, la Junta de Gobierno, tal vez sin proponérselo, restituye el poder constituyente originario al legítimo soberano, el pueblo, ya que las reformas no serán aprobadas por la sola voluntad de la Junta; ellas precisan la voluntad confirmatoria de los ciudadanos.

Incluso más, algunas reformas son de tal magnitud, que hay autores que han señalado que el régimen ideado por los vencedores de 1973 nunca pudo ser aplicado en su totalidad[655]. Sin embargo, no veo razón para tanto optimismo, ya que en 1990 el articulado transitorio de la Constitución de igual manera iba a dejar de ser aplicado y el contenido de estas reformas dista por mucho de lograr una democratización de la Carta. Lo relevante en este caso es la intervención del pueblo en el proceso de aprobación de las reformas.

En segundo lugar, el efecto inmediato de ese acto fue la legitimización fáctica de la Constitución de 1980 y la aceptación de la Carta como la norma fundamental del Estado por todos los sectores políticos y sociales, sin perjuicio de las críticas que merece la institucionalidad y el modelo social establecido por la Constitución[656].

En cuanto al contenido de las reformas, se deben distinguir las reformas hechas a la parte orgánica de aquellas que se efectuaron a la parte dogmática.

En cuanto a las modificaciones de la parte orgánica, éstas no fueron relevantes, ya que no afectan el fondo del sistema de órganos de la Constitución, destacando el

---

GODOY ARCAYA, O.: "La transición chilena a la democracia: pactada". En: *Estudios Públicos*, Nº 74, CEP, Santiago, 1999, pp. 94 – 103.

[655] *Cf*. BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, *op.cit.*, p. 46 – 48; PALMA GONZÁLEZ, E.: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional", *op. cit.*, p. 61.

[656] *Cf.* GODOY ARCAYA, O.: "La transición chilena a la democracia: pactada", *op. cit.*, p. 103. De ahí que ZÚÑIGA señale que "la reforma de 1989 y posteriores han incorporado una legitimidad de ejercicio institucional democrática parcial a la Constitución, la que durante toda la década de 1990 con sus "enclaves autoritarios" emerge como una barrera puesta por sectores ligados al autoritarismo militar, para conservar un diseño de organización estatal que asegurase una transición lenta o "segura" a la democracia política" (ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución", *op. cit.*, pp. 361 – 362). Incluso, RUIZ – TAGLE, al realizar una periodificación del constitucionalismo chileno, señala que la Cuarta República finaliza en 1973, comenzando la Quinta en 1990, con un sello abiertamente autoritario y neoliberal (*Cf*. CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, pp. 114 – 137).

desequilibrio en las atribuciones del Presidente de la República en comparación con las del Congreso (arts. 32 y 48 al 50 de la CPE), existencia del COSENA como un organismo que permite la participación activa de las FFAA en cuestiones política (art. 96), las FFAA permanecen como tutores de la institucionalidad de la República (art. 90 inc. 3º). Además, se mantienen los senadores designados, lo que produce una relativización de la configuración democrática del Senado (art. 45).

Tal vez las reformas relevantes en esta parte serían la derogación de la facultad presidencial de disolver, por una sola vez, la Cámara de Diputados (art. 32 Nº 5) y una pequeña flexibilización del procedimiento de reforma constitucional para ciertos capítulos de la Constitución (los de mayor importancia), ya que el art. 118 inc. 2º establecía que los proyectos de reforma aprobados por ambas Cámaras, "no se promulgara y se guardara hasta la próxima renovación conjunta de las Cámaras", es decir, necesitaba un procedimiento de doble legislatura y un *quorum* altísimo de aprobación (2/3 de senadores y diputados en ejercicio). La reforma permite que un proyecto de reforma a la Constitución pueda ser realizado sin esperar la renovación de las Cámaras, sin embargo, el *quorum* para la modificación sigue siendo muy alto (2/3 de senadores y diputados en ejercicio).

Los cambios más importantes los encontramos en la parte dogmática de la CPE.

En materia de derechos fundamentales, el cambio más significativo es la modificación del inc. 2º del art. 5. Esta disposición establecía que la soberanía radica en la Nación y que ésta reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El inciso modificado, en vigor actualmente, señala que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Si bien los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aprobados y ratificados por Chile, formaban parte de la legislación nacional y, por tanto, eran fuente de su derecho, la referencia que hace este inciso a los tratados internacionales generará una discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de los tratados y su relación con la ley y la Constitución. Pero lo más importante, es que a partir de la aplicación del derecho internacional humanitario, explícitamente acogido por la Constitución, se inicia un proceso de realización de la justicia a las víctimas de la represión política de los años

de la dictadura militar, aunque será necesario esperar un tiempo para que esta realización efectiva se posible[657].

También debe ser destacada la derogación del art. 8 de la Constitución. Esta disposición, en lo medular, establecía que "todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República (inc. 1º). Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales (inc. 2º)". Se advierte que la norma tenía un destinatario ideológico concreto: el marxismo en tanto que teoría política, lo que supone un obstáculo importante a la libertad de expresión y de pensamiento, porque lo que se declara inconstitucional no son las acciones sino las "doctrinas".

Con todo, parte del contenido de esta disposición pasó al art. 19 Nº 15 que establece el derecho de asociación y que mantiene su redacción desde 1989. Dice el actual inc. 5º del Nº 15 del art. 19 que "la Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos *objetivos, actos o conductas* no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional

[657] Sobre este punto, entre muchos *Cf.* ANDRADE GEYWITZ, C: "La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 375 – 401; NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 403 – 466; TAPIA VALDÉS, J: "Efectos de los Tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 351 – 364; RUIZ – TAGLE VIAL P.: "Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa". En: *Revista de Derecho*, vol. 15, Universidad Austral, Valdivia, 2003, pp. 181 – 190.

La jurisprudencia en esta materia ha sido de gran importancia. Tal vez el episodio que marca un punto de inflexión en materia de justicia asociada a los derechos humanos, lo constituye la detención de Augusto Pinochet en Londres, a instancias de una orden emanada de la Audiencia Nacional de Madrid. A partir de ese momento, los órganos jurisdiccionales de Chile comienzan un análisis de los DL emanados de la Junta de Gobierno, especialmente el DL 2.191 de 1978, llamado "Ley de amnistía". Es por aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos que los Tribunales comienzan a desarrollar las figuras de delitos de *lesa humanidad* y los efectos que producen esa calificación: imprescriptibilidad, inamnistiabilidad e imposibilidad de ser indultable. Al respecto, *Cf.* SCA (Santiago), rol 11.821 – 2003, de 5 de enero de 2004. En: *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, Nº 2, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 237 – 293.

declarar esta inconstitucionalidad". Persiste la declaración de inconstitucionalidad, pero se observa un cambio en relación al objeto condenable: ya no se trata sólo del marxismo y tampoco de "doctrinas", sino de objetivos, actos o conductas, lo que nos lleva a concluir que serán inconstitucionales las organizaciones que realizan acciones que puedan afectar el régimen democrático y sus principales instituciones. No obstante, comparto la opinión de CEA que señala que "la experiencia ya demuestra que esa enmienda seguirá siendo una disposición programática por impracticable, innecesaria o peligros"[658].

Por último, se modificó lo relativo a la procedencia de los recursos de amparo y protección en estados de excepción constitucional. El art. 41 Nº 3 establecía que "los recursos a que se refiere el artículo 21 (*habeas corpus*) no serán procedentes en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley. El recurso de protección no procederá en los estados de excepción respecto de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse", es decir, tratándose de ciertas medidas decretadas por la autoridad, tanto el recurso de amparo como el de protección eran inadmisibles, con el peligro que supone generar un estado de indefensión absoluto para las personas afectadas por esas medidas. La modificación del art. 41 Nº consiste en aceptar la interposición de ambos recursos: "…la interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos".

Las modificaciones del año 1989, en general, no afectan el fondo del sistema impuesto por la dictadura militar: no elimina los enclaves autoritarios y el modelo político – social tampoco es afectado. Por tanto, la importancia de estas reformas no radica tanto en la magnitud de su cualificación, sino que en la restitución del poder constituyente al pueblo y en el inicio de un proceso de legitimación parcial de la Carta, proceso hasta el momento inacabado.

[658] CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, p. 115.

A pesar de que la Carta experimentará quince reformas posteriores, será la decimosexta, la del año 2005, la que realizará las modificaciones más sustantivas al entramado institucional heredado de la dictadura militar.

2.3. Reformas constitucionales del año 2005.

Entre 1990 y 2005 se efectuaron innumerables reformas a la Constitución, que no tienen relevancia desde la perspectiva de transformar el marco institucional y socioeconómico que funda la Carta Fundamental chilena. Si bien no faltaron intentos por realizar reformas a la parte dogmática de la Constitución, éstas fracasaron permanentemente al no contar con el consenso y los *quórums* que exige la misma[659].

Sólo quince años después será posible una reforma sustantiva, "cuando los viejos sectores del autoritarismo ya no necesitan para la defensa de la institucionalidad de los enclaves autoritarios y más aun, su conservación se transforma en una pesada carga… La supresión de los enclaves autoritarios se produce cuando han dejado de ser funcionales a una transición pactada, y la transición permite que los intereses de las élites queden salvaguardados en un orden social y económico que en lo grueso se mantiene a través del tiempo en una Constitución Social y una Constitución Económica, que son una sólida y perdurable herencia autoritaria y neoliberal"[660]. Con todo, la Constitución chilena arrastra un problema desde su génesis, a saber, su origen otorgado y autoritario, problema que si bien se atenúa a partir de las reformas de 1989 y 2005, persiste el tema de la legitimidad puesto que "la legitimidad democrática mínima ganada en los últimos años no ha saldado la deuda de origen de la Carta. Luego, la rigidez tiene un sentido garantista en una Constitución democrática; en cambio, en una Carta otorgada y autoritaria, es un freno o resguardo de un antiguo régimen y su herencia"[661].

---

[659] ZÚÑIGA señala que la reforma de 2005 es fruto del octavo intento orientado a suprimir los enclaves autoritarios. El primero, en el Gobierno del Presidente Aylwin terminó con el archivo del proyecto, el segundo fue aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado, los tercer y cuarto intento de 1994, en el Gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle fueron proyectos archivados, el quinto, de agosto de 1995 fue retirado de trámite, el sexto, de octubre de 1995 fue rechazado por el Senado por falta de *quórum* y el séptimo fue un proyecto de 1997, aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado por falta de quórum (*Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución", *op. cit.*, p. 353).

[660] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente". En: *Revista de Derecho Político*, Nº 66, UNED, Madrid, 2006, p. 404.

[661] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución", *op. cit.*, p. 362.

La historia y la experiencia constitucional nos enseñan que una Constitución sólo establecerá un orden estable en la medida que promueva la unidad e integración de todos los sectores de la comunidad, debiendo reconstruir permanentemente dicha unidad e integración. Por lo mismo, la Carta Fundamental debe posibilitar la expresión de una sociedad plural, donde cada uno de los sectores se sienta integrado y tenga un lugar para participar en forma representativa en las decisiones que conciernen al conjunto de la sociedad[662]. Y ese era uno de los tantos problemas que generaba una institucionalidad democrática "protegida y autoritaria", lo que se manifestaba en la desconfianza sobre la madurez política de la sociedad, y, especialmente, desconoce la realidad plural y diversa de la sociedad, impidiendo la presencia de importantes fuerzas vivas de la comunidad en las instituciones representativas, junto con entregar un rol de tutela política a las FFAA, lo que no se cohonesta con un verdadero sistema democrático.

Las reformas de 2005 apuntan en esa dirección, desterrar de la Constitución los "enclaves autoritarios", sin embargo, persiste el problema de representatividad, especialmente porque se mantiene el sistema binominal para la elección de parlamentarios y, tratándose del modelo económico – social, no ha sido posible atenuar la radicalización de un modelo neoliberal.

No analizaré todas las reformas sino las, a mi juicio, son más significativas desde la perspectiva que se ha estado analizando.

En primer lugar, se modifica la composición de la Cámara Alta, toda vez que a partir de 2005, el Senado se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales (art. 49 inc. 1º), por lo que resultan eliminados los senadores vitalicios (ex Presidentes de la República) y designados. De esta manera, se restaura la representatividad popular íntegra para esta Cámara, eliminado la distorsión que supuso la presencia de senadores que facilitaron que esta institución republicana deviniera en contramayoritaria.

En segundo lugar, se modifica el estatuto de las FFAA y del Orden como garantes de la Institucionalidad, ya que la razón de su existencia es "la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional" (art. 101 inc. 1º). Se elimina, entonces, la función de garantizar "el orden institucional de la República" (antiguo art.

[662] *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "La evolución político – institucional de Chile 1976 – 2005", *op. cit.*, p. 335.

90 inc. 2º). En la actualidad, corresponde a todos los órganos del Estado garantizar el orden institucional de la República (art. 6 inc. 1º).

Asimismo, antes de la reforma, los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros gozaban de inamovilidad en sus cargos, con un complejo mecanismo para su pase a la reserva[663]. Con la reforma, si bien las autoridades militares conservan la inamovilidad, se simplifica el mecanismo de remoción para los casos graves, ya que "el Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamar a retiro a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros, en su caso, antes de completar su respectivo período" (art. 104 inc. 2º).

También el COSENA sufre una profunda transformación. Si bien mantiene la composición (Presidente de la República, Presidentes del Senado, y de la Corte Suprema, por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por el General Director de Carabineros y por el Contralor General de la República, agregándose el Presidente de la Cámara de Diputados), es en el ámbito de su convocatoria y funciones donde se aprecia su mutación.

En relación a lo primero, antes de la reforma, el COSENA podía ser convocado por el Presidente o a solicitud de dos de sus miembros (antiguo art. 95 inc. 3º), lo que permitía que los integrantes de las FFAA pudieran convocarlo, con los efectos que produce desde la perspectiva de la marcha política del país por las funciones asignadas a este organismo. En la actualidad sólo se reúne cuando es convocado por el Presidente de la República (art. 107 inc. 1º).

---

[663] Si bien el art. 93 inc. 1º establecía que los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros "gozarán de inamovilidad en su cargo", el inc. 2º apunta que "en casos calificados, el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional". ¿Cuáles son los "casos calificados"? Nos encontramos en presencia de una cláusula abierta de difícil interpretación; pero mayor problema genera la exigencia del acuerdo del COSENA para removerlos de sus puestos pues, recordemos, estaba integrado por los Comandantes en Jefe de las FFAA y de Orden.

Un ejemplo de los problemas prácticos que esta normativa generó se puede observar en el caso del General Rodolfo Stange. Este último era General Director de Carabineros (policía uniformada) y en marzo de 1994 un ministro de la Corte de Apelaciones propone su procesamiento por su eventual participación en un caso de violación de derechos humanos conocido como el "caso degollados". En abril de ese año, el Presidente Frei Ruiz – Tagle solicita la renuncia del General, a lo cual éste se niega. Si bien la Corte Suprema, en agosto de 1994, sobreseyó la causa contra Stange, este episodio, simplemente por su gravedad, podría calificarse como un caso calificado para la remoción de la autoridad, independientemente del resultado final del juicio penal.

Pero en cuanto a sus funciones es donde se produce la principal reforma. Decía el texto antiguo en su art. 96 que "serán funciones del Consejo de Seguridad Nacional: a) Asesorar al Presidente de la República en cualquier materia vinculada a la seguridad nacional en que éste lo solicite; b) Hacer presente al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional, su opinión frente a algún hecho, acto o materia, que a su juicio atente gravemente en contra de las bases de la institucionalidad o pueda comprometer la seguridad nacional"[664]. En la actualidad este Consejo es un órgano asesor sobre "materias vinculadas a la seguridad nacional y de ejercer las demás funciones que esta Constitución le encomienda" (art. 106). Se aprecia, entonces, claramente la subordinación de la autoridad militar al poder político representativo.

Esto mismo se aprecia en materia de estados de excepción. Anteriormente, los estados de asamblea, de emergencia y de catástrofe eran decretados por el Presidente de la República con acuerdo del COSENA (art. 40 Nº 1, 3 y 4). En la actualidad, es el Presidente, con acuerdo del Congreso quien decreta los estados de excepción de asamblea y de sitio y sujeto al control del Congreso para los estados de emergencia y de catástrofe (arts. 40 al 42). Esta reforma es de singular importancia dado que estando en vigor algún estado de excepción se afecta el ejercicio de ciertos derechos fundamentales de manera significativa. De ahí que el control y responsabilidad de las medidas decretadas quede en manos de las autoridades civiles.

Con la reforma de 2005 se explicita la subordinación de la fuerza militar a la autoridad política. Antes de la modificación no quedaba claro el carácter no deliberativo de las FFAA, especialmente por las facultades genéricas que se les encomendaba en materia de orden institucional. Ese tipo de facultades son un reflejo de la influencia que tuvo la DSN en la Constitución original, influjo que perduró por 25 años. La reforma en cuanto al estatuto de las FFAA supone el fin de uno de los más importantes enclaves autoritarios de la Constitución chilena.

En tercer lugar, el TC chileno sufre una profunda modificación. Por de pronto, se modifica el régimen de designación de los ministros (art. 92), pero especial trascendencia reviste la ampliación de las atribuciones del Tribunal (art. 93), entre las que destaca el traspaso al TC de la declaración de inaplicabilidad de los preceptos

[664] Más radical eran la afirmación contenida en la letra b) de este artículo previa a la modificación del año 1989, pues el COSENA podía "representar, a cualquiera autoridad establecida por la Constitución, su opinión…", es decir, no había límites personales para su intervención en materias asociadas a las Bases de la Institucionalidad.

legales (art. 93 Nº 6, antes a cargo de la CS). Como señala NOGUEIRA, "la reforma constitucional concentró el control de constitucionalidad sobre normas jurídicas en el Tribunal Constitucional, lo cual constituye un cambio de modelo de jurisdicción constitucional"[665].

Por último, es necesario señalar que la reforma atenúa el presidencialismo reforzado que establecía la Constitución. Por ejemplo, para la declaración de los estados de excepción constitucional es necesaria la intervención del Congreso, en algunos casos de manera directa (estados de asamblea y sitio) y en otros como importante fiscalizador de los actos del Gobierno (arts. 40 – 42). Asimismo, se profundiza la función de fiscalización de los actos de Gobierno por parte de la Cámara de Diputados, tanto por la atribución de citar a un Ministro de Estado a fin de formularle preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo hasta en tres oportunidades en un año (art. 52 letra b), como por la constitucionalización de las comisiones investigadoras de la Cámara Baja (art. 52 letra c). Además, el Congreso Nacional tendrá una mayor presencia en el proceso de reserva, denuncia y retiro de los tratados internacionales (art. 54 Nº 1).

Con todo, las modificaciones en esta materia son, como ya he dicho, atenuaciones al sistema presidencial, ya que finalmente la máxima autoridad del Estado, el Presidente, cuenta con facultades (y recursos económicos) que exceden en mucho a las atribuciones de otros órganos del Estado.

Si bien la reforma constitucional de 2005 también modifica otros aspectos de la Carta, por ejemplo la constitucionalización de los principios de probidad y transparencia en el ejercicio de la función pública (art. 8) o los cambios en las causas de adquisición de la nacionalidad (art. 10), en este trabajo he optado por un análisis de las modificaciones de los enclaves autoritarios presentes en la Constitución, puesto que son esas instituciones las que generan la dificultad de modificar de manera sustantiva la institucionalidad chilena, desde la perspectiva de un sistema democrático que beba de fuentes republicanas. Y aún cuando las reformas de aquél año han permitido un progreso importante en la democratización del país, siguen latiendo importantes desafíos, que analizaremos a continuación[666].

---

[665] NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "La evolución político – institucional de Chile 1976 – 2005", *op. cit.*, p. 350.

[666] Si bien la reforma de 2005 permite una evolución hacia un estadio de mayor participación democrática, hay autores que creen que se trata de un proceso de involución: *Cf.* ANDRADES RIVAS, E.: "Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación.

2.4. Algunos desafíos para la Constitución chilena.

La historia de la Constitución vigente resulta paradójica, porque los pilares en los cuales descansa siguen tan vivos hoy como ayer. "A pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios. Este rasgo 'gatopardo' hace que la Constitución vigente sea la más reformada en la historia de Chile, y al mismo tiempo la más deficitaria en cuanto a su carácter democrático"[667].

Son muchos los temas que pueden y deben ser objeto de cambio en el futuro. Tal vez la discusión sobre la pertinencia de una nueva Constitución, junto con superar el déficit de legitimidad de la actual Carta, permitiría una participación plural en su elaboración y hacer de ella un reflejo del verdadero consenso nacional para la marcha de la República. La actual Carta, sincrética en su apartado dogmático y autoritaria en la configuración del sistema político, no es representativa de la realidad compleja de la sociedad ni del sentir de todos los sectores sociales[668].

Además del mecanismo que se utilice para una futura reforma sustantiva, son tres los temas que quisiera abordar. El primero, la impronta neoliberal y su influencia en la Constitución económica. Este tema será objeto de análisis en un capítulo posterior de este trabajo. El segundo desafío lo constituye el sistema electoral para la elección de parlamentarios. El tercero, el sistema de *quorums* para la aprobación de las leyes, dependiendo de la materia.

Tratándose del sistema electoral para la elección de parlamentarios, el procedimiento de elección funciona de la siguiente manera: se elige a dos parlamentarios por distrito o circunscripción, se trate de senadores o diputados. La lista que doble en cantidad de votos a la que le sigue elegirá a sus dos candidatos. Si esto no

---

Notas sobre las reformas a la Carta del 80". En: *Actualidad jurídica*, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001, pp.173 – 187.

Para una revisión sinóptica del contenido de las reformas del año 2005, *Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno*, *op. cit.*, pp. 121 – 125.

667 CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, p. 137.

668 En cuanto a los temas de futuro para la Constitución, *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente", *op. cit.*, pp. 407 – 409.

se produce, las dos listas más votadas elegirán a los dos candidatos de cada lista con mayor número de sufragios.

Un cuadro con los resultados de las elecciones desde el año 1989 a 2009 puede permitir hacer un análisis de los efectos que provoca el binominalismo. Por de pronto, la competencia no se realiza con el rival político sino con el compañero de pacto. Además, genera una exclusión de representación a importantes minorías, lo que supone un déficit de pluralismo político en la conformación de las Cámaras del Congreso.

A efectos de este análisis, me centraré en la elección de diputados dado que su renovación es completa cada cuatro años, a diferencia de la elección de senadores, que es de renovación parcial[669].

Diputados 1989	Porcentaje de votación	Diputados electos
Concertación por la Democracia	51,49%	69
Democracia y Progreso	34,18%	48
Liberal-Socialista Chileno	3,03%	-
Unidad para la Democracia	5,31%	2
Independientes (Fuera de Pacto)	1,88%	1
Diputados 1993		
Alternativa Democrática de Izquierda	6,39%	-
Unión por el Progreso de Chile	36,68%	50
La Nueva Izquierda	1,43%	-
Concertación por la Democracia	55,40%	70
Independientes (Fuera de Pacto)	0,11%	-
Diputados 1997		
Humanista	2,91%	-
Unión Por Chile	36,26%	47
Concertación por la Democracia	50,51%	69
La Izquierda	7,49%	-
Chile 2000	2,14%	2
Independientes (Fuera de Pacto)	0,69%	2
Diputados 2001		
Partido Comunista	5,22%	-
Partido Humanista	1,13%	-

669 Para los datos, *Cf.* Ministerio del Interior de Chile. Disponible en internet: http://www.elecciones.gov.cl/nav_historico.html, [citado 30 Noviembre 2010].

Alianza por Chile	44,27%	57
Concertación la Democracia	47,90%	62
Independientes (Fuera de Pacto)	1,42%	1
Diputados 2005		
Fuerza Regional Independiente	1,17%	1
Concertación Democrática	51,76%	65
Juntos Podemos Más	7,40%	-
Alianza	38,72%	54
Diputados 2009		
Concertación y Juntos Podemos	44,36%	57
Coalición por el Cambio	43,44%	58
Nueva Mayoría para Chile	4,56%	0
Chile Limpio Vote Feliz	5,40%	3
Independientes (Fuera de Pacto)	2,21%	2

Cabe recordar que entre los fundamentos ideológicos que inspiran la Constitución chilena figura la DSN. Ya vimos que esta doctrina tenía como principal "enemigo" al marxismo en tanto que teoría política, pero sobre todo a sus representantes. El sistema binominal tiende a la exclusión y en este caso particular, resulta excluido del Parlamento la fuerza "enemiga": las corrientes políticas de inspiración marxista[670]. Recién en las elecciones de 2009 fue corregido este problema, a partir de un acuerdo político entre la Concertación por la democracia con el PC, lo cual implicó que ambas fuerzas políticas fueron unidas en un mismo pacto.

Digo que el sistema genera exclusión porque si revisamos el cuadro, desde 1989, las fuerzas políticas de izquierda marxista han obtenido entre un cinco y un siete coma cinco por ciento de los votos y jamás pudieron elegir un diputado. Y si bien se trata de una minoría, es una minoría que representa a un sector importante de la población.

De ahí que se afirme que es un sistema que tiende a la bipolarización en dos alianzas electorales fuertes, lo que trae como efecto inmediato la poca representatividad

[670] Insisto en calificar a esta izquierda de inspiración marxista, ya que en Chile, dentro de la Concertación de partidos por la democracia, existen partidos de izquierda cuya inspiración inmediata es un modelo socialdemócrata.

para lograr la distribución de escaños en el Congreso, dado que impide la obtención de mandatos para las terceras y siguientes fuerzas políticas[671].

Ahora bien, el sistema puede favorecer la aparición de "caudillos" locales, pero que no generan una fuerza representativa. Por ejemplo, en la elección de 1997, PC y Humanistas obtuvieron casi un diez por ciento de la votación, pero no lograron ningún diputado. En cambio, dos fuerzas minoritarias (Chile 2000, dos diputados, 2,14% de los votos e Independientes, 0,69% de los votos) asociadas a figuras carismáticas y con clara incidencia local y en ningún caso nacional, conquistaron cuatro escaños para diputados. Este efecto, claramente es una distorsión en la representatividad popular.

Además, la ausencia de competencia entre las listas, debilita la importancia del voto de los ciudadanos. Incluso más. Los partidos conocen su votación aproximada, por lo que las directivas de los partidos políticos negocian al interior del pacto las candidaturas, "llevando candidatos fuertes que serán elegidos y candidatos débiles que sirven sólo de acompañamiento, lo que hace que el ciudadano solo decide la orientación general por la que desea votar pero no tiene ninguna influencia en quiénes son los candidatos que se elegirán, lo cual desincentiva la participación ciudadana en las elecciones"[672].

En cuanto a las razones que justifican el mantenimiento del sistema binominal, se ha señalado que los fines que persigue (evitar el multipartidismo y la dispersión electoral), trae consigo mayor estabilidad política y una necesaria unificación de las tendencias mayoritarias, lo cual es más difícil de lograr con sistemas de elección basado en el principio de proporcionalidad[673]. Y los datos dan cuenta que ese propósito ha sido alcanzado.

Sin embargo, es posible sostener que las bondades del binominalismo se resienten si lo examinamos desde la perspectiva de una democracia que permite la participación activa de los ciudadanos y reconoce la pluralidad existente en la sociedad, fines que no se pueden conseguir con ese sistema. Y este es un desafío para el futuro, porque es herencia autoritaria y que responde a una cosmovisión que ha sido superada

---

[671] *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "La evolución político – institucional de Chile 1976 – 2005", *op. cit.*, p. 345.

[672] *Ibíd*., p. 345.

[673] *Cf.* CARRASCO DELGADO, S.: "La evolución político – constitucional de Chile". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 2, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, p. 315.

en Chile – desconfianza de ciertos grupos políticos y de la madurez de la sociedad –; en síntesis, favorece una tutela que no corresponde a la principal fuerza minoritaria, desconociendo tanto la voz de la mayoría como de minorías significativas.

En relación al sistema de *quorums* para la aprobación de las leyes, dice el art. 66 de la CPE que "las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su único aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 1º). Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 2º). Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio (inc. 3º). Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes (inc. final)".

A partir de lo que establece esta disposición se puede afirmar que la ley requiere diversos *quorums* de aprobación, dependiendo de la materia sobre la que trate. En el caso de las leyes interpretativas de la Constitución y las Leyes Orgánicas Constitucionales (LOC), los *quorums* para aprobarlas, modificarlas o derogarlas son muy altos (3/5 y 4/7 respectivamente), lo que supone un alto nivel de consenso entre las fuerzas políticas para lograr un acuerdo[674].

Recordemos que la CE también establece *quorums* diferentes para la aprobación, modificación o derogación de las leyes, pues en el caso de las leyes orgánicas, dispone el art. 81.2 que "exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto". Sin embargo, no es tan alta la exigencia de *quorum* como para llegar a desconocer a la mayoría absoluta representativa.

En el caso de Chile, no basta la mayoría absoluta. Se requiere aún más, lo que, relacionado con el sistema electoral de elección de parlamentarios, otorga a la principal fuerza minoritaria un derecho equivalente al de la principal fuerza política representada

[674] Hay casos en que el quórum para la aprobación de ciertas LOC es incluso más alto: *V.g.* la 13ª disposición transitoria de la CPE señala que "el Senado estará integrado únicamente por senadores electos en conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios actualmente vigentes. (inc. 1º) Las modificaciones a la referida Ley Orgánica sobre Votaciones Populares y Escrutinios que digan relación con el número de senadores, las circunscripciones existentes y el sistema electoral vigente, requerirán del voto conforme *de las tres quintas partes* de los diputados y senadores en ejercicio." (inc. 2º)". Se puede advertir que el quórum exigido es similar al requerido para una ley de reforma de la Constitución.

en el Congreso. El problema es que los temas de mayor trascendencia para la marcha de la República están reservados por la CPE para ser regulados por las LOC. Así, por ejemplo, una LOC determinará la organización y funcionamiento del sistema electoral público y regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios (art. 18 inc. 1º); también una LOC "establecerá los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de la enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento" (art. 19 Nº 11 inc. final); asimismo, existe la LOC que regula a los partidos políticos (art. 19 Nº 15 inc. 4º); es una LOC la que determina el funcionamiento y atribuciones del Congreso Nacional (entre otros, arts. 52 Nº 1, letra a), inc. final, 52 Nº 2, inc. 2º, art. 54 Nº 1 inc. 8º, art. 55 inc. 3º); lo mismo ocurre en el caso del Poder Judicial (art. 77 inc. 2º), Ministerio Público (art. 84 inc. 1º), Tribunal Constitucional (art. 92 inc. Final), Tribunal Calificador de elecciones (art. 95 inc. final), Contraloría General de la República (art. 98 inc. 1º), FFAA y de Orden (art. 105 inc. 1º) o el Banco Central (art. 108 inc. 1º).

Entonces 'la fórmula' altos *quorums* más relevancia de la materia más cosmovisiones diferentes para la comprensión de la sociedad, tiende a producir una petrificación normativa y una desactualización entre el derecho y la realidad, en que el primero va quedando atrás frente a las transformaciones del mundo contemporáneo. Si este fenómeno ya es común para el derecho en general, con un modelo de aprobación y modificación de las leyes como el chileno, se radicalizan los efectos negativos de falta de adecuación entre norma y realidad[675].

[675] Por ejemplo, en materia de derecho a la educación, en Chile se produjo una profunda discusión tras un movimiento ciudadano encabezado por los estudiantes de educación secundaria en 2006. Este reclamo ciudadano permitió que se pudiera legislar sobre el modelo educativo, discusión que estaba pendiente desde el regreso de la democracia. La Presidenta de la República, MICHELLE BACHELET presentó un proyecto de ley para sustituir la controvertida Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza y reemplazarla por una nueva. Entre los principales objetivos perseguidos figuraban terminar con la discriminación y garantizar la calidad de la enseñanza; además, establecer un nuevo marco regulatorio para la educación pública y privada con mayores estándares de calidad, consagrando derechos y deberes para los distintos actores del sistema educativo y hacer compatible la libertad de enseñanza con el derecho a una educación de calidad.

Así fue como en 2009 se promulgó y publicó la Ley General de Educación (Ley 20.370, *Diario Oficial*, Nº 39.461, Santiago, 12 de septiembre de 2009) que encarna los propósitos de mejorar el sistema educativo chileno, especialmente en aras a mejorar la educación entregada a los sectores menos favorecidos de la población. La ley explícitamente señala que la educación es un derecho de todas las personas (art. 4) y que se inspira en ciertos principios entre los que destaca la universalidad y la calidad (art. 3). Si bien en la Constitución está garantizado el derecho a la educación (art. 19 Nº 10), en tanto que derecho social no goza de tutela reforzada, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de enseñanza (art. 19 Nº 11). Con la nueva ley se establecen mecanismos para hacer efectivos los principios en que se funda.

Y, como se ha reiterado a lo largo de estas páginas, el sistema de *quorums* y de distinción del "tipo" de ley, forman parte de los mecanismos de "amarre" constitucional que se establecieron a partir de 1973 y que es fruto de la refundación institucional que inspiró a la dictadura militar. Con leyes rígidas se asegura el 'legado' institucional y, si bien, los nuevos tutores no serán las FFAA, persisten las fuerzas que son herederas de una concepción de la democracia de carácter instrumental, autoritaria y protegida.

Por esta razón es necesario revisar algunas de las concepciones teóricas que fundan la Constitución, las que a pesar de los años transcurridos siguen vigentes y gozan de muy buena salud a pesar de la falta de consenso político al respecto, porque no se trata de teorías que habitan en los extramuros de la realidad, sino que son la fuente que da origen y sustento al entramado económico y social de la Constitución chilena.

3. Sincretismo ideológico de la Constitución chilena. Especial referencia al iusnaturalismo escolástico y neoliberalismo.

La Constitución chilena tiene variadas fuentes ideológicas que la sustentan. Se ha visto que la DSN es una de las teorías que nutren la parte dogmática de la Constitución, especialmente en lo que se relaciona con el rol de las FFAA como garantes de la Institucionalidad, o la influencia de SCHMITT, en cuanto crítica a la concepción liberal de la democracia y forjadora de un concepto de Poder Constituyente que favorece la autoatribución de éste a la Junta de Gobierno.

En este apartado quisiera detenerme en dos de sus principales fuentes ideológicas: el pensamiento humanista cristiano y el neoliberalismo. La unión de ambas corrientes, al parecer irreconciliables, es lo que me lleva a titular este epígrafe con el calificativo de "sincretismo". En la Constitución chilena se recogen los postulados de una y otra teoría y se fuerzan para tratar de darle unidad sistemática. Sin embargo, un estudio más profundo de tales corrientes permite sostener que ésta reunión resulta un tanto forzada y lleva a conclusiones contradictorias. Baste un ejemplo preliminar: el

---

Sin embargo, como en materia educativa colisionan diferentes sensibilidades políticas, unas más cercanas a la libertad de enseñanza y otras al derecho a la educación, éste último aún debería haber sido desarrollado de manera más explícita por la ley, *V.g.* la amplitud descriptiva del art. 6 inc. 1º de la ley: "es deber del Estado propender a asegurar una educación de calidad y procurar que ésta sea impartida a todos, tanto en el ámbito público como en el privado". El uso de los verbos en este caso nos remite más a un anhelo o un propósito. Es posible afirmar que se hubiese logrado un mejor desarrollo del derecho a la educación con un lenguaje más imperativo.

concepto de bien común para una perspectiva escolástica es diferente a la de una neoliberal al modo de la propuesta de HAYEK.

3.1. La influencia del pensamiento cristiano en la Constitución chilena.

Una primera observación acerca del iusnaturalismo. El siglo XX se caracterizó por los horrores y holocaustos que los seres humanos hemos provocado. El Derecho en tanto que sistema no escapó a la responsabilidad que le cabe en tan tristes hechos ya que no se establecieron los debidos mecanismos de promoción y garantía de los derechos de las personas. Cuando el Derecho pasa a legitimarse por su correcto pronunciamiento formal, es decir, si se ha ajustado al procedimiento de formación de la ley correctamente establecido en las Cartas Fundamentales, corremos el serio riesgo de relativizar los valores humanos en pos de la certeza jurídica. Ya hemos citado la famosa frase de KELSEN en relación al derecho emanado del gobierno nacional – socialista de Alemania: "desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi, fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho"[676]. Esta postura implica el establecimiento de un criterio formal, que pueda ser verificado empíricamente, independiente de los efectos que pueda producir una legislación determinada. Si ésta respeta el itinerario procedimental establecido por la Constitución (incluyendo los controles a *priori* o *posteriori* de un TC), se estaría cumpliendo el criterio verificador, con independencia del contenido. Para esta orientación, lo que prima es la norma como único correlato demostrable del sistema jurídico. El mismo KELSEN hace un examen relativo a la justicia, sin que se atreva a concluir nada de manera categórica; a lo sumo, la justicia es una convicción íntima, no susceptible de ser universalizada[677].

El positivismo jurídico radical como escuela filosófica, es heredera del empirismo y del positivismo. Esta "escuela", si pudiéramos llamarla así, tiene en el correcto procedimiento de formación de la ley una justificación para su legitimidad. Para esta corriente, justicia y legitimidad se asocian a la legalidad, principio jurídico básico. Es cierto, que el procedimiento no debe ser arbitrario, hay una asamblea de ciudadanos que representan a la comunidad política y Tribunales Constitucionales que

[676] Cita de KELSEN tomada de LANDA, C.: "Dignidad de la persona humana", *op. cit.,* p.115

[677] *Cf.* KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona 1980, p. 63.

tutelan por el respeto de la Carta Fundamental, sin embargo, no es suficiente el puro respeto de los mecanismos formales para considerar a la fuente que emana de ese proceso como legítima y vinculante[678].

Podría sostenerse que el regreso al iusnaturalismo, entonces, sería una reacción ante los horrores de los que fuimos testigos como humanidad en el siglo XX. Un derecho que deviene en puramente formal con un código empírico, la norma, no puede sustraerse a la tentación autoritaria de servirse de él para justificar fines de la naturaleza que ellos sean[679]. Sin una corriente que aspire a la legitimación normativa más allá del puro *factum* legal, difícilmente se podrán encontrar frenos a eventuales excesos autoritarios o, peor aún, tiránicos[680]. Intentos de esta naturaleza encontramos desde una tradición diferente a la iusnaturalista en HABERMAS y RAWLS, pero el problema del que parten, los límites al derecho, es el mismo[681].

Sin embargo, la CPE promulgada en 1980 se inserta en una realidad chilena muy peculiar. La nueva institucionalidad no es una reacción a los holocaustos contemporáneos; es un ensayo político que pretende legitimar desde una perspectiva normativa/constitucional un modelo liberal/autoritario, al modo propuesto por HAYEK o SCHMITT. Su contexto histórico político inmediato es la dictadura militar chilena, que hasta 1980 generó legislación irregular vía DL, que mantuvo el territorio de la República en permanentes estados de excepción, con una policía secreta que no escatimó medios en la persecución de sus adversarios políticos, contexto que no tiene en

---

[678] Para observar la vigencia práctica de esta orientación no es necesario ir a la Europa previa a la II Guerra Mundial. Baste mirar algunas sentencias de los Tribunales de Justicia chilenos, que acogen la amnistía como causa de extinción de responsabilidad penal por los crímenes que se cometieron en la dictadura militar al amparo de la 'ley de amnistía' (*Cf.* DL 2191, de 18 de abril de 1978, concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala, *Diario Oficial*, Nº 30.042, Santiago, 19 de abril de 1978). Esta posición jurisprudencial empezó a ser cuestionada a raíz de la detención de Pinochet en Londres, siendo el primer caso en que se rechaza la amnistía concedida por el referido DL, el llamado "caso Sandoval" (*Cf.* SCA (Santiago), rol 11821 – 2003, *op. cit.*).

[679] No obstante, tratándose del positivismo, hay que hacer distinciones, porque esta Escuela no tiene una sola orientación, sino que es posible encontrar variantes. Tenemos autores como KELSEN, pero también HART o DWORKIN, si bien todos representantes de la Escuela positiva, los postulados de estos últimos son más moderados. Una interesante reflexión sobre este tema se encuentra en REYES SOTO, N.: "De nuevo sobre el problemático concepto de positivismo jurídico". En: *Revista de Ciencias Sociales,* Nº 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1996, pp. 123-144.

[680] Una reflexión sobre la dialéctica justicia y derecho se puede revisar en SALVAT, BOLOGNA, P.: "¿Debe el derecho ser justo? Reflexiones preliminares a propósito del caso chileno". En: *Persona y sociedad*, Vol. 18, Nº. 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2004, pp. 33 – 62.

[681] *Cf*. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 60 – 62; RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*; RAWLS, J.: "La justicia como equidad: política no metafísica". *op. cit.*, pp. 24 – 45.

el horizonte una preocupación por el sistema democrático desde una perspectiva finalista.

Postular entonces un modelo democrático siervo, puede implicar que los derechos fundamentales no sean protegidos debidamente (baste recordar la famosa disposición 24ª transitoria de la Constitución chilena), generación de mecanismos institucionales autoritarios y tutelas originales que no son propios de una democracia republicana, *V.g.* todo lo que hemos visto a propósito de los llamados "enclaves autoritarios"[682].

Por lo anterior, no se puede señalar que la influencia iusnaturalista en la Constitución chilena es efecto de un progreso en la humanización del derecho, sino que es la justificación filosófica para cierta institucionalidad con características conservadoras.

Diversos autores y miembros de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución sostienen que la inspiración filosófica de la Constitución es la filosofía cristiana[683]. ¿A qué llamamos filosofía cristiana? ¿Qué se entiende por filosofía

---

[682] Ya he tratado este punto, pero puede ser ilustrativo un artículo de comienzos de este siglo: *Cf.* SOLARI ALLIENDE, E. – GARCÍA MONGE, D.: "El malestar constitucional chileno". En: *Anuario de filosofía jurídica y Social*, Nº 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 512 – 521.

[683] A modo de ejemplo, se puede señalar la opinión de JAIME GUZMÁN quien señala que "toda la doctrina sobre el Estado, la soberanía, la democracia, el gobierno y los derechos individuales y sociales, descansa en una concepción cristiana del hombre; en el reconocimiento de que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo" (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, Santiago, 25 de octubre de 1973, p. 5). En la misma línea, ENRIQUE ORTÚZAR expresa que "la idea formulada por el señor Guzmán, seguramente era compartida por todos los miembros de la Comisión (*Ibíd.*, p. 5). También podemos encontrar la opinión de CEA quien a propósito del fundamento que tiene el capítulo III de la CPE sobre garantías fundamentales, afirma que "realzamos que el poder constituyente asume una posición afín con el derecho natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona… (los derechos y deberes) son anteriores y superiores a él (al Estado), dado que el ser humano es ontológica, deontológico y cronológicamente precedente a la sociedad política o al estado", es decir, el influjo del lenguaje filosófico iusnaturalista, postulado por la escolástica y el catolicismo, es evidente (CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004, p. 56).

Sin que el listado sea exhaustivo, *Cf.* SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago 1997, p. 36, SOTO KLOSS, E.: "La Familia en la Constitución Política". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 Nº 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1994, pp. 224 – 225; EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica, 3ª edición, Santiago 2004, p. 118; CORRAL TALCIANI, H., *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes, colección Jurídica, Santiago, 1994, p. 30; JIMÉNEZ LARRAÍN, F.: "El concepto de familia en la Constitución Política de Chile". En: *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo II, Santiago 1994, p. 150; VARELA EL SOLAR, J.L.: "Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2 – 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, pp. 387 – 388; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980" En: *Revista chilena de Derecho*,

cristiana? La historiografía constitucional sólo enuncia esta tesis, sin embargo, no ha desarrollado una reflexión sistemática sobre este punto desde el mundo del derecho. Hay autores que lo han realizado, pero su familia disciplinar es la filosofía o la ciencia política[684].

Cuando se habla de la inspiración filosófica cristiana en la Constitución chilena, hay que visitar ciertos documentos en que ese fundamento se ve reflejado. Por de pronto, en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile[685] se observa con nitidez el influjo de *Mater et Magistra* en su redacción. A modo de ejemplo, a propósito de la concepción del hombre y la sociedad dice el texto que "en consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad. Fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte, y es su progresiva pérdida o desfiguración la que ha provocado, en buena medida, el resquebrajamiento moral que hoy pone en peligro esa misma civilización"[686].

A partir de esa Declaración, se deducen ciertos efectos, *V.g.* describir un fundamento para el derecho natural, "son derechos que arrancan de la naturaleza misma del ser humano, por lo que tienen su origen en el propio Creador. El Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pero no siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos"[687] o del fin del Estado, "tanto desde el punto de vista del ser como desde el punto de vista del fin, el hombre es superior al Estado. Desde el ángulo del ser, porque mientras el hombre es un ser sustancial, la sociedad o el Estado son sólo seres accidentales de relación. Es así como puede concebirse la existencia temporal de un hombre al margen de toda sociedad, pero es, en cambio, inconcebible, siquiera por un instante, la existencia de una sociedad o Estado sin seres humanos. Y también tiene prioridad el hombre desde el prisma del fin, porque mientras las sociedades o Estados se

---

vol. 16, Nº 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, p. 381 – 384; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pp. 32 – 49.

[684] Por ejemplo, *Cf.*, VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, *op. cit.*, pp. 55 – 71; CRISTI, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, *op. cit.*, capítulos 2 y 6.

[685] JUNTA DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de* Chile, *op. cit.*, Nº II.

[686] *Ibíd.*, Nº II.

[687] *Ibíd.*, Nº II, 1.

agotan en el tiempo y en la historia, el hombre los trasciende, ya que vive en la historia, pero no se agota en ella"[688].

Esta declaración es un reconocimiento explícito de la teoría de los entes relacionales, cuya raíz la encontramos en ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS y es recogida por *Mater et Magistra*. Sobre este punto, capital importancia tiene JAIME GUZMÁN, quien, basándose en el parágrafo 109 de la encíclica, construye su justificación filosófica.

La encíclica de JUAN XXIII, que trata sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana[689] trata sobre diversos asuntos relativos a la economía, sectores productivos y justicia social. Cuando analiza el derecho de propiedad, señala que es un error sostener que los hombres no tienen un derecho natural a la propiedad como lo quieren presentar ciertos sectores del mundo económico[690]. Agrega que "esta duda carece en absoluto de fundamento. Porque el derecho de propiedad privada, aún en lo tocante a bienes de producción, tiene un valor permanente, ya que es un derecho contenido en la misma naturaleza, la cual nos enseña la prioridad del hombre individual sobre la sociedad civil, y, por consiguiente, la necesaria subordinación teológica de la sociedad civil al hombre"[691], es decir, corresponde el derecho de propiedad a las personas en tanto que personas, pues el hombre tiene prioridad ontológica y de finalidad sobre la sociedad civil, siendo la propiedad un valor permanente inscrito en su propia naturaleza.

Esta teoría de los entes relacionales es desarrollada por GUZMÁN, puesto que defiende el carácter sustancial de la persona y accidental de todos los demás seres. En su trabajo para graduarse de Licenciado en Derecho, manifiesta su preocupación por el devenir de la Universidad, especialmente por el tiempo de crisis que se vivía a fines de los sesenta y comienzos de los setenta. Sostiene que para el caso de la Universidad, su ser resulta de una determinada relación entre las sustancias, que son los miembros que la componen, por tanto, los seres relacionales no se expresan como sustancia, dado que

---

[688] *Ibíd.*, Nº II, 2.

[689] *Cf.* JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, Roma 15 de mayo de 1961. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

[690] *Cf. Ibíd*., § 108.

[691] *Ibíd.*, § 109, párrafo 1.

su ser no es sustancial, sino que meramente accidental y en concreto, se expresan en la relación. En los seres cuya unidad es una mera relación, es el orden de relación lo que los determina a ser lo que son y, siendo la forma lo determinante, la forma de los entes relacionales es ese orden, identificando orden con fin, siendo fin de la sociedad el bien común[692], es decir, este autor está defendiendo su postura a partir de la teoría de los entes relacionales.

La teoría de los entes relacionales, GUZMÁN la funda en MANSER[693]. Para este autor, "la unidad en lo mucho, que es la esencia de la comunidad, no tiene nada que ver con la substancia… esto salta a la vista si consideramos que los hombres singulares que constituyen la multitud de miembros de la unión son personas, es decir, seres subsistentes que poseen el grado más alto de la incomunicabilidad. Por tanto, aquella unidad en lo mucho pertenece al orden del accidente"[694], entonces, la comunidad (o sociedad) será una reunión de personas de carácter accidental, pues sólo reviste el carácter de sustancia la persona humana.

Esa teoría le permite a GUZMÁN justificar los derechos individuales y tomar distancia de cualquier asomo colectivista (estatal o socialista); los individuos en la sociedad son la substancia y todo lo demás resulta accidental, aunque resulta paradigmático que los entes relacionales tengan un finalidad y esa es el bien común, entendido en la concepción de GUZMÁN no como la mera suma de bienes individuales, sino de una naturaleza distinta y superior al bien individual[695].

Sin embargo, GUZMÁN no profundiza la explicación de MANSER relativa a los distintos tipos de entes relacionales, que este autor recoge en base al pensamiento tomista: "hay también dos series de comunidades: unas de necesidad natural y otras

---

[692] *Cf.* GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. – NOVOA VÁSQUEZ, J., *Teoría sobre la Universidad*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1970, pp. 79 – 84.

[693] MANSER, G.M. OP., *La esencia del tomismo*, 2ª edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto "Luis Vives" de Filosofía, Madrid, 1953.

[694] *Ibíd.*, p. 791. Incluso enfatiza el hecho que "la comunidad social es una unidad operativa de muchos para un fin" (*ibíd.*, p. 791).

[695] *Cf.* GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. – NOVOA VÁSQUEZ, J., *Teoría sobre la Universidad*, *op. cit.*, p. 82. Esto también lo recoge de MANSER: "pues bien, la unidad de comunidad es evidentemente una unidad de orden y, por tanto, de relación; porque la comunidad existe cuando muchos hombres cooperan ordenadamente a un mismo fin. Todo nos habla aquí de orden: *partis ad partem* y *partium ad totum*, y por eso todo consiste en una unidad de relaciones de muchos al mismo fin, al *bonum*" (MANSER, G.M. OP., *La esencia del tomismo*, *op. cit.*, p. 792).

accidentales. A las primeras, entre las cuales menciona Santo. Tomás en primer lugar la cultura espiritual humana, pertenecen el matrimonio, la familia y el Estado. Estas, por ser de necesidad natural, son internamente necesarias. Así, pues, también aquí es la unidad de comunidad algo necesario, un *accidens necessarium*... Las comunidades accidentales, en las que un número de hombres eligen diversamente los medios para el fin último, se proponen fines particulares, y por eso aquí la unidad de comunidad solo puede ser un *accidens contingens*, es decir, algo que puede existir o no existir"[696].

GUZMÁN reduce todas las formas que se producen en la sociedad a las comunidades accidentales, llamadas en el lenguaje manseriano. En ese sentido, es fiel a ese autor al afirmar que todas las formas sociales constituyen accidentes, pero a continuación, al no distinguir entre *accidens necessarium* y *contingens* como hace MANSER, lo que hace es utilizar instrumentalmente a ese autor y abandonar el pensamiento tomista en un importante aspecto, del cual afirma ser heredero. En esta veta se nota el pragmatismo de GUZMÁN. Esta omisión tiene como resultado darle un marcado sello liberal a su pensamiento, que le allana el camino preparado para la recepción del neoliberalismo de HAYEK, para quien el nominalismo social y el individualismo metodológico son dogmas de fe[697].

Por lo visto, aunque GUZMÁN utiliza la teoría de los entes relacionales para justificar el carácter natural del derecho de propiedad, se advierte la influencia del iusnaturalismo en el capítulo I de la Constitución sobre Bases de la Institucionalidad y en otras disposiciones de la Carta Fundamental, donde no hay dudas que existe una filosofía que las sustenta. En palabras del mismo GUZMÁN, la CPE de 1980 tiene una filosofía inspiradora acerca de la concepción del hombre y la sociedad, señalando que "sin adoptar un esquema filosófico determinado, contrapuesto con la amplitud doctrinaria que debe caracterizar a una Constitución, el proyecto comienza, sin embargo, enunciando la concepción del hombre y la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana en la cual se ha forjado nuestro ser nacional"[698].

---

[696] MANSER, G.M. OP., *La esencia del tomismo*, *op. cit.*, p. 793.

[697] *Cf*. CRISTI, R.: "Jaime Guzmán. Capitalismo y moralidad". En: *Revista de derecho*, vol.10 Nº 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Valdivia, 1999, p. 95. Incluso CRISTI señala que "así, al desviarse del aristotelismo, Guzmán deriva hacia el nominalismo" (*ibid*., p. 94).

[698] GUZMÁN, J.: "La definición constitucional". En: *Revista Realidad*, año II, Nº 15, Santiago, agosto 1980, p. 22.

De ahí que muy temprano, y dada la homogeneidad en la integración de los miembros de la Comisión de Estudios, se adoptaron acuerdos aceptados por la unanimidad de sus integrantes, entre los que destacan "el concepto filosófico del hombre y de la sociedad basado en los principios de la civilización cristiana y el concepto de bien común"[699].

En relación al bien común, éste sería, en opinión de GUZMÁN "la creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de los miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal"[700], basándose para ello una vez más en la teoría de los entes relacionales[701]. Incluso, en la discusión al interior de la Comisión se llegó a sostener que el concepto de bien común es unívoco, en el sentido que no hay más que uno aceptable, no habiendo más que uno verdadero y los demás son falsos (en el terreno de los conceptos)[702].

Pero la influencia del pensamiento iusnaturalista no se limita a aquello. Está presente en muchas disposiciones e instituciones de la CPE. Por de pronto, la concepción de familia (art. 1 inc. 4º) está fuertemente influida por una concepción unitaria de lo que se deba entender por familia, sin perjuicio que, con el paso de los años y al amparo de corrientes interpretativas finalistas, la concepción original y tradicional de familia está siendo superada, ya que se ha ido ampliando la visión restringida que sólo consideraba familia a la que era fruto del matrimonio[703].

---

[699] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, *op. cit.*, punto 3 y 5.

[700] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 40ª, Santiago, 14 de mayo de 1974, p. 19.

[701] "En el fondo, se clarifica el concepto de bien común en los términos señalados, se desvirtúa la concepción que ve en el bien común una simple suma de bienes individuales o el bien de un todo colectivo, en el cual la persona humana queda disuelta o absorbida enteramente como parte del todo, sin que tenga ningún ser independiente de ese todo. Expresa que formula esta observación desde un punto de vista filosófico, es decir, entendido como el bien de un ser accidental, de relación, que le permite a todos los seres humanos alcanzar sus objetivos" (*Ibíd*., p. 20)

[702] *Cf.* REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 45ª, Santiago, 13 de junio de 1974, especialmente opiniones de Silva Bascuñán (p. 11), Guzmán (p. 14) y Diez (p. 15).

[703] Sobre el punto, *Cf.* VIERA ÁLVAREZ, C., *La Familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2007, pp. 18 – 32.

Asimismo, el principio de subsidiariedad, que abordaré en el capítulo siguiente de este trabajo y que en opinión de algunos es un fundamento importante de la Constitución, también encuentra antecedentes en la Doctrina Social de la Iglesia, aunque en el caso chileno es una versión sincrética de tal principio, dada su estrecha relación con los postulados neoliberales. Igual cosa ocurre con el derecho de propiedad, que es considerado, como hemos visto, un derecho natural, al modo como es entendido desde una perspectiva escolástica.

Por tanto, sí se puede afirmar que el texto constitucional no es neutro ni aséptico a doctrinas de diverso tipo. El problema es que tratándose del iusnaturalismo y el pensamiento cristiano, sus fundamentos colisionan en el marco de un Estado plural y democrático, no por su falta de racionalidad interna sino porque muchos de sus postulados se construyen como juicios universales e imperativos, siendo ese tipo de imperativos, en ocasiones, incompatibles con un sistema democrático porque, conviene recordar que los principios constitucionales son el reflejo del pluralismo que caracteriza a la sociedad contemporánea y han sido "juridificados" por el poder constituyente, no siendo posible establecer una regla de jerarquía entre ellos. Por el contrario, los principios constitucionales se relativizan entre sí, permitiendo su coexistencia pacífica en el marco de la Constitución.

Y esta relación de relativización entre los principios constitucionales, consagrados con igual valor normativo, lleva a una apertura interpretativa que permite la evolución del consenso constitucional de la sociedad, ya que en virtud de dicha evolución puede cambiar el contenido material de las normas. Ciertos autores[704] olvidan que la Constitución democrática es fruto del pluralismo que compone a la sociedad, en la medida que obedece a las opciones políticas consensuadas por el pueblo-constituyente. La rigidez constitucional que se disfraza tras la vigencia normativa de la Constitución y la supuesta verdad objetiva de su interpretación, son incompatibles con la realidad actual de la sociedad, donde coexisten diferentes proyectos políticos y personales.

Por último, quisiera insistir en la problemática suscitada a propósito de las tragedias y holocaustos que se produjeron en el siglo XX: la importancia de encontrar referentes de legitimación a la pura positividad.

[704] FERMANDOIS, A.: "La píldora del día después. Aspectos normativos". En: *Estudios Públicos*, Nº 95, CEP, Santiago, 2004, pp. 91 – 118.

Como efecto de las consecuencias del comportamiento humano y su responsabilidad en la tragedia y la radicalización del principio de objetivación de toda realidad, que se ha hecho una defensa a los postulados iusnaturalistas, aunque según RUIZ-TAGLE se trata de una falsedad la afirmación que culpa al positivismo jurídico como el responsable del horror provocado por el nazismo[705]. Y no sólo eso. Comparto el juicio del autor en cuanto a la influencia del iusnaturalismo en el derecho constitucional chileno. Afirma que sería bueno que en Chile se reconozca el potencial autoritario que implica la idea de derecho natural. El iusnaturalismo, muchas veces, no ha sido más que una retórica abusiva de justificación del poder y no es casual que haya sido instrumento de legitimación de abusos de poder, *V.g.*, lo ocurrido en la historia chilena reciente y cómo por un lado existen prácticas represivas y por otro todo un aparato destinado a fundar los conceptos "naturales" de autoridad, legitimidad, familia, propiedad y persona humana, es decir, la naturaleza humana que se defiende en ciertas prácticas se muestra indefensa en la defensa de lo más propio del ser humano[706].

3.2. La influencia del pensamiento neoliberal en la Constitución chilena.

Tratándose de los postulados neoliberales, éstos se nutren de diversas teorías. Así, desde la perspectiva económica, los postulados neoliberales se asocian al monetarismo[707]; desde la perspectiva social, hay una dilución de la cuestión social en tanto que problema nacional, en un problema étnico, local e individual[708] y desde la mirada de sus representantes teóricos, se identifican con el proyecto neoconservador[709].

---

[705] *Cf.* RUIZ – TAGLE, P.: "Reseña de Razón práctica y derecho natural". En: *Anales de Filosofía Jurídica*, Nº 11, Valparaíso, 1993, p. 366.

[706] *Ibíd.*, pp. 366 – 367.

[707] *Cf.* FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina". En: *Estudios Cieplan*, Nº 59, Cieplan, Santiago, 1982, p. 13.

[708] *Cf.* ÁLVAREZ – URIA, F.: "Retórica Neoliberal". En: ÁLVAREZ – URIA, F., et al (comp.), *Neoliberalismo versus democracia*, La Piqueta, Madrid 1998, p. 360.

[709] *Cf.* LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia". En: *Obras escogidas de Norbert Lechner*, vol. II, LOM ediciones, Santiago 2007, pp. 137 – 140.

Aunque cabe señalar que hay algún autor que afirma que no hay una corriente neoliberal propiamente tal, sino que este término (neoliberal) "es consecuencia de que los enemigos de la libertad han utilizado esa palabra como una sinécdoque (extender o restringir el significado de una palabra tomando la parte por el todo, o el todo por la parte, o la materia con que está hecha la cosa con la cosa misma" (GHERSI, E.: "El mito del neoliberalismo". En: *Estudios Públicos*, Nº 95, CEP, Santiago, 2004, pp. 310 – 311). Este autor

Sin embargo, en este apartado utilizare el término neoliberal como comprensivo de todas esas vertientes teóricas.

Ahora bien, si pudiéramos acercarnos al núcleo de las propuestas neoliberales, se puede señalar que lo encontramos en su concepción acerca de la libertad, sin perjuicio que también funda una determinada concepción antropológica y política.

Sobre la libertad, ésta es entendida en su dimensión negativa, es decir, como la "libertad de que dispone cada individuo para emprender, producir, inventar, adquirir o desprenderse, emplear su tiempo, programar la propia vida, siguiendo su interés o su espíritu de generosidad, modelando su existencia por padrones originales o imitados, aceptando un camino de mediocridad o de grandeza"[710].

Si bien las políticas neoliberales se han ido implementando en diversos lugares del planeta, pasando por Latinoamérica, Asia y, por qué no decirlo, en el último tiempo la UE, sin embargo, "Chile es el país que ha aplicado de forma más rigurosa y consistente las políticas y reformas neoliberales. Su experiencia se acerca al test del 'caso puro'. Se trata en verdad de un 'experimento' casi de la laboratorio de las ideas neoliberales"[711].

Para el caso chileno, estas ideas se implementaron de manera radical durante el período de la dictadura militar, siendo sus principales impulsores un grupo de economistas formados en la Universidad de Chicago desde fines de la década de los cincuenta y parte de los sesenta[712]. El desarrollo de las ideas neoliberales en Chile no se

---

explora los posibles orígenes del término, incluso aborda sus diferentes significados al interior del liberalismo. En el uso cotidiano que se hace del neoliberalismo, postula que "el neoliberalismo técnicamente no es un mito, sino una figura retórica por la cual se busca pervertir el sentido original del concepto" (*Ibíd*., p. 294).

[710] FONTAINE ALDUNATE, A.: "Más allá del Leviatán". En: *Estudios Públicos*, Nº 1, CEP, Santiago, 1980, p. 5. Se advierte la influencia hayekiana en esta concepción de la libertad. Al respecto, *Cf.* HAYEK, F. VON, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001, pp. 73 – 74; HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad*, *op. cit.*, pp. 32 – 33.

[711] FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina", *op. cit.*, p. 38.

[712] Dice VERGARA que "la influencia de la ortodoxia de Chicago, que se expresaba sobre todo en el programa antiinflacionario, se materializaba en la presencia de un grupo de economistas chilenos – los denominados Chicago boys – que se habían ido constituyendo a raíz de un convenio suscrito en 1955, en virtud del cual un gran número de egresados de la escuela de Economía de la Universidad Católica hicieron sus estudios de post – grado en Chicago. Posteriormente, integrantes de esas promociones asumieron el control del Departamento de Economía de la mencionada comunidad, desde donde comenzaron a expandir su influencia en los medios políticos y empresariales" (VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, *op. cit.*, p. 56). Una explicación sobre los efectos del acuerdo entre las Universidades Católica de Chile y Chicago se puede encontrar en FONTAINE, aunque advierto que el tono de relato se detiene exclusivamente en las bondades que supuso para Chile este acuerdo: *Cf.* FONTAINE ALDUNATE, A., *Los economistas y el Presidente Pinochet,* Zig Zag S.A., Santiago, 1988, pp. 21 – 38.

produce sólo como una reacción a la UP sino "su predominio sobre enfoques corporativos o de seguridad nacional radica en ofrecer una fundamentación histórico – filosófica para una radical e integral 'capitalización' de la sociedad chilena"[713].

En el caso del neoliberalismo, sus ideas apuntan al establecimiento de una determinada manera para afrontar el fenómeno económico, y también postulan una profunda desconfianza del sistema democrático.

La crítica a la democracia se presenta a partir del despotismo que ella produce, "de apariencias benévolas pero sometido al rigor de las mayorías y más afanado por la igualdad que por la libertad"[714]. Sostiene FONTAINE que "el mito de la soberanía popular absoluta y el reforzamiento de las tendencias intervencionistas ponen en grave riesgo la libertad individual, cercenan la moneda y la propiedad, debilitan la autoridad moral de la ley, facilitan el crecimiento de monopolios del capital y del trabajo y permiten la entronización de auténticos regímenes totalitarios que utilizan con fraude los principios de democracia y libertad"[715].

Por tanto, ante la ineficacia de las políticas implementadas por los pregoneros de la igualdad, los problemas de la sociedad se solucionan con la encarnación fáctica del principio de la libertad (entendido en sentido negativo), es decir, como ausencia de coacción arbitraria ajena[716]. No es difícil, entonces, deducir cuál será el instrumento por medio del cual la libertad podrá emanciparse: "el mercado es el procedimiento objetivo de ajuste entre los deseos que son libres, y los bienes que son limitados"[717] ya que "el mercado se mueve gracias a las preferencias libres de los sujetos y carece por tanto de

[713] LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia", *op. cit.,* p. 138.

[714] FONTAINE ALDUNATE, A.: "Más allá del Leviatán", *op. cit.,* p. 2.

[715] *Ibíd*., p. 13. Es más, agrega que "en nombre de la igualdad, no pocos demócratas sinceros consienten en otorgar al Estado facultades ilimitadas, encargándole la redistribución de la riqueza a través de los impuestos y de los gastos sociales; permitiéndole que restrinja la libertad económica por medio de la legislación y a través de la tolerancia frente a la coacción sindical, y autorizando que se convierta en capitalista al explotar actividades económicas que se consideran socialmente útiles. En nombre de la igualdad restringen la libertad. Pero, al hacerlo, ciegan la fuente de vitalidad económica de la sociedad y generan pobreza e injusticia (*Ibíd*., p. 14).

[716] *Cf.* LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia", *op. cit.,* p. 142.

[717] FONTAINE ALDUNATE, A.: "Más allá del Leviatán", *op. cit.,* p. 11.

coacción. Es además impersonal porque se rige por reglas no discriminatorias que amparan el interés común de todos los que en él operan"[718].

Ahora bien, la libertad como espontaneidad y ausencia de coacción, no significa inexistencia del mal o injusticia, puesto que se puede ser libre y desgraciado a la vez. La libertad no impide morirse de hambre ni correr riesgos mortales. Consiste simplemente en la posibilidad de decidir sin presión ajena, cualquiera que sea el costo que envuelva el ejercicio de tan noble como peligrosa facultad[719].

Al mismo tiempo, el neoliberalismo se edifica en base a ciertos pilares en las cuales descansa: como ya he dicho, una relativización del sistema democrático, además de una concepción antropológica radicalmente individualista y una maximización de los criterios mercantiles como instrumento de comprensión de todos los fenómenos del mundo de la vida.

En cuanto a la relativización del sistema democrático, se vislumbran antecedentes a esta postura en RITTER. Este autor experimenta temor frente a los efectos del sistema democrático y toma distancia del ideal de soberanía popular por el peligro que envuelve dejar el poder político en manos de gente sencilla, que resulta fácil de ser seducida y manipulada[720]. Además, entregado el poder al pueblo, éste deviene en

---

[718] *Ibíd*., p. 15. Con todo, no significa que el Gobierno no sea necesario. Antes bien, "la organización económica de mercado no pretende eliminar la presencia del Gobierno. Este último es la autoridad que fija las reglas y que es árbitro en la interpretación y cumplimiento de las mismas. Lo que el mercado hace es reducir el margen de problemas que, si no existiera, deberían ser resueltos por la autoridad política. Por consiguiente no elimina pero disminuye la necesidad de la intervención gubernativa. Un rasgo de la decisión política es que ella exige sometimiento. El mercado no. En este último cada individuo puede votar por la clase de camisa que necesita, y conseguirla, sin necesidad de examinar el tipo que ha elegido la mayoría, para someterse a ésta. En este sentido, el mercado es más democrático que cualquier régimen político" (*Ibíd.*, pp. 15 – 16).

[719] *Cf. Ibíd.*, pp. 4 – 5. Esta idea presentada por FONTAINE es literalmente defendida por HAYEK, aunque el primero no lo cite: *Cf.* HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad, op. cit.,* p. 42.

Con todo, este ideal de la libertad ha llevado a sostener que "el discurso neoconservador revela la concepción autoritaria de la sociedad. Contra la responsabilidad social de un igualitarismo afeminado se proclama en tono nietzcheano la grandeza patética del más fuerte: un orden macho" (LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia", *op. cit.,* p. 144).

[720] Dice RITTER que "las masas se inclinan siempre hacia quienes tienen éxito y sobre todo hacia aquél que sabe imponerse en virtud de acciones llamativas. Por encima de todo, como la experiencia histórica enseña, la tendencia al poder es siempre y en todas partes el apetito más fuerte en el hombre, una vez que ha llenado el estómago… ¿y qué forma de Estado halaga más el apetito de poder de los humildes que la soberanía directa del pueblo? Esta da a todos, por impotentes y pequeños que sean, la conciencia de poder intervenir en las cuestiones supremas de la vida comunitaria e incluso, como masa, tener sobre ellas una influencia decisiva. Para el agitador y el demagogo se abren posibilidades ilimitadas de adular el natural apetito de poder de las masas (RITTER, G., *El problema ético del poder*, Revista Occidente S.A., Madrid, 1972, p. 126).

soberano prácticamente infalible, que no tiene sobre él ningún juez a quién responder, siendo su libertad ilimitada, aunque a decir verdad, sólo hay libertad para el pequeño grupo de activistas que tiene en sus manos los instrumentos de la opinión pública. De ahí que el Estado democrático sea el más ilimitado de los déspotas[721].

Además, la democratización de la sociedad trae consigo ingentes problemas sociales, pues supone la aparición de una administración estatal burocratizada y centralizada, lo que lleva a una "hinchazón tal de las cargas estatales que sólo pudo hacérseles frente mediante una expropiación fiscal sumamente radical de las clases superiores, es decir, mediante la nivelación social"[722]. De ahí que la democracia como ha venido desarrollándose en Europa puede acabar en caos y tiranía, ya que sustrae del individuo su propia responsabilidad y permite que su voluntad se sumerja en la voluntad general de la masa. Por ello, para desmasificar a las masas se las debe estructurar en grupos con responsabilidad propia y cultivando la personalidad más que el tipo[723].

Por ello postula RITTER que la cuestión central para el liberalismo es la siguiente: "¿volveremos alguna vez a vivir en una sociedad que tenga como fundamento el principio de la competencia entre fuerzas que se acicatean recíprocamente en lugar de estar fundada sobre la nivelación, la imposición, el dirigismo? ¿una sociedad a la que le importe más el despertar la iniciativa personal que facilitar la lucha por la vida a los más débiles mediante la previsión estatal?[724]. La respuesta a esta interrogante aparece como evidente: restaurar el mercado, desmovilización de la sociedad y relativización de la democracia.

Insistiendo en el punto, HAYEK afirma, con razón, que la democracia no es un fin en sí mismo sino que es el mejor de los métodos de gobierno conocidos para el ejercicio del poder, pero que debe ser limitado[725]. Dice que "el concepto de democracia

---

[721] *Cf. Ibid*., pp. 122 – 123.

[722] *Ibid*., p. 138.

[723] *Cf. Ibíd*., p. 143. Se aprecia en la opinión del autor el individualismo antropológico, pero también esta opinión puede justificar la desmantelación de organizaciones vivas de la comunidad, a través de las cuales se expresa el ciudadano. No es de extrañar que así opine RITTER, dada su manifiesta desconfianza de las organizaciones sociales.

[724] *Ibíd*., pp. 141 – 142.

[725] *Cf.* HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad, op. cit.,* pp. 143 – 145; HAYEK, F. VON, *Principios de un orden social liberal, op. cit.*, pp. 88 – 90; HAYEK, F. VON, *Derecho, legislación y libertad*, vol. III, Unión Editorial, Madrid, 1982, pp. 22 – 28; HAYEK, F. VON: "El ideal democrático y la contención del poder". En: *Estudios Públicos*, Nº 1, CEP, Santiago, 1980, pp. 12 – 20. Es más, señala expresamente, que

hace únicamente referencia a un método o procedimiento en virtud del cual cabe lograr la toma de decisiones en materia de gobierno, y que el mismo nada tiene que ver con la mayor o menor justificabilidad a alguno de los concretos fines que el gobierno se proponga materializar"[726].

Asimismo, es de los que sostienen que, como todo poder, éste debe encontrarse limitado[727], y, por lo tanto, manifiesta su aprensión respecto a la conveniencia de que ciertas materias sean decididas por la mayoría[728]. Y aunque la democracia sea un eficaz método de gobierno para la defensa de la libertad, ésta misma puede convertirse en su principal enemiga por un tema de carácter procedimental, puesto que la implementación operativa de las decisiones de los órganos representativos se encuentra en manos de personas quienes en gran número de oportunidades tienden al ejercicio arbitrario del poder[729].

De ahí entonces, por el peligro que supone el endoso ilimitado de la soberanía al pueblo, que sea necesario condicionar las atribuciones del Gobierno y en particular del Parlamento, por la importancia que reviste el imperio de la ley, pero entendiendo esta primacía de la ley no como mero respeto al principio de la legalidad sino que como una regla metalegal o un ideal político[730].

"se trata de un esquema social que conviene defender a ultranza, ya que representa nuestra única salvaguardia contra la tiranía" (HAYEK, F. VON, *Derecho, legislación y libertad, op. cit.*, p. 23).

[726] HAYEK, F. VON, *Derecho, legislación y libertad, op. cit.*, p. 22.

[727] *Cf. Ibíd*., p. 24. "Abogo a favor de la democracia limitada… (porque) cuando se dota a un gobierno democrático de omnímodos poderes, se le debilita hasta el punto de convertirlo en simple juguete de cuantos intereses sectarios los gobernantes se ven obligados a complacer al objeto de lograr para sus programas el necesario apoyo mayoritario" (*Ibíd*., p. 176).

[728] "la idea que la decisión de la mayoría sobre el modo de abordar determinadas materias concretas justifica suficientemente la justicia de las mismas da lugar a la aceptación del hoy generalizado supuesto según el cual la mayoría en ningún caso puede incurrir en arbitrariedad" (*Ibíd*., p. 27). Sospecho en esta visión una cierta tendencia a la aristocracia o la oligarquía en este pensador, a pesar de su férrea defensa del sistema democrático.

[729] "Hoy en día el peligro para la libertad individual no lo constituyen los poderes que las asambleas democráticas manejan efectivamente, sino los que conceden a los administradores encargados de la consecución de fines determinados. Habiéndose acordado que la mayoría debe prescribir las reglas que hemos de obedecer para la persecución de nuestros fines individuales, nos encontramos sujetos más y más a las órdenes y a la arbitraria voluntad de los agentes. Bastante significativamente descubrimos no sólo que la mayoría de los defensores de la democracia ilimitada se convierten pronto en paladines de la arbitrariedad" (HAYEK, F. VON, *Los fundamentos de la libertad, op. cit.*, p. 157).

[730] "El imperio de la ley no es una regla legal, sino una regla referente a lo que la ley debe ser, una doctrina metalegal o un ideal político. El imperio de la ley será efectivo sólo en tanto en cuanto el legislador se sienta ligado por él. En una democracia esto significa que el Estado de Derecho no

Tratándose de la concepción antropológica radicalmente individualista, ello no implica una novedad, puesto que es un postulado propio de las corrientes liberales[731]. Es más, la valoración del individuo y su emancipación, nota clara de la modernidad, ha favorecido el respeto y promoción de los derechos fundamentales, los que son claramente favorecidos por el liberalismo. Pero cabe también anotar que la familia liberal es amplia y variada y en ella caben HAYEK, FRIEDMAN, pero también RAWLS, los cuales, si bien pueden compartir ciertas premisas antropológicas, difieren en cuanto a las consecuencias prácticas que se derivan de sus planteamientos teóricos, ya que ponen el acento en uno u otro enfoque liberal.

Tratándose del individualismo, éste es una nota característica de cualquier liberalismo, puesto que postulan que sólo los individuos tienen existencia real y sentido en sí mismo, por lo que todo proyecto social o político que se desarrolle debe tener como valor referente y dador de significado al individuo; de ahí que el perfeccionamiento humano se concibe desde una perspectiva exclusivamente individual, puesto que si es él quien agota la existencia real, no puede haber nada fuera de él. No es difícil concluir, entonces, que si esto es así, el bien común deja de tener consistencia propia, pasando a formularse como la suma de bienes individuales de los individuos que forman la comunidad, y queda sin prioridad temporal o jerárquica sobre los bienes individuales[732].

Asimismo, unido a esta "constatación" de la realidad, está la confianza en que la persona humana es capaz de estructurar su vida en orden a alcanzar las metas que se proponga, por tanto, la única condición de posibilidad que se exige es que se le deje actuar. La mejor política será aquella que desarrolle y potencie un campo de acción individual, en que la persona sea independiente y autónoma, en el que se le deje hacer, es decir, *laissez – faire*[733]. FRIEDMAN, claro exponente de esta tradición, recoge y

---

prevalecerá a menos que la moral tradicional de la comunidad esté constituida por un ideal común e incuestionablemente aceptado por la mayoría" (*Ibíd*., p. 283).

[731] Puede verse una revisión de la concepción antropológica propuesta por HAYEK en: VERGARA ESTÉVEZ, J.: "La concepción del hombre de Friedrich Hayek". En: *Revista de Filosofía*, vol. 65, Universidad de Chile, Santiago, 2009, pp. 161 – 176.

[732] *Cf*. FERRERO MUÑOZ, I., *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 105.

[733] *Cf. Ibíd*., p. 105.

suscribe estas premisas íntegramente puesto que los fines del ser humano pasan por la satisfacción de las esferas individuales[734].

Para el caso de la maximización de los criterios mercantiles como medio de comprensión de los fenómenos del mundo de la vida, el mercado y sus criterios se transforman en los instrumentos válidos para la construcción e interpretación de políticas que afecten la vida pública y privada de los ciudadanos.

HAYEK, un público contradictor de las economías planificadas, construye su teoría a partir del axioma del orden espontáneo que se produce en la sociedad, orden que hace posible "la utilización del conocimiento y aptitud de todos los miembros de la sociedad en un grado mucho mayor del que sería posible en cualquier orden creado por una dirección central"[735].

Si esto es así (que la sociedad se construye a partir de un orden espontáneo), a diferencia de una organización, un orden espontáneo no tiene fin, ni precisa que haya acuerdo sobre los resultados concretos que ha de producir; al ser independiente de cualquier objetivo particular, permite la consecución de una gran cantidad de propósitos individuales, diferentes e incluso contrapuestos. Por eso el *orden del mercado*, en particular, se basa no sobre objetivos comunes sino sobre la reconciliación de propósitos diversos en beneficio mutuo de los participantes[736], y éste orden espontáneo de mercado, "basado en la reciprocidad o beneficios mutuos, se describe comúnmente como un orden económico"[737].

Por lo mismo, es fácil conducir la argumentación hacia las bondades de la competencia, porque es el mejor método para favorecer tanto la eficiencia como la libertad de los individuos[738].

---

[734] "Para el hombre libre, el país es la colección de los individuos que lo componen… el hombre libre no va a preguntar qué puede hacer su país por él ni qué puede hacer él por el país: Lo que sí preguntará es: ¿qué podemos hacer mis compatriotas y yo por medio del gobierno para ayudarnos a cumplir nuestras obligaciones individuales, conseguir diversas metas y propósitos y, sobre todo, proteger nuestra libertad" (FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad*, Editorial Rialp, Madrid, 1966, p. 13

[735] HAYEK, F. VON: "Los principios de un orden social liberal". En: *Estudios Públicos*, Nº 6, CEP, Santiago, 1982, p. 181.

[736] *Cf. Ibíd*., p. 183.

[737] *Ibíd.*, p. 184.

[738] "Allí donde puede crearse una competencia efectiva, ésta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales… (y es) superior la competencia no sólo porque en la mayor parte de las circunstancias es el método más eficiente conocido, sino, más aún, porque es el único método que permite a nuestras

No extraña entonces la coincidencia con FRIEDMAN, que es de los que postulan que una sociedad capitalista es la que mejor garantiza la libertad económica y política, ya que "la organización económica es importante como medio para el fin de la libertad política, por sus efectos sobre la concentración o dispersión del poder… (por su parte) el capitalismo competitivo produce también libertad política porque separa el poder económico del poder político, y de esa forma permite que el uno contrarreste al otro"[739], es decir, siendo el capitalismo un sistema de organización económico en que el poder se diluye entre los competidores, que son varios, favorece que el poder se atomice y evita la coacción que implica la imposición de opiniones y valores personales a los demás, posibilitando la libertad política[740].

Por tanto, como es el individuo y su libertad el núcleo de estos postulados y, habiéndose reducido lo más posible el rol del Estado, no cabe en esta concepción una apelación a la solidaridad como fundamento de acción o la búsqueda de una "justicia social" ya que, a pesar de ser una búsqueda muy antigua, no se ha logrado descubrir una sola regla que permita determinar qué es lo justo socialmente en el orden de mercado. Esta conclusión negativa en torno a la justicia 'social' o 'distributiva' es inevitable, porque una remuneración o distribución justa sólo tiene significado dentro de una organización cuyos miembros actúan sobre la base de mandatos, al servicio de un sistema común de fines, pero no tiene sentido en una *catalaxia* u orden espontáneo que no puede tener semejante sistema común de fines[741].

---

actividades ajustarse a las de cada uno de los demás sin intervención coercitiva o arbitraria de la autoridad" (HAYEK, F. VON, *Camino de servidumbre*, *op. cit.*, pp. 66 – 67.

739 FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad*, *op. cit.*, p. 23.

740 "Solo una sociedad libre desata las energías y capacidades de las personas en busca de sus propios objetivos. Esto impide que algunas personas puedan arbitrariamente reprimir a otras. Y sin embargo, no evita que algunas alcancen posiciones privilegiadas, pero mientras perdure la libertad, ésta impide que tales posiciones se institucionalicen y, como consecuencia, estarán sometidas a continuos ataques de otras personas capaces y ambiciosas. Libertad significa diversidad, pero también movilidad. Garantiza la posibilidad de que los desfavorecidos de hoy sean los privilegiados de mañana" (FRIEDMAN, M. – FRIEDMAN, R., *Libertad de elegir*, Editorial Fundación FAES, Madrid, 2008, p. 235).

Para profundizar la conexión entre libertad económica y política con el sistema de mercado, *Cf.* FERRERO MUÑOZ, I., *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*, *op. cit.*, pp. 133 – 143 y FRIEDMAN, M. – FRIEDMAN, R., *Libertad de elegir*, *op. cit.*, pp. 29 – 69.

741 *Cf.* HAYEK, F. VON: "Los principios de un orden social liberal", *op. cit.*, p. 192. La misma idea de imposibilidad de buscar la justicia social o fundar cualquier política en ella, la encontramos en: HAYEK, F. VON: "Los fundamentos éticos de una Sociedad libre". En: *Estudios Públicos*, Nº 3, CEP, Santiago, 1981, p. 72. 80 – 81; HAYEK, F. VON, *Principios de un orden social liberal*, *op. cit.*, p. 85; HAYEK, F. VON: "El atavismo de la justicia social", *op. cit.*, p. 183. Como sostener la tesis sobre la inexistencia o

Es decir, no hay más justicia social que asegurar la oportunidad de acceso a los goces del mercado, sobre la base de un poder de compra, en que las desigualdades que pueden darse entre las personas, sea respecto al poder de compra o consumo, son una situación natural, resultado de las capacidades individuales, en que ni el Estado ni la comunidad deben intervenir para asegurar un 'absurdo' promedio regulado[742].

Además, conviene recordar que desde la perspectiva de los postulados económicos, el neoliberalismo se identifica con el monetarismo. Para este enfoque, la inflación es el principal inconveniente para lograr desarrollo y crecimiento, generando, al mismo tiempo, efectos desfavorables sobre la distribución del ingreso por lo cual se demanda una clara preferencia por una tasa de inflación lo más cercana posible a cero. Para lograr este propósito, el monetarismo se concentra en el empleo de unos pocos instrumentos de política: control de la oferta monetaria y reducción del déficit fiscal, devaluación del tipo de cambio, liberalización de los precios y eliminación de subsidios. Estos instrumentos permitirán producir efectos distributivos neutrales, debido a la aplicación de una norma uniforme para todos los agentes económicos, lo que implica el término de toda suerte de discriminación[743].

Vistas así las cosas, es razonable afirmar la íntima conexión entre una corriente que postula la máxima libertad de los individuos que se desarrollan en un mercado de bienes y servicios, con aquella que, para hacer operativos esos fines, favorece la liberalización de precios, eliminación de subsidios y reducción del déficit.

Y esos principios, que responden al marco teórico y conceptual descrito anteriormente, se encarnan con especial fuerza en Chile durante la década de los setenta y ochenta. Se privatizan las empresas estatales y también hay un traspaso de los servicios públicos a la iniciativa privada (*V.g.* previsión social, sistema de sanidad, educación y vivienda social). Se da origen a un complejo y completo período de privatización de todas las esferas de la realidad, en que "privatizar significa que el principio de la responsabilidad colectiva es reemplazado por el principio de la rentabilidad privada… la intervención estatal se limita a un asistencialismo *in*

---

imposibilidad de una justicia social es muy radical, algún autor se ha esforzado por explicar la moralidad en el funcionamiento del mercado. Al respecto, *Cf.* NOVAK, M.: "Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado". En: *Estudios Públicos*, Nº 55, CEP, Santiago, 1994, pp. 189 – 210.

[742] *Cf.* SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, *op. cit.*, p. 175.

[743] *Cf.* FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina", *op. cit.*, pp. 15 – 16.

extremis,… (en que) la desarticulación de la organización sindical es el motor de la política de descentralización"[744].

Por tanto, es posible observar que la economía, el mercado y sus premisas copan todas las esferas de la realidad social. Según FOXLEY, la economía en tanto que ciencia se funda en el supuesto de la racionalidad individual. Cada individuo procura maximizar su propio bienestar y el mercado es el instrumento más eficiente para la conquista de ese objetivo, por lo que las soluciones que ofrece el mercado serían óptimas para todos los involucrados en el proceso económico. Además, siendo las preferencias libres e indiferentes a la coerción, sólo las relaciones (del tipo que sean) que se dan en el mercado estarían a salvo de la influencia contaminante de la política[745]. De ahí que a los neoliberales "les parece del todo comprensible aplicar los mismos principios con el objeto de adoptar decisiones 'racionales' en cualquier otro ámbito del sistema social y político"[746]. Como señala GARRETÓN, para esta concepción, "la libertad política es posible sólo a partir de una libertad económica que se define en torno de la propiedad privada y que se encuentra en la vigencia plena del mercado sin interferencias… (en que) los principios del mercado proveen también los fundamentos del sistema político"[747].

Como se ha señalado, una consecuencia inmediata de estos postulados es una reducción de las atribuciones del Estado y dar paso a un proceso de descentralización y privatización de las decisiones. Pero un proceso de esta naturaleza, que supone un cambio de cosmovisión, ¿es posible realizarlo en el marco de un gobierno democrático? Y aquí viene la paradoja, porque la implementación de tan radicales cambios, que se inspiran en el anhelo de una mayor libertad para el individuo, no puede realizarse por mecanismos democráticos de decisión, ya que el papel de refundación puede ser asumido de forma más eficiente por una "esclarecida autoridad central, capaz de

---

[744] LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia", *op. cit.*, p. 172. La misma idea es recogida por FOXLEY y VERGARA: *Cf.* FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina", *op. cit.*, p. 38; VERGARA, P., *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, *op. cit.*, pp. 167 – 168.

[745] *Cf.* FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina", *op. cit.*, p. 80.

[746] *Ibíd*., p. 80. Si esto es así, el monetarismo deviene en teoría política: "el monetarismo evoluciona desde recetas simples y técnicas de corto plazo para reducir la inflación, hacia un enfoque radical de economía de libre mercado y de una sociedad organizada en torno del principio de libertad económica" (*Ibíd*., p. 82.

[747] GARRETÓN, M.A.: "Modelo y proyecto político del régimen militar", *op. cit.*, p. 20.

discernir cuáles son las decisiones racionales (científicas)"[748]. De ahí la necesidad de relativizar la democracia, tanto en cuanto a afirmar que es un instrumento procedimental de decisión, como que ante la necesidad de cambios estructurales, ésta puede (y debe) ceder para hacer efectivos cuántos cambios sean necesarios para la restauración institucional política – económica[749]. Con no poca ironía, SALAZAR sintetiza las ideas neoliberales señalando que "el libremercadismo contiene un 'silogismo histórico' que tiene en su premisa mayor y en su conclusión, es mercantil; en su premisa del medio es geopolítico y militar, y en ninguna fase del razonamiento, socializado. Tiene una relación 'casual' con la democracia y la nacionalidad. Por ello, su metabolismo cultural es, en lo visible, materialmente rico, pero en lo visible, socialmente pobre"[750].

Y eso fue lo que ocurrió en Chile: fue una dictadura, que concentró todo el poder imaginable quién acometió la tarea de encarnar en la praxis las posturas neoliberales, sin olvidar que el costo social que supuso la implementación de estas políticas fue altísimo y se mantuvo por años. De ahí, dado lo impopular que significa

[748] FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina", *op. cit.*, p. 82. Asimismo, puede verse el desarrollo de esta tesis en: VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar", *op. cit.*, pp. 65 – 66. 95 – 96; LECHNER, N.: "El proyecto neoconservador y la democracia", *op. cit.*, p. 172. También puede revisarse un análisis crítico de las políticas neoliberales en: HINKELAMMERT, F.J.: "El cautiverio de las utopías: las utopías conservadoras del capitalismo actual, el neoliberalismo y el espacio para alternativas". En: HINKELAMMERT, F.J., *El nihilismo al desnudo*, Lom ediciones, Santiago, 2001, pp. 113 – 149.

[749] "Si la democracia es una forma de gobierno, no puede ser un fin en sí misma, porque ninguna forma de gobierno puede jamás serlo. Y en cuanto medio, su validez dice, en cambio, directa relación con su eficiencia para promover la forma de vida que se anhela. Por eso es que la democracia es sólo realmente legítima en cuanto sirve a la libertad, la seguridad, el progreso y la justicia, al paso que pierde toda su validez si debido a un erróneo diseño o aplicación práctica termina favoreciendo las antivalores inversos del totalitarismo, el estatismo, el terrorismo, la subversión y la demagogia" (GUZMÁN ERRÁZURIZ, J.: "El camino político". En: *Revista Realidad*, Nº 7, año I, Santiago, 1979, p. 21.

La tesis de que los cambios radicales de impronta neoliberal sólo pueden hacerse cuando existe una autoridad central y autocrática, también es defendida por algún autor alemán. Resulta curiosa la defensa que hace de la dictadura chilena, pues compara los cambios que se producen en Chile con los cambios que se dieron en Alemania inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, cambios que sólo fueron posible gracias a la autoridad central de ocupación. Dos cosas se pueden decir al respecto. Lo primero, es que en la Alemania de post guerra la violación de los derechos fundamentales no fue una política de Estado, como sí lo fue en Chile. Y lo segundo, las reformas económicas alemanas son compatibles con un Estado social más que uno de tipo neoliberal. Sobre el punto, *Cf.* FRICKHÖFFER, W.: "La implantación de una economía de mercado: el modelo alemán y el modelo chileno". En: *Estudios Públicos*, Nº 6, CEP, Santiago, 1982, pp. 89 – 98.

[750] SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile, op. cit.*, p. 173.

imponer estas medidas, su marco propicio es el de gobiernos autoritarios que limitan o suspenden ciertos derechos fundamentales[751].

Por ello, con la finalidad de hacer posible el camino hacia una sociedad libre era necesario realizar cambios institucionales en lo económico, político y social. Desde la perspectiva del derecho constitucional, la Constitución elaborada en tiempos de la dictadura militar es reflejo de los paradigmas neoliberales que no tardarán en ser implementados y normativizados.

Por de pronto, el derecho de propiedad es regulado con un nivel de descripción propio de normas legales o reglamentarias. En una larga y detallada descripción, el art. 19 Nº 24 dice que la Constitución asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales" (inc. 1º), pero además, establece las limitaciones a este derecho, las que desde la perspectiva de la función social jamás puede tener como fundamento una demanda de redistribución o de mejora de los sectores más desfavorecidos (inc. 3º). Asimismo, es la Constitución quien traza las líneas generales para el procedimiento de expropiación, estableciendo condiciones que bien podrían haber sido establecidas en la ley, *V.g.* reclamo de la legalidad del acto, procedencia de la indemnización, forma de pago de ésta, toma de posesión del bien expropiado, entre otras (incs. 4º y 5º).

Sobre la libertad de empresa, que será objeto de una atención detenida en otro capítulo de este trabajo, establece la Constitución "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (inc. 1º). 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" (inc. final). Es decir, se materializa el anhelo de restricción de la esfera de actuación del Estado, en este caso como Estado empresario, dado el tenor de la

[751] La tasa de paro en 1973 era de 4,6%. A partir de 1974 se empina a 9,7. Entre 1975 y 1979 el promedio es de un 15% de la población. Desciende entre 1980 – 1981, pero entre 1982 – 1984 supera el 20%, descendiendo al 15% aproximadamente entre 1985 – 1986 (*Cf.* ROSENDE RAMÍREZ, F.: "Una interpretación del desempleo en Chile". En: *Estudios Públicos*, Nº 32, CEP, Santiago, 1988, p. 71. 74 – 76). Estos datos no consideran los casos de empleo precario, como los programas PEM y POJH, que, en el evento de ser incluidos, aumentaría la tasa de paro.

redacción como por la exigencia de una ley con quórum especial que autorice su intervención.

Pero no sólo encontramos la limitación al Estado como agente económico, sino que desde la perspectiva de los derechos fundamentales, hay un fuerte énfasis en los derechos asociados a la libertad económica, en detrimento de los derechos sociales, *V.g.* el derecho a la educación es más un anhelo que un derecho con contenido efectivo (art. 19 Nº 10), poniendo el énfasis en la libertad de enseñanza (art. 19 Nº 11); situación parecida ocurre con el derecho a la protección de la salud. En estos dos casos, no existe protección constitucional reforzada por medio del recurso de protección (art. 20), salvo en el caso del art. 19 Nº 11 inc. final que permite la libre elección del sistema de salud por parte de los ciudadanos[752].

Tratándose de los derechos asociados a los trabajadores, hay una fuerte limitación del derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a la huelga, enfatizándose los aspectos de liberalidad y voluntariedad de los derechos, sobre el contenido positivo que implica dotar de protección sustantiva a los trabajadores (art. 19 Nº 16 y 19). Por supuesto, el derecho a la libertad de trabajo no cuenta con protección reforzada, salvo en los aspectos liberales, lo mismo que el derecho a la seguridad social (art. 19 Nº 18). Esta regulación de los derechos de los trabajadores es manifestación del anhelo de desmovilización de ciertas fuerzas vivas de la comunidad.

Por ello se puede afirmar que se ha tratado de cristalizar normativamente las transformaciones estructurales que introduce el nuevo modelo de acumulación y desarrollo y redefinir institucionalmente los diversos ámbitos de relaciones sociales[753].

Además, se vislumbra un fuerte desequilibrio entre los valores asociados a la igualdad y la libertad en la Constitución y el sistema institucional de Chile.

Sobre la igualdad, ésta es concebida desde una perspectiva ultraliberal, es decir, como igualdad de oportunidades más que para generar un espacio de igualdad real y material, ya que siendo el mercado el espacio de desenvolvimiento de la persona, él

[752] Una reflexión sobre la influencia neoliberal en el sistema de educación universitaria se puede revisar en: SANTOS HERCEG, J.: "Anomalías del modelo neoliberal en Chile. La Universidad chilena hoy: el espejismo de su progreso". En: *Estudios Avanzados*, vol. 5, Nº 7, Universidad de Santiago, Santiago, 2006, pp. 1 – 12. Disponible en internet: http://web.usach.cl/revistaidea/html/revista%207/pdf/santos.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

[753] *Cf.* GARRETÓN, M.A.: "Modelo y proyecto político del régimen militar", *op. cit.*, p. 11.

mismo permitirá el desarrollo de las potencialidades individuales en vista de una mejora de las condiciones materiales de vida.

En cuanto a la libertad, la verdadera libertad es aquella que permite el despliegue de la iniciativa económica sin ser coartada por el Estado. De ahí que la base de la libertad "reside en la propiedad privada y en la competencia en el mercado y es fundamental libertad de consumir. Los derechos de las personas se hacen valer no en espacio público – en la esfera del Estado y la política -, sino en el mercado"[754].

3.3. Efectos y contradicciones en la implementación de los postulados ideológicos iusnaturalistas y neoliberales.

Si bien la Constitución encuentra fundamento en diversas vertientes teóricas (DSN, filosofía escolástica o neoliberalismo), en este apartado me he limitado al análisis de estos dos últimos, por la importancia en la configuración de la Constitución chilena y por las contradicciones que existen entre ellas, lo que hace que el texto se vea forzado a tratar de conciliar las posturas enfrentadas.

No hay una sola visión del iusnaturalismo. Existe una versión racionalista, propia de la modernidad, pero también encontramos la versión cristiana, que tiene matices, dependiendo de los autores y el momento histórico en que se despliegan. Así, por ejemplo, la teoría política de MARITAIN no es la misma que la de TOMÁS DE AQUINO. Pues bien, tratándose de la Constitución chilena, la influencia de la llamada "filosofía cristiana", es la escolástica en un sentido más propio, es decir, nos remite a los paradigmas del Medioevo. Si bien, hay principios constitucionales que siendo escolásticos son recogidos y reconocidos por el liberalismo ("las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" - art. 1 inc. 1º - o "el Estado está al servicio de la persona humana" - art. 1 inc. 3º), la dificultad no radica tanto en la letra de la norma cuanto en su interpretación. El problema que ha ocasionado para Chile la llamada "doctrina pontificia"[755] es su propuesta originalista para interpretar la Constitución y postular una teoría política y social en base a paradigmas que no responden al desarrollo de la sociedad. Se puede afirmar que se trata de una cosmovisión contrafáctica, que enfatiza el derecho a la vida sobre los demás derechos. Además, devalúa la importancia

[754] VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar", *op. cit.*, p. 99.

[755] *Cf.* CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, pp. 133. 139.

de los derechos civiles y políticos y reconoce, de manera precaria, frágil y parcial los derechos económicos y sociales, en los cuales enfatiza, claro está, la garantía de su aspecto liberal como no interferencia[756].

Algunos ejemplos de la vida cotidiana pueden ilustrar los efectos que produce la influencia de la "filosofía cristiana" en el ordenamiento constitucional chileno. Algo mencioné anteriormente, pero la concepción de familia que se encuentra en la Constitución ha sido interpretada de manera restrictiva; de ahí la problemática y tardía discusión y aprobación de una legislación relativa al matrimonio que establezca causas de disolución del vínculo, o la dificultad que existió en Chile para aprobar la ley que igualaba los derechos de los hijos, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio[757].

Y esto también se observa a la hora de interpretar el derecho a la vida y las políticas de control de natalidad, por ejemplo con el caso de la llamada "píldora del día después"[758] o en el caso de justificar el despido de una profesora de religión que hace pública su condición de lesbiana, lo que supone una colisión de derechos entre la facultad concedida por el Estado a las entidades religiosas para certificar la idoneidad de los profesores de religión y la igualdad ante la ley, prohibición de discriminación y libertad de conciencia con derecho a la vida privada[759].

---

[756] *Cf. Ibíd.*, p. 133.

[757] En Chile el divorcio está regido por la Ley 19.947, arts. 53 – 60, la que fue publicada en mayo de 2004, con no pocas dificultades en el proceso de discusión (*Cf.* Ley 19.947, establece nueva ley de matrimonio civil, *Diario Oficial*, Nº 37.862, Santiago, 17 de mayo de 2004). En materia de filiación, recién en 1998 se produjo la equiparación legal de los hijos en cuanto a los derechos y obligaciones que asisten a padres e hijos, aunque persiste la distinción entre hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, sin efectos en la práctica (art. 179 del CC). *Cf.* Ley 19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, *Diario Oficial*, Nº 36.197, Santiago, 26 de octubre de 1998).

[758] *Cf.* STCCh rol 740, de 18 de abril de 2008, requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el DS Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

Sobre la polémica sentencia, pueden verse las observaciones críticas de NOGUEIRA y BORDALÍ y ZUÑIGA, aunque hay otra autora (VIVANCO) que defiende, en general, la actuación del TC: *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 mg)". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 1, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 361 – 372; BORDALÍ SALAMANCA, A. – ZÚÑIGA AÑAZCO, Y.: "Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después". En: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2009, pp. 173 – 182; VIVANCO MARTÍNEZ, A.: "La píldora del día después". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 543 – 577.

[759] Sobre este caso, *Cf.* SCS, rol 6.853 – 2007, de 17 de abril de 2008. También pueden verse comentarios a la sentencia desde posturas diferentes: CANDIA FALCÓN, G.: "Idoneidad de los profesores de religión: una consecuencia práctica de la libertad religiosa". En: *Jurisprudencia al día*, Nº 84, año II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 1 – 2; VIERA ÁLVAREZ, C.: "Vida privada e idoneidad profesional". En:

Por su parte, la influencia neoliberal se advierte especialmente en la configuración del rol para el Estado en materia económica, preeminencia de los derechos de propiedad y libertad de empresa y énfasis en la dimensión de libertad de otros derechos, devaluando los aspectos sociales. ZÚÑIGA advierte agudamente el planteamiento neoliberal: "el planteamiento crítico desde una dogmática escorada ideológicamente hacia el neoliberalismo descansa en último término en un sofisma o lecho procusteano: (derecho subjetivo), de filiación privatista y liberal individual, y sobre tal definición emplear un modelo descriptivo que permite negar los derechos económicos, sociales y culturales"[760].

Si bien esta última corriente justifica sus postulados en la "cientificidad" con que son construidos, no es menos cierto que su axioma de mercantilizar todas las dimensiones sociales no deja de ser autoritario y con pretensiones de universalidad: ¿es necesariamente la economía de mercado garantía de eficiencia y espacio de despliegue de la libertad de las personas? No necesariamente, porque hay ciertas esferas en las cuales el puro mercado no basta para generar políticas públicas que beneficien a los ciudadanos. No se puede desconocer que hay ciertas actividades y sectores de los cuales el Estado no puede ausentarse. El problema es que el neoliberalismo cree que todo puede ser entregado a la iniciativa privada, y desconoce que pueda existir justicia social y políticas redistributivas.

Y aquí encontramos una contradicción evidente con la filosofía cristiana presente en la Constitución chilena. Dice el art. 1 inc. 3º que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el *bien común*, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Como

---

Jurisprudencia al día, Nº 95, año III, Legalpublishing, Santiago, 2008, pp. 1141 – 1142; PRECHT PIZARRO, J.: "Idoneidad del profesor de religión". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 521 – 524.

Una situación similar se produjo en España, a propósito de un ex sacerdote que emitió opiniones que eran consideradas contrarias a la doctrina oficial de la Iglesia Católica. *Cf*. STC 128/2007 de 4 de junio de 2007, promovido por José Antonio Sánchez Martínez frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que desestimó su demanda contra el Obispado de Cartagena y otros sobre despido.

[760] ZÚÑIGA URBINA. F.: "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales". En: *Revista de Derecho*, Nº 20, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2008, p. 88.

hemos visto, para el neoliberalismo el bien común es una utopía que no puede enmarcarse como un fin del Estado y en esto se advierte una colisión evidente entre las fuentes que nutren la Carta chilena. ¿Por qué? Porque la Constitución también es obra humana y quienes participaron de su redacción original eran cristianos y creyentes. Por lo tanto, se puede establecer esta redacción de carácter principial, pero sin perder el horizonte, que es garantizar institucionalmente una "sociedad libre". Se fuerza el texto, manifestándose el carácter pragmático de los que participaron en la redacción original y el sincretismo ideológico presente en la Constitución.

Incluso VERGARA observa una contradicción entre la concepción del problema de la libertad económica, que deriva del más puro liberalismo económico, y el carácter antiliberal de la concepción no representativa de la política, derivadas de la DSN y de su concepción tecnocrática del poder[761]. Para que se armonice la tensión, se realiza una reformulación de ciertas nociones de la DSN, a partir de categorías liberales, *V.g.*la primacía de la libertad económica sobre la libertad política, lo que supone un rol para el Estado de guardián del Orden Público[762].

Con todo, no desconozco las bondades del neoliberalismo. Por un lado, se trata de una teoría que funda, las más de las veces, seria y científicamente sus postulados. Además, el énfasis en la libertad y el ser humano debería llevar a una promoción y protección de los derechos humanos. Incluso, es posible advertir la valoración que realiza de la pluralidad y diversidad existente en la sociedad, ya que al fomentar la iniciativa y la multiplicidad emergen recursos que no verían la luz sino cuando las personas tienen un espacio de actuación libre en busca de sus fines[763].

Sin embargo, la radicalización de postulados, trátese de cualquier corriente, siempre necesita matices en búsqueda de una síntesis. Como he señalado reiteradamente, no niego la relevancia de la economía de mercado como un eficaz modelo económico que debe regir en los destinos de la sociedad. También es valorable la postura que tiende a reducir el tamaño del Estado e ir aligerándolo de la actividad empresarial, como asimismo la relevancia de las políticas de control de la inflación. No obstante, insisto, no todo puede ser mercantilizado, especialmente porque el desarrollo

[761] *Cf.* VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar", *op. cit.,* p. 101.

[762] *Cf. Ibíd*., p. 101.

[763] FERRERO MUÑOZ, I., *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*, *op. cit.,* pp. 113 – 114; FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad*, *op. cit.,* p. 254.

de los derechos sociales no se produce con la pura liberalidad (y asistencialidad). Y es ésta una esfera propia y singular en la cual debe desplegar su fuerza un Estado, porque producir una mejora en las condiciones de vida de los menos favorecidos de la sociedad supone implementar políticas sociales en que él puede intervenir de manera directa, *V.g.* sanidad, educación, vivienda, seguridad social, transporte público o cuidado del medio ambiente, entre otros.

Por otra parte, la relativización extrema del sistema democrático, en pos de la defensa de la libertad, puede llevar a justificar cualquier sistema de gobierno, sistemas entre los que sin dudas encontramos a las dictaduras, con el peligro que supone para las personas la restricción o suspensión de los derechos fundamentales, como ha quedado demostrado en la historia chilena reciente.

Es cierto que la democracia no es fin en sí misma y en eso hay coincidencia con el neoliberalismo. Se trata de una conquista cultural de la sociedad, en que lo esencial es "el proceso por el que llegan a tomarse las decisiones, más que las decisiones mismas, y el mecanismo de ese proceso debería ser la deliberación encaminada a convencer con razones, no la imposición, ni tampoco la manipulación"[764]. Como ha señalado DEWEY, "la regla de la mayoría es tan absurda como sus críticos le acusan de serlo. Pero nunca es *simplemente* la regla de la mayoría (…). Lo importante es el medio por el que una mayoría llega a serlo: los debates antecedentes, la modificación de las perspectivas para atender a las opiniones de las minorías (…). La necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión"[765].

Por ello, se puede sostener que es reduccionista la postura neoliberal que limita la democracia al proceso electoral y que los agentes de la Administración tienden a generar políticas contramayoritarias, como lo ha sostenido HAYEK. La democracia supone procesos electorales, pero es más que eso: se trata de un método que permite el discernimiento colectivo en un ambiente persuasivo, racional y de respeto a las fuerzas minoritarias (esto último, cuando los sistemas electorales lo permiten, especialmente tratándose de sistemas proporcionales).

---

[764] CORTINA, A.: "Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 52, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2007, p. 56.

[765] DEWEY, J. citado en *ibíd*., p. 55. La cursiva en original.

Si bien Chile ha sido un precursor en la implementación de un modelo neoliberal, éste ha ido ganando fuerza y adeptos en diversas parte del mundo, incluso en la UE. Los desafíos que se imponen frente al empuje neoliberal es el cuidado de las políticas que protegen el tejido social y no olvidar que como sociedad debemos aspirar a una equiparación en las condiciones de vida de los menos favorecidos. No se trata de una defensa de un sistema de igualdad real, pero sí de promoción y movilidad social de los más pobres. Como señala ÁLVAREZ – URÍA, "es preciso supeditar el mercado autorregulado a los imperativos democráticos del Estado social"[766] y en eso, en Chile, existe una deuda enorme. El costo social que supuso la implementación de los postulados neoliberales tardó años en repararse y quienes lo asumieron fueron, principalmente, los más pobres. Si bien, en los últimos veinte años, en el caso chileno ha habido progresos desde la perspectiva del desarrollo humano, ello ha sido posible gracias a la matización de las radicales políticas económicas vigentes durante la dictadura militar[767].

Con todo, la Constitución Política, en su estructura central no ha sido modificada en todos estos años. Eso no significa que cuando llegue el momento de modificar la Constitución, especialmente su entramado político – social, se van a resolver los problemas sociales de Chile. Lo que sí permitirá una reforma constitucional del sistema institucional republicano es que, los pilares en los cuales descanse, serán más democráticos y sobre todo, más moderados en la valoración de la libertad y más operativos en la protección de los derechos sociales. Y en eso deposito mi esperanza para el futuro del país.

[766] ÁLVAREZ – URÍA, F.: "Estado social versus neoliberalismo". En: Acciones e investigaciones sociales, Nº 16, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, p. 23.

[767] *Cf.* OTTONE, E. – VERGARA, C.: "La desigualdad social en América Latina y el caso chileno". En: *Estudios Públicos*, Nº 108, CEP, Santiago, 2007, pp. 80 – 90.

CAPÍTULO V. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA CHILENA.

1. Algunos antecedentes sobre la sociabilidad del Estado en la Constitución chilena.

En la historia constitucional chilena, no es característica la presencia de un rol social para el Estado, salvo en la Constitución de 1925, especialmente a partir de las reformas que se introdujeron al derecho de propiedad en la década de los sesenta. Por de pronto, las Constituciones de 1818, 1822 y 1823 contienen algunos antecedentes de preocupación económico – social, *V.g.* art. 13 Constitución de 1818, arts. 8, 23 ó 231 de la Constitución de 1822, art. 7, art. 182 y art. 257 de la Constitución de 1823.

Por su parte, la Constitución de 1828, con un marcado acento liberal, establece un catálogo de derechos, que principalmente son derechos políticos y, por supuesto, el derecho de propiedad (arts. 10 – 20). Algo se puede encontrar tratándose de atribuciones específicas para ciertos órganos, *V.g.* en el caso de atribuciones exclusivas del Congreso (art. 46 Nº 2), de las Asambleas Provinciales (art. 114 Nº 11) o de las Municipalidades (art. 122 Nº 9), medidas que se relacionan más bien con el fomento y protección de la agricultura.

En el caso de la Constitución de 1833, ésta se caracterizó por configurar un Estado fuerte y autoritario, pero con una finalidad muy específica: la restauración y el mantenimiento del orden institucional de la República. Para lograr ese propósito, el Presidente fue dotado de enormes facultades en vistas de conseguir esa finalidad: *V.g.* declaración del Estado sitio (art. 82, 20ª), que tiene como efecto suspender el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración (art. 161); la autorización de parte del Congreso de facultades extraordinarias al Presidente, sin límites de contenido, sino formales en cuanto a señalar las facultades concedidas (art. 36 6ª); el Presidente es irresponsable políticamente mientras dure su mandato y sólo podía ser acusado en el año posterior al termino de su mandato (art. 83); o la facultad de veto suspensivo a los proyectos de ley aprobados por el Congreso, es decir, si el Presidente desechaba por completo un proyecto de ley, se tenía por no propuesto y no podía volver a discutirse la materia en la misma legislatura. No existía la facultad de insistir por parte de las ramas del Congreso (art. 44). Ahora bien, el presidencialismo autoritario impuesto por esta Carta fue atemperándose a partir de sucesivas reformas a la Constitución que comienzan en la década del setenta del siglo XIX[768].

[768] Sobre el carácter autoritario de la Constitución de 1833, *Cf.* PALMA GONZÁLEZ, E.: "¿Gobierno portaliano o gobierno conservador autoritario?: de los mecanismos constitucionales para garantizar la

Con todo, es posible encontrar algunos antecedentes sociales, también el caso de facultades encomendadas a órganos específicos, *V.g.* a las Municipalidades le cabe un rol de promotora de la educación (art. 128 Nº 2). Más relevante puede ser el art. 153, que señala que "la educación pública es una atención preferente del Gobierno". Sin embargo, no se caracteriza esta Constitución, como es propio del siglo XIX, en manifestar una preocupación por la socialidad del Estado.

Tal vez, la Constitución de 1925 es la que más se acerca a una Constitución de un Estado social, no sólo por la presencia de un catálogo de derechos sociales (art. 10), sino porque tratándose de ciertos derechos específicos, como el derecho de propiedad, a éste le corresponde una función social, que no se agota en la utilidad pública o el interés general, ya que también es propio de esta función "el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes" (art. 10 Nº 10 inc. 2)[769].

Al parecer, los cambios que recoge la Constitución de 1925, en comparación a las Constituciones anteriores, son el reflejo de una creciente democratización y una ingente actividad económica del Estado, generada en gran parte por la industrialización chilena. Por ello, la democracia que se asienta puede ser llamada democracia social, que se apoya en las masas populares y en el reconocimiento constitucional de un nuevo concepto del derecho de propiedad que incluye su función social, en la introducción de la seguridad social, de la indemnización a los desposeídos, de la instrucción primaria obligatoria y de la progresividad de los impuestos[770].

Sin embargo, como se ha visto, en la Constitución chilena vigente se imponen las ideas neoliberales, sin perjuicio de la influencia de la filosofía cristiana en el

---

eficacia del ejercicio del poder en la constitución de 1833". En: *Revista de Derecho*, vol. XIII, Universidad Austral, Valdivia, 2002, pp. 45 – 64.

[769] Esta norma es fruto de una reforma constitucional de 1967, bajo la Presidencia del democratacristiano EDUARDO FREI MONTALVA, y apuntaba principalmente a realizar un profundo cambio en el sistema agrícola chileno: *Cf.* Ley 16.615, modifica la Constitución Política del Estado, *Diario Oficial*, Nº 26.647, Santiago, 20 de enero de 1967.

Una visión descriptiva y puramente normativa de los derechos fundamentales en la Constitución de 1925 puede verse en SILVA BASCUÑÁN, A. – SILVA GALLINATO, M.P.: "Derechos humanos en la Constitución de 1925". En: *Ius et Praxis*, año 9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, pp. 245 – 257.

[770] *Cf.* CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, pp. 115 – 166. A juicio de SALAZAR, los cambios en la estructura del Estado son más complejos y obedecen a la irrupción de corrientes nacionalistas, unidas en algún momento a políticas desarrollistas y en otras, lisa y llanamente al populismo. Sobre el punto, *Cf.* SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, *op. cit.*, pp. 156 – 166.

Capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad. Y, de hecho, es esta presencia normativa de las ideas cristianas lo que ha llevado a algunos autores a señalar que en Chile se ha producido una recepción del Estado social[771].

Algunos autores que han profundizado en este aspecto llegan a afirmar que en la Constitución chilena hay elementos que permiten sostener que establece un Estado social. Uno de ellos es BELMAR GONZÁLEZ, quien se pregunta si la Constitución chilena "es o no fundante de un verdadero Estado social de Derecho"[772]. Si bien reconoce que la respuesta a esta interrogante es compleja, comparte la opinión de CEA en orden a sostener que la Constitución chilena es una Constitución plena, es decir, comprensiva de lo político, lo social y lo económico[773], sin embargo, al comparar el contenido de esta Constitución con la de 1925, señala que adolece de algunas contradicciones manifiestas y de criterios cargados de ideologismo liberal. Si bien la filosofía inspiradora le resulta atrayente, ésta no guarda relación con la tradición secular en materia de bienestar económico y social, que se traducía en el papel rector del Estado en todo lo que

[771] El autor que ha trabajado más detenidamente este asunto es SOLARI ALLIENDE, aun cuando es posible encontrar elementos aislados en otros. Sobre el punto, *Cf.* SOLARI ALLIENDE, E., *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1993. Asimismo, pueden revisarse las versiones resumidas de este trabajo: *Cf.* SOLARI ALLIENDE, E.: "Para un concepto del Estado social de Derecho". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 42, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1997, pp. 11 – 104; SOLARI ALLIENDE, E.: "Recepción en Chile del Estado Social de Derecho". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 333 – 344. Al mismo tiempo, *Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica, Santiago, 1988; CEA EGAÑA, J.L.: "Garantías constitucionales en el Estado social de derecho". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 10, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1983, p. 16; BELMAR GONZÁLEZ, F., *El Estado Social de Derecho en el constitucionalismo nacional y comparado*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, pp. 385 – 402; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980" En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 16, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp. 379 – 390.

También podemos señalar a QUINTANA quien defiende la idea de que en la Constitución se consagra el principio de solidaridad, sin embargo, su reflexión, aparte de breve, se limita a una búsqueda de la palabra solidaridad en diferentes normas de la Constitución para concluir que este principio está consagrado explícitamente (en normas específicas) e implícitamente en las Bases de la Institucionalidad, a pesar de la "dramática ignorancia generalizada de dicho principio como una de las bases de nuestra institucionalidad" (*Cf.* QUINTANA BENAVIDES, A.: "El principio de solidaridad en la Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp. 635 – 638).

[772] BELMAR GONZÁLEZ, F., *El Estado Social de Derecho en el constitucionalismo nacional y comparado*, *op. cit.*, p. 337.

[773] *Cf. Ibíd.*, p. 337.

guardara relación con el desarrollo integral de la nación[774], es decir, percibe BELMAR que la Constitución chilena se muestra distante de los postulados de un Estado social.

Como reconocía BELMAR, CEA EGAÑA piensa que la Constitución, al ser una Carta completa "ha precisado y ampliado lo que se llama el Constitucionalismo Social, en virtud del cual entre los derechos humanos es fuerza reconocer, proteger y promover los de contenido económico coadyuvantes del bienestar general"[775]. Y una manifestación de esto es el postulado constitucional que asigna al Estado la finalidad de promover el bien común, para lo cual ha de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de sus integrantes su mayor realización espiritual y material posible[776], sin embargo, reconoce CEA que las normas constitucionales chilenas proclaman imperfectamente el Estado social[777].

En el caso de VARELA, señala que en la Constitución chilena, "toda interpretación o aplicación neoliberal (del Estado espectador y no actor) traiciona en su fundación el verdadero, cristiano y auténtico sentido de la subsidiariedad. Esta idea capital de la nueva institucionalidad chilena conduce, como lo anhela Juan Pablo II, a la Economía de la Solidaridad"[778]. Lo anterior, porque si bien la empresa privada es impulsora del desarrollo, eso no significa que el Estado deba abdicar de su esencial y necesaria función de cautela, con el propósito de superar o atenuar la miseria[779].

VARELA se basa en utilización por parte de la Constitución de los términos "dignidad" y bien común" para llegar a esta conclusión. Por de pronto, "para que haya dignidad, es menester de la existencia de cuatro o cinco necesidades vitales básicas y primarias, a saber: *abrigo, vivienda, alimentación y educación*, además de *trabajo*. Estas son las condiciones absolutamente mínimas para el desarrollo mental y físico del

---

[774] *Cf. Ibíd.,* p. 360.

[775] CEA EGAÑA, J.L., *Tratado de la Constitución de 1980, op. cit.,* p. 156.

[776] *Cf. Ibíd.,* p. 85.

[777] *Cf. Ibíd.,* 86. Esta opinión con posterioridad es matizada por CEA y manifiesta una opinión crítica frente a la opción tomada por la Constitución chilena en cuanto a los derechos sociales. En la actualidad más bien sostiene que Chile debe avanzar hacia una sociedad estatal equitativa, en la cual la justicia social sea parte de su cultura. Al respecto, *Cf.* CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional chileno, op. cit.,* pp. 89 – 91.

[778] VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.,* p. 383.

[779] *Cf. Ibíd.,* p. 383.

ser humano"[780], las cuales, por ser necesidades mínimas que el hombre requiere, el Estado deberá dárselas (junto con otras) a todos sus miembros[781].

Por ello debe existir un equilibrio entre sociedad y Estado, de manera que ninguno de los dos se resienta. "La labor de balance de ambos factores, que en otros términos es el de la libertad y del poder, constituye la piedra angular de una comunidad justa y feliz. Esta es la meta precisamente del Estado Social y Económico de Derecho, y dentro de éste, de una auténtica economía social de mercado"[782].

Si bien las opiniones presentadas son pocas, no explícitas en cuanto a la consideración del Estado de Chile como Estado social y más bien manifestaciones de un anhelo, no es más vasto el panorama doctrinal al respecto. Como señalé, quien ha afirmado expresamente que en Chile la Constitución vigente ha asumido el Estado social ha sido SOLARI, por lo que es necesario revisar los postulados que presenta este autor para llegar a esa conclusión.

Para defender su tesis, lo primero que realiza SOLARI es recoger las normas de la Constitución Política en las cuales se encontraría el mandato social y económico dirigido al Estado, entre las que destaca el art. 1 de la Constitución, específicamente el inciso tercero que señala que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece"[783].

Pero lo más sustancial de su argumentación apunta a resaltar el rol del art. 1 de la Constitución, con especial referencia a la importancia a la dignidad humana (inc. 1) y la promoción del bien común (inc. 3).

---

[780] VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 391. Cursivas en el original.

[781] *Cf. Ibíd.,* p. 401.

[782] VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.,* p. 384. Incluso señala este autor que si el rol del Estado es interpretado como de abstención en la vida social, "es un aspecto ultraliberal y que conlleva al individualismo, que tantas nefastas influencias anticristianas ha producido este siglo" (*Ibíd.,* p. 385).

[783] *Cf.* SOLARI ALLIENDE, E., *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, *op. cit.*, pp. 68 – 71. El autor no se limita a destacar el art. 1º sino que señala otras normas en que ese mandato estaría presente, *V.g.* art. 100 inc. 2 (actual art. 111 inc. 2); 104 inc. 2 (actual art. 115 inc. 1); art. 107 inc. 4 (actual art. 118 inc. 4); art. 111 (actual art. 122).

Por de pronto, señala que este artículo goza del privilegio de constituir una verdadera pauta de interpretación de toda la Constitución y, aunque en el mismo Capítulo I hay diferentes vertientes ideológicas, éstas aparecen en forzosa relación, dando lugar a preeminencias, modulaciones y subordinaciones, ya que las normas constitucionales conforman un sistema dotado de jerarquía, en donde las que se ubican en el Capítulo I pertenecen a un primer grupo que preside todas las demás, por lo que las ideas que concurren en la Constitución no concurren parejamente, sino que sujetándose a la jerarquía de normas que la acogen[784]. Es lo que podríamos llamar el criterio jerárquico[785].

Luego señala que, en cuanto al contenido del art. 1, "arranca directa y casi cabalmente del pensamiento cristiano. Esta norma rebosa de nociones inconfundiblemente cristianas"[786]. Si esto es así, la Constitución chilena dirige al Estado "el mandato de efectuar una configuración social – en vistas de la igualdad – y de planificar y participar del proceso económico – en vistas de la redistribución–"[787]. Y para lograr este propósito, en el caso de que el Estado no cumpla con este propósito, su responsabilidad puede ser exigida a través de los mecanismos políticos y disciplinarios, de modo que el incumplimiento no quede impune[788].

Con todo, cuando llega al análisis de la operatividad de los derechos fundamentales, SOLARI reconoce que la Constitución, tratándose de las garantías constitucionales, favorece notoriamente el campo económico, la libre expansión individual y la contención estatal, haciendo suyas las pretensiones del liberalismo económico, en que la actividad estatal, además de limitada se encuentra rigurosamente regulada[789]. Por ello, en el ámbito de la implementación práctica de los derechos sociales el autor señala que si bien éstos se encuentran presentes en la Constitución, lo

---

[784] *Cf.* SOLARI ALLIENDE, E., *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, *op. cit.*, pp. 82 – 83.

[785] Este criterio se encuentra muy aceptado por la doctrina chilena. A modo de ejemplo, *Cf.* ZAPATA LARRAÍN, P.: "La interpretación de la Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 17, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp. 173 – 174; EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, p. 21.

[786] SOLARI ALLIENDE, E., *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, *op. cit.*, p. 83

[787] *Ibíd.*, p. 84.

[788] *Cf. Ibíd.*, p. 88.

[789] *Cf. Ibíd.*, p. 105.

están de manera precaria y acompañados por garantías económicamente liberales[790]. Aun así, señala SOLARI, que "es el artículo primero el mejor argumento para decir que la Constitución sí recoge el estado social de derecho… pues a la finalidad estatal de promover el bien común, corresponde la igual dignidad y los iguales derechos de los hombres. Es decir, la promoción estatal del bien común encuentra su correlato en unas pretensiones subjetivas en orden a la mejor realización posible de las condiciones sociales que permitan a toda persona su mayor realización espiritual y material posible"[791].

Atrevida y digna de ser tenida en cuenta es la propuesta de SOLARI, sin embargo, se advierte que se trata de una postura minoritaria y sobre todo, discutible. Y la discutibilidad no pasa porque discrepe de la instauración en Chile un Estado social, sino porque los argumentos en que funda su posición chocan o con una interpretación sistemática de la Carta, o con las variantes de un constitucionalismo más teleológico que originalista.

En cuanto a la colisión con una interpretación sistemática de la Constitución chilena, si bien SOLARI advierte la pluralidad de fuentes ideológicas que la nutren, relativiza esta tensión y otorga primacía al pensamiento cristiano. Sobre este punto, es necesario señalar la enorme influencia que cabe al neoliberalismo, lo cual no se percibe tanto en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad como en la operatividad misma de los derechos fundamentales. Esta influencia, que supone la primacía del individuo (porque es lo único realmente existente), un rol del Estado más bien abstencionista, la relativización de los derechos sociales y, aunque colisiona expresamente con la Carta chilena, la inexistencia de justicia social, es la más significativa de las que se encuentran en la Constitución. Tanto es así, que en el momento de la implementación fáctica de los imperativos neoliberales, son éstos y no los de un eventual Estado social los que se imponen en la realidad, *V.g.* el sistema de seguridad social es ejemplo paradigmático de esta opción, con un sistema de cotización absolutamente privado que responde al principio de capitalización individual, o el sistema de ISAPRES, que son seguros que imponen tablas de riesgo, en las que ciertas eventualidades como la maternidad, edad o enfermedad implican planes más onerosos para los cotizantes, claro está, porque los

[790] *Cf. Ibíd.,* p. 108.

[791] *Ibíd.,* pp. 110 – 111.

eventuales siniestros que habría que cubrir son más caros. Por supuesto, las empresas que prestan estos servicios son Sociedades Anónimas abiertas.

Además, la Constitución chilena no otorga énfasis a los derechos sociales, opción que se encuentra presente desde la discusión en la Comisión de estudios y en este punto la influencia de las tesis de GUZMÁN es evidente. De ahí que los derechos sociales no cuenten con protección reforzada en la Constitución y devengan en anhelos y propósitos deseables, pero sin exigibilidad directa al deber de actuación que corresponde al Estado[792].

Asimismo, los postulados de SOLARI son más cercanos a un constitucionalismo originalista que teleológico. Digo lo anterior porque defiende el criterio de jerarquía entre las normas y además, porque reiteradamente afirma que es la filosofía cristiana la que nutre las Bases de la Institucionalidad de la Constitución chilena, especialmente en lo que se refiere al bien común y la dignidad de las personas, conceptos que recoge principalmente de los trabajos de la Comisión de Estudios. Conviene recordar en todo caso, que el concepto de dignidad de la persona no es patrimonio único del pensamiento cristiano sino que también es compartido por otras corrientes de pensamiento humanistas y racionalistas[793].

---

[792] En cuanto al contenido de los derechos sociales, como derechos distintos de los derechos clásicos y, que por tanto, no son derechos en sentido estricto y siendo su exigibilidad relativa, puede verse MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, *op. cit.*, pp. 67 – 88; MARTÍNEZ ESTAY, J.I.: "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, pp. 282 – 284.

Como señalaba, gran importancia en la comprensión de lo que son los derechos sociales en la Constitución chilena corresponde a GUZMÁN. Este autor llegó a afirmar lo siguiente: "la Declaración de Naciones Unidas incurre en un error al que atribuyo no sólo importancia doctrinaria, sino consecuencias prácticas considerables. Me refiero a la mezcla indiscriminada que en ella se hace de lo que son **propiamente derechos**, con los que más bien encierran **pretensiones o aspiraciones sociales**, que dependen de la capacidad económica de cada sociedad. En un sentido propio y estricto, creo preferible reservar el concepto de derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio, por su titular, sólo se requiere que un tercero – sea la autoridad o un particular – no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente… Distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como 'derecho' resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad… pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones – muy legítimas, nobles y justas-, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos" (ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, p. 148. La negrita en original).

[793] Como señala PECES – BARBA "la dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen a la primera a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona y la dignidad de la

Pero no sólo eso. Cuando en una Constitución se "juridifican" determinadas cosmovisiones, éstas responden a un consenso político históricamente determinado, consenso que es esencialmente variable por cuanto depende de la evolución de las opciones políticas de la comunidad, por lo que no es posible extrapolar las opciones de la instancia constitucional y aplicarlas en un momento histórico diferente. Lo que cabe hacer, entonces, es actualizar las decisiones originarias del poder constituyente con el contexto de aplicación de las normas[794]. Por tanto, el riesgo que se corre al permanecer en las versiones y fundamentos originales de la Constitución radica en una eventual rigidización de las cosmovisiones y, por supuesto de la normativa, unido al peligro que supone una petrificación del derecho.

Una Constitución pluralista debe mantener intactas las posibilidades de competición política y social, impidiendo que una corriente de opinión llegue a imponer modelos políticos – culturales globalizadores que excluyan las voces de los demás. La interpretación constitucional tiende a la organización de una sociedad abierta al conflicto, a la que puedan acceder todas las partes sin discriminación y privilegios[795].

Un adecuado sistema interpretativo debe considerar el carácter evolutivo de la realidad social, por ello, deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación al sentido de las normas jurídicas en un contexto histórico/espacial determinado. Una mirada de esta naturaleza, no implicaría un desmejoramiento del panorama constitucional o un serio cuestionamiento a la certeza jurídica, sino que actualiza y sincera la relación entre norma y sociedad[796].

---

humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso. Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso la dignidad humana es más un prius que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo" (PECES – BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 63 – 64.

[794] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *op. cit.*, 2008, pp. 127 – 128.

[795] *Cf.* ZAGREBELSKY, G.: "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", *op. cit*., p. 172. En el mismo sentido, *Cf.* BALAGUER CALLEJÓN, M.L.¸ *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, *op. cit.*, p. 46.

[796] Sobre la interpretación evolutiva, *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit*., pp. 130 – 134.

Sobre este punto, resulta lúcida la prevención que realiza ZAGREBELSKY. En un proceso interpretativo, resulta paradójico que se oculten valoraciones importantes y que sólo cobren relieve las argumentaciones jurídicas, que no tienen un sentido en sí mismas sino que lo tienen en relación a un caso. Parece ser que se quiere proteger a los *arcana decidendi*, imponiendo la exhibición de argumentos que son sólo posteriores. Por ello surge el desafío de encontrar el método que ponga en evidencia las verdaderas razones del decidir[797]. Lo anterior, porque en no pocas ocasiones, ante la necesidad de interpretar la Constitución de una manera determinada, producto de su necesaria actualización, se "fuerza" la norma para encontrar un resultado determinado, para que así el juicio respectivo no parezca condicionado por la fuerza de otras disciplinas. Creemos que así como el Derecho dialoga con otras disciplinas, la argumentación e interpretación jurídica no perderá su carácter por considerar en su ejercicio argumentativo las (buenas) razones que aportan otras sensibilidades[798].

Además, si asumimos el hecho de la pluralidad, en que la Constitución debe ser su reflejo, las normas y principios que se encuentran en la Constitución, es posible que se contradigan entre todas, dada la diversidad de orígenes en el seno de la sociedad; sin embargo, han de convivir en el marco de la Constitución, de la misma manera que conviven las diferentes opciones políticas. Por tanto, no es posible establecer una regla de jerarquía entre ellos sin que ello implique desconocer el principio democrático y la aceptación de la pluralidad social[799].

Quisiera insistir en el esfuerzo que realiza SOLARI para postular que la Constitución chilena recoge el Estado social. Estoy seguro de que tras esa reflexión, se esconde el anhelo por contar en Chile con un modelo de sociedad que favorezca una protección cierta de los sectores más empobrecidos de la población. Sin embargo, parece que no ha sido ese el sendero por el que transita la Carta Fundamental chilena.

No obstante, no quisiera terminar este apartado sin dejar constancia de mi preocupación por el desarrollo de los derechos sociales en Chile.

---

[797] *Cf.* ZAGREBELSKY, G.: "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución", *op. cit.*, p. 177.

[798] Interesante ejemplo de la dialéctica derecho – facticidad podemos encontrar en el análisis de un caso que aporta ZAGREBELSKY: el caso Serena. *Cf.* ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, *op. cit.*, pp. 140 – 144.

[799] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, *op. cit.*, pp. 127 – 128.

Desde la perspectiva de su cumplimiento y exigibilidad, los derechos de primera generación también pueden manifestarse como anhelos o pretensiones de los ciudadanos, pues, del mismo modo, dependen del contexto fáctico en el cual ellos se despliegan y desarrollan. Por ello no es extraño que en sistemas políticos autoritarios los derechos políticos se encuentren limitados y/o suspendidos. O incluso, en algunos modelos 'formalmente' democráticos existen tantas restricciones a su ejercicio, que en la práctica se hace imposible su operatividad (pienso principalmente en la democracia venezolana, que presenta serias limitaciones a la libertad de expresión, reunión o asociación).

Es cierto que los derechos sociales precisan de gasto público y no basta su declaración normativa para que se materialicen. Con todo, lo que prima, frente a estos derechos, es la cosmovisión política. Por ejemplo, si bien la Ley Fundamental de Bonn no contiene un catálogo de derechos, no hay duda que Alemania se caracteriza por una alta protección social. Lo mismo puede decirse de los países nórdicos. Por ello, la protección de los derechos sociales será distinta si nos enfrentamos a este tema desde la perspectiva de un Estado social o un Estado neoliberal. Recordemos que para esta última visión, la justicia social es imposible, además, si el Estado deviene en redistribuidor no sólo es ineficiente, sino que genera discriminaciones que atentan contra el principio de igualdad, pues favorece a unos (los más pobres) en perjuicio de otros (los más aventajados socialmente), estando sus énfasis puestos en generar una real igualdad de oportunidades entre la población.

Si bien es claro que el problema de las desigualdades sociales es un tema complejo, no está tan claro que si los individuos son puestos en situación de igualdad de oportunidades, el desarrollo personal y la superación de la pobreza dependan del esfuerzo y empeño de cada uno. Tras ese postulado se esconde un voluntarismo que es desmentido por la realidad.

No quiero decir, y en esto he insistido varias veces a lo largo de este trabajo, que la herramienta económica para superar las desigualdades pase por un retorno a la planificación. Al contrario, se ha demostrado la eficacia de la economía de mercado. El crecimiento del PIB, el control de la inflación y la libre iniciativa económica privada son herramientas indispensables para mejorar los índices de competitividad y permiten el progreso social y mejores indicadores de desarrollo humano.

No obstante, no es suficiente y, dado que los pobres existen, que no lo son por opción sino más bien por dificultades en la estructura de la sociedad, es el Estado el

encargado de generar políticas redistributivas, porque los criterios mercantiles por sí solos se muestran incapaces de producir mejores resultados en los indicadores de desarrollo humano. Y eso es una opción política. Por tanto, dotar de contenido material a los derechos sociales supone una visión en cuanto al rol del Estado.

Lo mismo que los derechos de primera generación son conquistas culturales, en que el reconocimiento y respeto de su ejercicio supone una opción política, que implica un deber de abstención del poder estatal para favorecer el despliegue de la persona, lo mismo ocurre para los derechos sociales, que por su particular contenido precisan la acción positiva del Estado. Y la intensidad de la actuación estatal dependerá de la cosmovisión con la cual se construya la sociedad, partiendo de la base de que debe tratarse de una sociedad ordenada, estable y con altos niveles de probidad y transparencia[800], requisitos que son difíciles de reunir, pero que hacen posible que la 'encarnación' de un Estado social sea una posibilidad y no una utopía o declaración programática de la Constitución[801].

---

[800] Tratándose de los derechos sociales, en Chile se está produciendo una nueva lectura que supone una mutación de la postura neoliberal sobre la materia, que se inicia a partir de una sentencia del TC en relación a los planes de salud. Al respecto, *Cf.* STCCh rol 976/2007, de 26 de junio de 2008; CELIS DANZINGER, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones". En: *Nomos,* Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 59 – 90; JORDÁN DÍAZ, T.: "Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 976/2008". En: *Nomos,* Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 263 – 274; VIERA ÁLVAREZ, C.: "La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno". En: *Nomos,* Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 291 – 305; CEA EGAÑA, J.L.: "Influence of Chilean constitutional jurisprudence on society and on developing human rights". Paper to be exposed at the First World Conference on Constitutional Justice in Cape Town (South Africa), 2009, pp. 6 – 7. Disponible en internet: http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/CHI_CeaEgana_ES.pdf, [citado 30 Noviembre 2010]; ZÚÑIGA URBINA. F.: "Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-07 de fecha 26 de junio de 2008". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 338, Legalpublishing, Santiago, 2008, pp. 319 – 321.

[801] Simplemente para profundizar acerca de la operatividad de los derechos sociales, pueden consultarse los siguientes trabajos: PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007; QUEL LÓPEZ, F.J.: "Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" En: EMBID IRUJO, A., *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, 305 – 334.

También pueden verse las siguientes obras recientes: RIBOTTA, S. – ROSETTI A. (edits.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la* justicia, Dykinson, Madrids, 2010. En este caso, especialmente véanse los trabajos de PECES – BARBA (pp. 21 – 39), ANSUATÉGUI (pp. 41 – 62), ROIG (pp. 63 – 76) y LEMA (pp. 77 – 100). También *cf.* VERDUSSEN, M. (dir.), *Les droits culturels el sociaux des plus défavorisés*, Bruylant, Bruxelles, 2009. Si bien este último trabajo trata acerca de las Constituciones francesa, belga y canadiense, profundiza en torno al estatuto de los derechos sociales, sus características e interpretación. Al respecto, véase principalmente los capítulos "Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge" (*Ibíd.*, pp. 35 – 84) y "Les droits sociaux et culturels constitutionnels et quasi constitutionnels au Canada: une 'construction' inachevée" (*Ibíd.*, pp.85 – 117). Por último, tratándose del panorama latinoamericano para los derechos sociales, *cf.* NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15 – 49.

Incluso, PISARELLO, citando a BENJAMIN, propone "pasar el cepillo a contrapelo de la historia… (es decir), pensar los derechos desde abajo, que tuviera en cuenta no sólo las actuaciones e intereses de los poderes constituidos, sino también la presencia constituyente de los diversos sujetos subalternos por razones de clase, étnicas o de género"[802].

2. La Constitución Económica chilena.

Como toda Constitución moderna, a la Constitución chilena no le es ajena la economía y así, desde el Capítulo de las Bases de la Institucionalidad, es posible percibir las notas que fundan un sistema económico determinado. Y no sólo se trata de normas que hacen operativo un modelo económico, sino que también encontramos normas de principio que, al decir de algunos, estarían constitucionalizando el principio de subsidiariedad. No se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales, sino que también de considerar una ordenación genérica que regule la economía nacional en sus grandes tópicos

En el capítulo II de este trabajo fueron presentadas algunas teorías sobre la Constitución económica[803]. Tratándose de la Carta chilena, ésta no es neutra sobre la materia, sin perjuicio del carácter abierto de las normas, que permiten interpretaciones diversas dependiendo de la cosmovisión de la cual parte el intérprete. Con todo, hay ciertos rasgos básicos que conviene no olvidar. Uno de ellos es que se encuentra excluido un modelo de economía planificada. Por lo mismo, aunque no aparece constitucionalizada de manera explícita, es la economía de mercado el sistema en el que funda el sistema económico chileno.

Asimismo, aunque no es objeto de este trabajo, el derecho de propiedad se encuentra regulado en extenso, con una prolijidad más propia de una ley o reglamento (art. 19 Nº 24). Además el Capítulo XIII establece las bases del Banco Central. Según el art. 108, éste es un organismo autónomo, de carácter técnico con funciones y atribuciones que establece la ley[804] (art. 108) que tiene por objeto "velar por la

[802] PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, *op. cit*., p. 138.

[803] *Cf.* Capítulo II, 1.2. contenido y operatividad de una Constitución económica

[804] *Cf.* Ley 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, *Diario Oficial*, Nº 33.493, Santiago, 10 de octubre de 1989.

estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos" (art. 3 inc. 1 de la ley), con atribuciones que apuntan a la "regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de operaciones de crédito y cambios internacionales, como, asimismo, la dictación de normas en materia monetaria, crediticia, financiera y de cambios internacionales" (art. 3 inc. 2).

En este ordinal analizaré el principio de subsidiariedad, la influencia neoliberal en la interpretación e implementación de un sistema económico y algunos antecedentes sobre el orden público económico en la Constitución chilena, finalizando con una propuesta interpretativa para la Constitución Económica chilena.

2.1. El principio de subsidiariedad en la Constitución chilena.

Etimológicamente, subsidiariedad proviene del latín *subsidium* (*sub* y *sedere*), que significa socorro, ayuda, o auxilio extraordinario[805]. Sin embargo, este principio es de interpretación compleja y, en ningún caso, de funcionalidad unívoca, ya que puede referirse a materias competenciales, a características del sistema democrático o a asuntos económicos, como es la comprensión que se ha hecho de este principio en Chile.

Asimismo, tratándose de la actuación del Estado en materias económicas, ésta puede ser entendida en sentido negativo o positivo. En su dimensión negativa, supone un Estado abstencionista y no intervencionista, ya que es la persona quien puede desplegarse en todos los ámbitos sin la asistencia estatal. En su cara positiva, el Estado puede actuar reforzando la actividad de las personas y de los grupos intermedios, ante su desinterés o insuficiencia[806].

En el desarrollo de este apartado me detendré principalmente en la interpretación que se hace a la subsidiariedad en Chile, que es en su vertiente económica y, principalmente desde una perspectiva negativa.

---

[805] *Cf.* CARRO MARTÍNEZ, A.: "La Unión Europea y el principio de subsidiariedad". En: *Revista de Administración Pública*, Nº 126, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 229; BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, J.M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, *op. cit.*, p. 12.

[806] *Cf.* SAN FRANCISCO REYES, A.: "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, p. 532.

2.1.1. Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal.

Como señalé en otra parte de este trabajo[807], este principio no puede ser comprendido de manera unívoca, teniendo una significación diferente si se trata del ordenamiento jurídico de la UE, una interpretación neoliberal o las propuestas del Magisterio Oficial Católico Romano.

Por lo mismo, quisiera analizar brevemente la comprensión que, en el ámbito europeo y del Magisterio de la Iglesia, hacen sobre la subsidiariedad, porque ha sostenido alguna doctrina chilena, que explica este principio desde la perspectiva de un Estado abstencionista, que el principio de subsidiariedad ha sido expresamente tipificado por el ordenamiento de la UE, y que los fundamentos de este principio arrancan del pensamiento cristiano. Si bien ambas afirmaciones son verdaderas, el problema es la comprensión de su contenido material, que no coincide con lo que quieren postular esos autores.

En el caso de la UE, dice el TFUE que "el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad" (art. 5.1). Agrega que "en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión" (art. 5.3)[808].

Como es posible advertir, el principio de subsidiariedad en el ámbito europeo "surge como un límite a la competencia de la Comunidad que amenazaba con extenderse más allá de las previsiones fundacionales por la vía de los poderes

[807] *Cf.* Capítulo I, 1.1. "Tránsito del Estado liberal (burgués) al Estado Social".

[808] Incluso el Tratado de Lisboa contiene un protocolo para la aplicación del principio de subsidiariedad, que a grandes rasgos señala que toda propuesta legislativa debe ir acompañada de una declaración relativa a sus efectos sobre la aplicación del principio de subsidiariedad (art. 5) y para eso establece un procedimiento para la evaluación de la aplicación del principio (arts. 6 – 8): *Cf.* Protocolo (núm. 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 214 – 216.

implícitos"[809], es decir, tiene relación más con materias relativas a competencia que con asuntos económicos, ya que el principio se formula a propósito del ejercicio de competencias. Pero además, sólo deberá emplearse tratándose de las competencias compartidas, mas no de las exclusivas, pues respecto de estas últimas, se excluye toda actividad estatal. Que el principio legitime la actuación comunitaria respecto de las compartidas no constituye un título atributivo de las mismas, sólo supone un medio de regulación para su ejercicio[810].

Al mismo tiempo, no ha sido fácil ni la inclusión inicial en el Tratado ni la comprensión de su contenido material[811], sin embargo, con el paso de los años, y no sólo por su juridificación, este principio es reconocido como un principio general de la UE, que deberá informar la realización de todos sus objetivos, no estando, por consiguiente, su vigencia reducida al campo de aplicación del TFUE[812].

Pero lo más relevante, y esto es lo que me interesa destacar para el caso de la UE, el principio de subsidiariedad puede contribuir a su desarrollo, llevándola por

[809] QUADRA – SALCEDO, T. de la: "Nota sobre el principio de subsidiariedad". En: BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, J.M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 84.

[810] *Cf.* CARNEVALI, R.: "El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional". En: *Ius et Praxis*, vol. 15, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2009, p. 407.

Señala este mismo autor que "para determinar si la UE puede actuar dentro de un determinado ámbito, debe examinarse, primeramente, si éste corresponde a los objetivos trazados por el propio Tratado, para posteriormente resolver con qué competencias cuenta para ello. Una vez superada esta primera interrogante, corresponde preguntarse, si aún teniendo competencia la Unión para emprender una determinada acción, no resulta más adecuado que ésta sea realizada por los propios Estados miembros. Las instituciones europeas deberán *valorar*, conforme al principio de subsidiariedad, no sólo si su actuación resultará más oportuna, conforme a criterios de insuficiencia de la acción estatal y de eficacia comunitaria, sino también que ésta se halla justificada en razón de *la envergadura e importancia que a nivel supranacional pueda tener el problema y su solución*." (*Ibíd.*, p. 407. Cursivas en el original). En este mismo sentido, *Cf.* BOIXAREU CARRERA, A.: "El principio de subsidiariedad". En: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 781 – 782.

[811] CARRO MARTÍNEZ realiza una revisión histórica de las dificultades que supuso para la UE establecer este principio, con la presentación de doctrinas iniciales, declaraciones del Consejo de Europa y posiciones diversas al respecto. *Cf.* CARRO MARTÍNEZ, A.: "La Unión Europea y el principio de subsidiariedad" *op. cit.*, pp. 233 – 251. Algo parecido recoge BOIXAREU: *Cf.* BOIXAREU CARRERA, A.: "El principio de subsidiariedad", *op. cit.*, pp. 793 – 804. Este mismo autor llega a afirmar que "el principio de subsidiariedad, con independencia de la polémica sobre sus efectos 'centralizadores o descentralizadores', es, sin duda un principio de carácter ambivalente en el sentido de que, según cuál sea su aplicación, puede resultar positivo para el funcionamiento de la Comunidad o, en cambio, es susceptible de tener consecuencias muy negativas sobre el futuro desarrollo legislativo de la misma. Es decir, puede representar una garantía o, por el contrario, un freno para el proceso de integración" (*Ibíd.*, p. 805).

[812] *Cf.* BOIXAREU CARRERA, A.: "El principio de subsidiariedad", *op. cit.*, p. 777.

caminos de mayor democracia y reflexión más completa sobre la necesidad, extensión y manera con las que actúa y legisla. Es cierto que se trata de un principio formulado de un modo muy abierto y susceptible de muchas interpretaciones, no obstante, no debería haber dificultades para encontrar las formas políticas y jurídicas con las que resolver el problema de la expansión de competencias en el ejercicio del poder comunitario[813].

Por lo mismo, BANDRÉS señala que este principio representa un enriquecimiento de la idea de democracia, pues intensifica la participación de los ciudadanos en la esfera pública más cercana y favorece el control inmediato del ejercicio de las responsabilidades por los actores públicos[814]. Incluso observa que los ideólogos europeos del principio de la subsidiariedad, formulan las fronteras y compromisos que envuelven este principio, "subrayando que debe servir como un constante contrapeso a la tendencia natural del centro de acumular poder, impidiendo, por tanto, que se sucumba a un uso excluyente de los poderes por las instancias superiores que sólo estarán legitimadas para intervenir, para ejecutar sus funciones, en nombre de los principios de necesidad y de eficacia"[815]. Por tanto, el significado primario del principio en el derecho de la UE es el de constituir una regla de articulación de las competencias entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros para contribuir al proceso de construcción de la Unión en claves política y democrática y no meramente económicas[816].

En cuanto a la interpretación que hace el Magisterio Oficial de la Iglesia Católica, muchos autores afirman que este principio tiene su génesis en el desarrollo que se realiza en las encíclicas sociales, principalmente *Quadragesimo anno*[817].

---

[813] *Cf.* AREILZA CARVAJAL, J.M.: "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 45, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, p. 93.

[814] *Cf.* BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, J.M., *op. cit.*, pp. 15 – 16.

[815] *Ibíd.*, p. 16.

[816] *Cf. Ibíd.*, p. 19.

[817] Entre muchos, y sin que la lista sea exhaustiva, *Cf.* STEIN, T.: "El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 90, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 71 – 72; AREILZA CARVAJAL, J.M.: "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 65 – 66; LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile". En: *Revista de Derecho*, vol. XXXIII, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2009, pp. 398 – 402; SAN FRANCISCO REYES, A.: "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 529 – 530; ORÓSTICA ORTEGA, A.: "El Estado empresario: un análisis crítico a la Constitución, al Orden Público Económico y al principio de subsidiariedad". En: *Comisiones de Trabajo: Derecho y mercado*,

Si bien es posible encontrar antecedentes en la encíclica *Rerum Novarum*[818], es con PÍO XI, a propósito de la conmemoración de los cuarenta años de la encíclica de León XIII, cuando se explicita este principio, sin perjuicio de los adelantos que sobre la materia enuncia en *Divini Illius Magistri*[819].

Efectivamente, en el documento *Quadragesimo anno*, afirma el Papa que "conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función '*subsidiaria*', el orden jerárquico

---

IV Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Santiago, 2009, pp. 4 – 6. Disponible en internet: http://congresoconstitucional.cl/upload/69/Amaro%20Orostica_1252890661.pdf, [citado 30 Noviembre 2010]; RUIZ – TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, pp. 54 – 57; CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, pp. 329 – 332; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, tomo I, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, p. 89; ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, *op. cit.*, p. 57; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 38 – 41; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 382 – 383; MASSINI, C.I.: "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, p. 51; SAGÜES, N.P.: "Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, p. 59; SOTO KLOSS, E.: "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, pp. 33 – 49.

[818] "No es justo que ni el individuo ni la familia sean absorbidos por el Estado; lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nadie. No obstante, los que gobiernan deberán atender a la defensa de la comunidad y de sus miembros" (LEÓN XIII, *Rerum* Novarum, Roma, 15 de mayo de 1891, §26. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

[819] A propósito de la educación cristiana de la juventud, dice Pío XI que "como las nuevas generaciones deben ser formadas en todas las artes y disciplinas, que contribuyen a la prosperidad y al engrandecimiento de la convivencia social, y para esta labor es por sí sola insuficiente la familia, por esto surgieron las escuelas públicas, primeramente — nótese bien lo que decimos— por iniciativa conjunta de la familia y de la Iglesia, sólo después y mucho más tarde por iniciativa del Estado. Por esto, la escuela, considerada en su origen histórico, es por su misma naturaleza una institución *subsidiaria* y complementaria de la familia y de la Iglesia" (PÍO XI, *Divini Illius Magistri*, Roma, 31 de diciembre de 1929, § 61 (la cursiva es mía). Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_31121929_divini-illius-magistri_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación"[820].

Profundizando el tema, la encíclica *Centesimus annus* insiste en el rol subsidiario que cabe al Estado en las relaciones sociales, dado el postulado de la primacía del hombre. Sin embargo, al Estado le cabe un importante rol, especialmente en la actividad económica, pues es depositario de la solidaridad. Dice JUAN PABLO II que "para conseguir estos fines (respeto por la libre iniciativa económica y protección de los derechos de los trabajadores) el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro"[821].

Incluso, la encíclica propone consideraciones generales sobre el papel del Estado en la economía, ya que "la actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político"[822]. Por ello incumbe al Estado participar de la economía, porque además es su rol promover y proteger el ejercicio de los derechos humanos en el sector económico, debiendo secundar "la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en

---

[820] PÍO XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010]. El parágrafo anterior prepara esta afirmación y postula una concepción sobre la historia y la sociedad: "Es verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos" (*Ibíd.*, § 79).

[821] JUAN PABLO II, *Centesimus annus*¸ Roma, 1 de mayo de 1991, § 15, párrafo penúltimo. Disponible en internet: *http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_sp.html*, [citado 30 Noviembre 2010].

[822] *Ibíd.*, § 48, párrafo primero.

momentos de crisis"[823]. No obstante, la encíclica si bien explica brevemente uno de los objetivos del Estado de Bienestar, se muestra crítica con esta figura, deteniéndose en aquellos aspectos más controvertidos del Estado social, pero su reflexión no profundiza en el análisis del tema en concreto[824].

Los postulados antes señalados son recogidos por el Catecismo de la Iglesia Católica, manteniendo la postura de crítica a los totalitarismos y sistemas de planificación de la economía, pero también distanciándose de un liberalismo extremo[825].

Si bien la Doctrina social de la Iglesia es una propuesta, entre muchas, acerca del rol que cabe al Estado en la economía, es importante esta referencia, porque la interpretación neoliberal del principio de subsidiariedad que se hace en Chile, pretende encontrar un fundamento en las encíclicas papales. Es cierto que el Magisterio oficial de la Iglesia postula el principio de subsidiariedad pero, por lo revisado, no significa que su propuesta implique un rol abstencionista del Estado en el sistema económico.

En el caso de la interpretación neoliberal realizada por parte de la doctrina chilena, ésta presenta dos notas que conviene destacar. La primera es que basa sus postulados en una interpretación "libre" de la Doctrina Social de la Iglesia y la segunda en que postula un rol abstencionista del Estado.

---

[823] *Ibíd.*, § 48, párrafo segundo.

[824] "En los últimos años ha tenido lugar una vasta ampliación de ese tipo de intervención, que ha llegado a constituir en cierto modo un Estado de índole nueva: el 'Estado del bienestar'. Esta evolución se ha dado en algunos Estados para responder de manera más adecuada a muchas necesidades y carencias tratando de remediar formas de pobreza y de privación indignas de la persona humana. No obstante, no han faltado excesos y abusos que, especialmente en los años más recientes, han provocado duras críticas a ese Estado del bienestar, calificado como 'Estado asistencial'. Deficiencias y abusos del mismo derivan de una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado. En este ámbito también debe ser respetado el principio de subsidiariedad. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.

Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado. Además, un cierto tipo de necesidades requiere con frecuencia una respuesta que sea no sólo material, sino que sepa descubrir su exigencia humana más profunda" (*Ibíd.*, § 48, párrafos cuarto y quinto).

[825] *Cf.* JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Roma, 11 de octubre de 1992, § 1883 – 1885 y § 2429 - 2431. Disponible en internet, http://www.va/archive/catechism_sp/index_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

En relación a los fundamentos encontrados en la Doctrina de la Iglesia, digo "libre" porque los autores asumen las posturas de la Iglesia pero sólo en cuanto se refieren al rol pasivo (o subsidiario) del Estado, pero no cuando los documentos pontificios destacan su importancia o proponen la aplicación del principio de solidaridad.

Tratándose de lo segundo, el autor más representativo de esta orientación es FERMANDOIS quien, basándose en GUZMÁN, propone una interpretación del principio de subsidiariedad que consiste en un rol abstencionista de parte del Estado. Para fundar su opinión se basa en el famoso parágrafo 80 de *Quadragésimo anno*, y a partir de ahí hace una explicación "del bastidor filosófico del principio de subsidiariedad"[826].

Este autor parte de una concepción socio – antropológica que supone la primacía del individuo sobre la sociedad y que es la piedra angular del ordenamiento constitucional chileno[827]. Lo anterior supone que el hombre "está destinado a una perfección metaterrenal, mientras el Estado no tiene ni aspira, como un todo, a una perfección espiritual metaterrena. El Estado se agota en el mundo; en tanto el hombre, en la totalidad de las creencias y cultos de nuestra civilización cristiano occidental, sólo prepara en este mundo su paso a la otra vida, más perfecta, en la que alcanzará su fin"[828]. No es de extrañar entonces la relativización de la importancia de la sociedad y, cómo no, del Estado.

---

[826] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 89.

[827] *Cf. Ibíd.*, p. 85. La misma postura propuesta por este autor se puede encontrar en FARÍAS KANACRI: *Cf.* FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación". En: *Persona y Sociedad*, vol. IV, Nº3, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2000, pp. 157 – 159; SOTO KLOSS, E.: "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad", *op. cit*., pp. 33 – 37.

[828] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 87. En este punto sigue directamente a GUZMÁN (*Cf.* ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, *op. cit.*, pp. 32 – 34). Sin embargo, esta afirmación es sumamente discutible, incluso desde una perspectiva católica romana, pues supone un enfoque antropológico trascendente, como si la vida fuese "un valle de lágrimas". Esta concepción antropológica, previa al Concilio Vaticano II, es discutida desde concepciones que realzan la importancia de la inmanencia (al respecto existe abundante literatura, *V.g. Cf.* BENTUÉ, A.: "Desafíos a la credibilidad del cristianismo". En: *Teología y vida*, vol. XLVII, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pp. 114 – 118; SCANNONE, J.C.: "La filosofía de la liberación: historia, características, vigencia actual". En: *Teología y vida*, vol. L, Nº 1 – 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009, pp. 56 – 73; SILVA GATICA, S.: "Lo absoluto y lo relativo: Aproximación hermenéutica". En: *Teología y vida*, vol. XLIX, Nº 1 – 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 203 – 208). Asimismo, se percibe la influencia de SANTO TOMÁS y ARISTÓTELES en la argumentación. No obstante, después de SANTO TOMÁS, han surgido muchos teóricos que defienden posturas sobre la persona y la sociedad de manera distinta. Por último, llamo la atención acerca de que la fundamentación que hace FERMANDOIS se encuentra en un texto de Derecho Constitucional Económico. De ahí que me haga cargo de ello.

Con todo, si bien la persona tiene el primado de lo real, en que lo más importante es su despliegue en libertad, no es menos cierto que el individuo es un ser social que tiende a reunirse con otros para formar agrupaciones (las sociedades intermedias, entre el individuo y el Estado). Entonces, para que el despliegue personal sea eficaz, las asociaciones han de gozar de la debida autonomía de la sociedad mayor, en este caso el Estado, para realizar los cometidos que pueden hacer por sí mismas[829].

De ahí que señale diversos requisitos que justifican la actuación del Estado, "intervención de suyo excepcional, temporal, y revela una falla en la estructura social que debe en definitiva repararse"[830]. Sin embargo, hay ciertas esferas que o son indelegables por parte del Estado (Defensa Nacional, RR.EE y la regulación normativa de las sociedades intermedias) o implican una intervención de su parte ante a la ausencia o falta de interés de la iniciativa privada[831].

Y para justificar la importancia del principio de subsidiariedad, pero desde su particular punto de vista, alude a la UE como una organización que "abrazó la subsidiariedad como única forma de coordinar el ejercicio de potestades confluyentes en un ente multilateral cada vez más numeroso… el ejemplo de la UE, con sus fines primeramente económicos, pero políticos a fin de cuentas, demuestra que este natural principio filosófico orienta desde la más pequeña de las sociedades intermedias, hasta la más portentosa organización política humana"[832].

---

[829] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.,* p. 90; ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, *op. cit.,* pp. 51 – 52. En este punto, LÓPEZ MAGNASCO sigue literalmente a FERMANDOIS: *Cf.* LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.,* pp. 36 – 37.

[830] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.,* p. 90. Los requisitos son: a) Que se trate de actividades, fines o bienes particulares convenientes para el bien común; b) que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares; c) que el Estado haya agotado todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. Una vez producida la intervención estatal, nacen dos obligaciones: primera. El Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible; segunda. El Estado debe retirarse y cesar su intervención el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas (*Cf. Ibíd.,* pp. 90 – 91). Nótese que FERMANDOIS recoge estas ideas, pero sin citar, de ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, *op. cit.,* pp. 56 – 58.

[831] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.,* pp. 91 – 92.

[832] *Ibíd.,* p. 95. Particular resulta la interpretación del autor, pues pretende persuadirnos que la comprensión del contenido material de este principio en la UE es similar a su propuesta, en circunstancias que, cómo vimos, la subsidiariedad en el derecho europeo se refiere a temas competenciales e incluso con a una mejora del sistema democrático.

Aun cuando no lo señala FERMANDOIS, conclusión inevitable de una propuesta de esta naturaleza es la entrega de todos los sectores sociales a la regulación económica por los particulares, incluidas actividades sensibles como la educación, vivienda, sanidad, seguridad social, transporte, etc, porque finalmente todas las esferas del mundo de la vida pueden ser asumidas por la iniciativa económica privada y GUZMÁN expresamente así lo señala: "la subsidiariedad es aplicable a todos los campos de la vida social"[833]. Incluso para el caso de la educación GUZMÁN es de la idea que se "debe estimular a los particulares para que inicien nuevas escuelas, y así ir desapareciendo (el Estado) poco a poco. Debe aspirar a no tener ninguna"[834]. Como afirma LÓPEZ MAGNASCO, "la subsidiariedad exige una abstención del Estado en todo aquello que pueden realizar las sociedades menores… en que el Estado debe actuar cuando los entes menores no pueden o no quieren realizar dichas actividades"[835]. Y éstas premisas constituyen el núcleo de la interpretación de este principio desde la perspectiva neoliberal. Mas, se trata de una propuesta que, por su radicalidad, debe ser relativizada y dar paso a una interpretación más razonable y comprensiva de las diferentes sensibilidades que sobre la materia existen en una sociedad democrática.

[833] ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, *op. cit.*, p. 56. Para el caso concreto de la sanidad dice GUZMÁN que "el que un porcentaje mayoritario de las acciones de salud – o de cualquier otra actividad – sean ejercidas en un país por el Estado, no implica el quebrantamiento del principio de subsidiariedad, sino la aplicación de él, en cuanto ello sea claramente necesario en la realidad social vigente, y en cuanto el Estado realice todo su esfuerzo posible para que esa deficiencia se supere gradualmente" (*Ibíd.*, p. 56).

[834] *Ibíd.*, p. 61. En idéntico sentido, *Cf.* SAN FRANCISCO REYES, A.: "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980, *op. cit.*, p. 548.

[835] LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, p. 44. En la misma línea, *Cf.* GUERRERO, R.: "La Constitución Económica". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, pp. 83. 88; GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica". En: *Persona y Sociedad*, vol. IV, Nº 3, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2000, p. 144; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)". En: *Ius Publicum*, Nº 2, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999, p. 120.

2.1.2. Una propuesta interpretativa del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena.

Aunque desde la promulgación de la Constitución chilena vigente, la interpretación neoliberal fue la propuesta más aceptada en un comienzo[836], poco a poco se dejan oír voces que critican esta postura, sea por su radicalidad, porque el principio no se encuentra en la Constitución, porque interpreta de manera insuficiente la Doctrina Social de la Iglesia o porque fundar la comprensión de este principio en los postulados originales genera petrificación normativa y descontextualización fáctica. En este apartado presentaré algunas objeciones a la interpretación tradicional chilena sobre el principio, para finalizar con una propuesta sobre su comprensión.

En primer lugar, es necesario recoger algunas críticas a la radicalidad de la interpretación neoliberal y su propuesta de un Estado abstencionista. Si bien MASSINI defiende una perspectiva del principio de subsidiariedad basada en el Magisterio Católico[837], se muestra crítico con la versión liberal de este principio pues, a su juicio, "el individualismo radical disuelve los vínculos orgánicos de la sociedad y al mismo tiempo pulveriza la humanidad en arenas volantes sin ningún arraigo… una interpretación del principio de subsidiariedad realizada desde la exclusiva óptica liberal, no puede conducir sino a su distorsión y a su falsificación ideológica"[838]. Lo anterior porque la perspectiva liberal olvida la función de socorro que compete al Estado, como también la múltiple realidad social de la existencia humana, es decir, se trata de una visión reduccionista[839].

VARELA es explícito en la crítica pues señala que "toda interpretación o aplicación neoliberal (del Estado espectador y no actor) traiciona en su fundación el

[836] Incluso hay jurisprudencia que acoge esta tesis, *V.g.* STCCh, rol 167, de 6 de abril de 1993, considerando 10º: "que, las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares".

[837] *Cf.* MASSINI, C.I.: "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad", *op. cit.,* pp. 57 – 58.

[838] *Ibíd.,* p. 55.

[839] *Ibíd.,* p. 56. En el mismo sentido puede verse SAGÜES, N.P.: "Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad", *op. cit.,* pp. 65 – 68. Este último incluso afirma que "la doctrina de la subsidiariedad se presenta como un atractivo antídoto contra posiciones extremas – liberistas o estatistas - en torno al comportamiento del Estado en la vida social, económica, religiosa o política" (*Ibíd.,* p. 69).

verdadero, cristiano y auténtico significado de la subsidiariedad"[840], ya que según su apreciación, la correcta aplicación e interpretación de la institucionalidad chilena debe conducir a la economía de la solidaridad, propia del Estado contemporáneo, que ha descubierto fórmulas que concilian la libre iniciativa económica con un Estado que puede ser actor en estas materias, llegándose incluso a plasmar constitucionalmente los tópicos de una Constitución económica en otras latitudes. La interpretación neoliberal conlleva el peligro de una econocracia que conduce a la conducción de la economía, considerando al Estado como un ente patógeno y alienante, sin embargo es necesario realizar esfuerzos por la conservación del equilibrio de la subsidiariedad como factor modelador de las relaciones entre sociedad y Estado[841].

Por su parte LOO también se hace eco de la interpretación restrictiva que la doctrina chilena ha hecho de la subsidiariedad, pues señala que se ha creído que el ordenamiento constitucional consagra el principio pero casi exclusivamente desde su perspectiva negativa, es decir, "como principio de limitación de la actuación pública y no como principio modelador de la misma, olvidando, en lo fundamental, que la subsidiariedad debe comportar, también, un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia pública, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios"[842].

En segundo lugar, es necesario preguntarse si el principio de subsidiariedad se encuentra presente en la Constitución chilena.

Algunos autores creen que, si bien el principio no se encuentra expresamente consagrado, se desprende del art. 1 inc. 3 de la Constitución que señala que "el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"[843], y que se manifestaría en el art. 19 Nº 21 que regula el derecho a

---

[840] VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 383.

[841] *Cf. Ibíd.*, pp. 385 – 386.

[842] LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 424. Idéntica crítica realiza BASSA: *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho*, *op. cit.*, p. 148.

[843] Entre muchos, *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho*, *op. cit.*, p. 145; GUERRERO BECAR, J.L., *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en

desarrollar cualquier actividad económica y la actuación del Estado como empresario[844]. Esta posición se basa en que el reconocimiento a los cuerpos intermedios de la sociedad es una consecuencia del principio de servicialidad del Estado[845] y que también constituye una garantía a favor de la autonomía de los grupos intermedios y su protección del intervencionismo estatal, por cuanto se trata de una garantía destinada a la cautela del derecho de asociación relacionado con la libertad de iniciativa económica[846].

Sin embargo, autores más recientes rechazan la idea de que este principio este consagrado en la Constitución chilena ya que, por un lado, una interpretación literal del texto permite llegar fácilmente a esta conclusión por cuanto "la Carta Magna jamás menciona la voz '*subsidiariedad'* ni hace referencia directa o indirecta a sus pretendidos requisitos y efectos"[847], pero por otro y más importante aún, la interpretación tradicional del principio "promueve un ideal de ética perfeccionista que lo hace incompatible con otras concepciones del bien que existen en nuestra sociedad, y por tanto, inconciliable con la fundamentación soberana y democrática de la Carta Fundamental"[848].

Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1991, pp. 129 – 131; GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.*, p. 144; YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, A.: "Principios Económicos de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, p. 100; MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 46 – 49; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 381; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Subsidiariedad y Estado empresario". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 66, Universidad de Chile, Santiago, 2004, p. 251; BULNES ALDUNATE, L.: "Visión académica de la Constitución Económica de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 90; LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 416 – 418 (este autor, en las notas 67 y 69 recoge abundante literatura que afirma que el principio de subsidiariedad se encuentra en la Constitución).

[844] *Cf.* LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 417; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 47.

[845] *Cf.* GUERRERO BECAR, J.L., *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980*, *op. cit.*, pp. 130 – 131.

[846] *Cf.* BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho*, *op. cit.*, p. 145.

[847] VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, p. 137 (la cursiva es de los autores). La misma idea sostiene LOO (*Cf.* LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 419).

[848] VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op. cit.*, p. 138. Una opinión similar presenta NIÑO, quien señala que en el caso de la Constitución chilena, el art. 1º, inc. 3 es insuficiente para plantear que "el principio de subsidiariedad se encuentre consagrado

RUIZ – TAGLE es de la misma opinión porque, si bien reconoce que se ha querido atribuir a este principio un rango de principio constitucional en el derecho chileno, se trataría de una opinión aventurada por cuanto "no alcanza una formulación clara y unívoca desde el punto de vista de su origen teológico"[849]. Además, si se acepta que la Constitución chilena es el producto de una transacción de diversas ideas políticas y constitucionales, entre ellas la orientación iusnaturalista cristiana, se debe atribuir importancia limitada al principio de subsidiariedad, por cuanto éste es relevante sólo "para los que hacen suya la tradición constitucional iusnaturalista. Incluso en este caso, la subsidiariedad no alcanza el nivel de principio sino una forma ideológica variable"[850].

Por lo tanto, resulta al menos discutible señalar que el principio de subsidiariedad es un principio que funda el ordenamiento constitucional chileno, habida cuenta de las opiniones dispares que existen sobre este punto.

En tercer lugar, la postura neoliberal interpreta parcial e insuficientemente la Doctrina Social de la Iglesia. Es necesario advertir que la fundamentación en la Doctrina cristiana presenta dos inconvenientes, ya que, por un lado, colisiona con la natural pluralidad política que existe en una sociedad y esta doctrina, por razonable que sea, es sólo una vertiente ideológica entre otras, pero por otro, cuando se le alude por la teoría tradicional, se basa principalmente en los trabajos de la Comisión de Estudios, con las dificultades que presenta desde la perspectiva de legitimidad, pero, especialmente, porque genera un originalismo que favorece una interpretación rígida de la Constitución y, eventualmente, a espaldas de la realidad[851].

---

como uno fundamental en nuestra Ley Suprema. En efecto, esta regla no se encuentra subyacente en todas las normas constitucionales que regulen aspectos sociales" (NIÑO PARADA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 78). No obstante, este autor reconoce que el principio en cuestión cuenta con un reconocimiento parcial en la Constitución (*Ibíd*., p. 78).

[849] CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit.*, p. 332.

[850] *Ibíd.*, p. 332.

[851] Algunos autores que fundan su interpretación en el trabajo de la Comisión para interpretar el principio de subsidiariedad son: LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 46 – 47; SAN FRANCISCO REYES, A.: "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 535 – 542; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 90; NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad". En: *Actas XXX Jornadas chilenas de Derecho Público*, tomo I, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1999, pp. 368 – 373; NAVARRO BELTRÁN, E.: "La libertad económica y su protección". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 299 – 301.

Aun así, la exégesis que hacen los autores que defienden el abstencionismo del Estado interpretan la Doctrina de la Iglesia de manera parcial, porque en esta búsqueda de razonabilidad sustantiva (y legítima) que dé razón a sus postulados, omiten – no sé si deliberadamente o por ignorancia – la referencia al principio de solidaridad presente en los documentos pontificios, principio este último que ha de suponer un papel significativo por parte del Estado en la marcha de la economía.

El núcleo esencial del principio, para el Magisterio oficial de la Iglesia, consiste en el respeto por parte del Estado a la libertad de iniciativa de los particulares y de las comunidades que surgen al interior de la sociedad, y en que aquél no debe realizar aquellas actividades que las comunidades intermedias son capaces de llevar adelante. Sin embargo, si se detecta la insuficiencia de los grupos intermedios para la satisfacción de una necesidad socialmente relevante, debe ser el Estado quien asuma su ejecución. Y este deber se basa en el propio contenido del principio de subsidiariedad el cual es modelado por el principio y deber de solidaridad[852].

Por ello, si bien es evidente que no hay propuesta de un Estado planificador y centralizado, tampoco se está en presencia de un Estado ausente. Como señala BIDART CAMPOS, "*la presencia rectora del Estado* en el campo de la misma actividad (la económica), sin exagerar su intervención pero, también, sin sacralizar al mercado y a la competencia, debe coordinar todo cuanto circunstancialmente haga falta, porque es indeclinable su gestión promotora del *bienestar general* y del *desarrollo humano*. Esto no es dirigismo colectivista, ni '*laissez faire*' liberal"[853].

Finalmente, se nos presenta la dificultad del originalismo hermenéutico que genera la corriente neoliberal, lo cual produce, al menos, dos inconvenientes.

Por un lado, él fundamento filosófico de la propuesta neoliberal arranca de una concepción de la sociedad y del hombre que hunde sus raíces en la escolástica medieval, lo cual genera un inconveniente en cuanto se trata de un postulado que contradice gran parte del desarrollo del pensamiento en Occidente, desde la modernidad en adelante. La primacía del hombre por sobre la sociedad puede ser contradicha desde perspectivas

[852] *Cf.* LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 421. Recordemos también el § 15, párrafo penúltimo de la encíclica *Centesimus annus*, ya citado.

[853] BIDART CAMPOS, G., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar S.A. editora, Buenos Aires, 1999, p. 120 (la cursiva en el original).

incluso liberales, como las de RAWLS y el *factum* de la sociedad[854], pero lo más discutible es el fin trascendente del ser humano, pues reviste con caracteres de teoría política lo que son las convicciones religiosas. El núcleo de estas ideas ha recibido el nombre de "metafísica perfeccionista de la naturaleza humana"[855].

Y por otro, la fuente de la cual bebe la propuesta neoliberal no sólo es ilegítima y parcial tratándose de una sociedad democrática, sino también es contraria a la realidad.

En primer lugar, es ilegítima pues los autores al acudir a las opiniones vertidas en el seno de la Comisión de Estudios revisten a la Comisión de una autoridad que no posee. Hemos visto que esta Comisión, designada de manera autoritaria, carece de representatividad y, además, trabaja en un momento en que el poder constituyente ha sido sustraído de su legítimo representante en una sociedad, puesto que ha sido autoatribuido por la Junta de Gobierno, por lo tanto, no cabe remitirse a lo que señalaron los comisionados para dotar de legitimidad histórica a la normativa de la Constitución. Sí se puede acudir a ella para tratar de comprender por qué las normas tienen tal o cuál contenido; así podemos comprender la *ratio* original de la normativa, pero no es tiempo para justificar actualmente una interpretación constitucional. Para una interpretación histórica de la Constitución, ésta debe realizarse a partir de las discusiones llevadas a cabo desde 1989 hasta ahora.

Pero lo segundo es más sustantivo. Si incluso concedo que, dado que el principio de subsidiariedad encuentra su fundamento en la doctrina social de la Iglesia según se desprende de las Actas de la Comisión, este argumento, de naturaleza originalista, colisiona con las características de un sistema democrático moderno – y plural – en que la cosmovisión religiosa representada por el catolicismo es una entre muchas otras expresiones religiosas[856].

---

[854] *Cf.* RAWLS, J.: "La justicia como equidad: política no metafísica", *op. cit.*, p. 32; RAWLS, J., *La justicia como equidad: una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 26.

[855] VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op. cit.*, p. 137. Incluso SOTO cuando habla de los fundamentos del principio, sólo se refiere a los que aparecen en la doctrina de la Iglesia: SOTO KLOSS, E.: "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad", *op. cit.*, pp. 33 – 49.

[856] Llamo la atención que LOO, autor reciente en estas materias, si bien toma distancia de la interpretación neoliberal, sigue acudiendo a la Doctrina social para justificar su posición. Con esa postura no supera el originalismo y es objeto de la misma crítica de parcialidad y falta de realismo que hago a la postura tradicional (*Cf.* LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 421).

Y además, es contrafáctica, porque de un tiempo a esta parte, esa visión política de hace treinta años ha sido moderada, porque la coalición gobernante que sucede a la dictadura militar es de sensibilidad socialdemócrata, pero además porque especialmente es la comunidad política – los ciudadanos – los que mayoritariamente no comparten esa posición, lo cual ha de traducirse en una presencia del Estado activa en sectores sensibles para la marcha de la sociedad[857].

El principio su subsidiariedad, no tiene una sola expresión ni una sola interpretación. Por de pronto, en la UE el principio es fuente de un proceso de profundización del sistema democrático y relacionado con temas de competencia. El problema radica que en Chile, este principio ha sido interpretado, por lo general, desde la pura perspectiva económica y desde su configuración negativa, es decir, desde un Estado abstencionista. Afortunadamente, de un tiempo a esta parte han surgido voces que critican esta visión y, así lo espero, permitirán fundar una interpretación más moderada del principio, puesto que no se ha recogido ni la polivalencia ni la polifuncionalidad del principio, olvidando que la subsidiariedad debe comportar un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia social, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios[858].

Como señala BIDART, "librar a las propias fuerzas de los particulares y de la sociedad el juego total de las relaciones económicas sin presencia alguna del estado es un canibalismo que no se condice con el significado del principio de subsidiariedad"[859]. Esto no significa liberar a los particulares y las sociedades intermedias de su necesaria iniciativa, en ningún caso. Es más, la iniciativa económica privada, en el marco de una economía de mercado es esencial para el desarrollo y crecimiento de un país. El asunto

[857] Y así ha comenzado a ocurrir en Chile en los últimos 10 años, aunque los desafíos siguen siendo importantes. Por ejemplo, los indicadores de educación son muy malos si se compara el sistema público y privado, lo que refleja no sólo la baja calidad del sistema estatal sino también una profunda desigualdad social. Si bien en sanidad ha habido progresos con la puesta en marcha del programa AUGE, que permite una cobertura estatal a enfermedades graves (y caras), la sanidad pública sigue siendo de una calidad muy inferior a la privada, con el costo que ello implica para los sectores más pobres. Y recientemente, en 2008, se aprobó un reforma del modelo de previsión social que matizó la radicalidad del modelo de capitalización individual que caracteriza a la seguridad social chilena. Sin embargo, son pequeñas matizaciones.

[858] *Cf.* VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op. cit.*, pp. 141 – 144; LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, pp. 425 – 426.

[859] BIDART CAMPOS, G., *El orden socioeconómico en la Constitución*, *op. cit.*, p. 121.

radica en que la interpretación del principio de subsidiariedad realizado por la corriente iusnaturalista y neoliberal – vaya paradoja – es insuficiente y temeraria.

Insuficiente, porque hay sectores sensibles a los cuales el Estado no debe renunciar, porque deben ser entendidos como un servicio público, en los cuales el sector privado puede colaborar pero no colonizar totalmente, ya que si es el lucro el motor de sus actividades, existe el peligro latente de afectar a los sectores más pobres.

Y es temeraria, porque postula una lectura simplista de la compleja trama social (primacía del hombre sobre la sociedad y, por tanto, 'servicialidad' del Estado). Hay fenómenos del mundo social que no podrán ser resueltos satisfactoriamente por la libre iniciativa privada, especialmente si estamos hablando del mundo de los pobres de la población – que no sólo son menesterosos o indigentes – ya que hay servicios que el Estado brinda porque corresponde a su función natural: servicios públicos, entre los que destaco principalmente la educación, sanidad, transporte, vivienda y la Seguridad Social. Hemos visto que algunos autores chilenos postulan que todo puede ser ofrecido por el sector privado, lo cual es cierto, pero ello no garantiza una sociedad más igualitaria ni más justa, porque la dignidad de la persona o la justicia social son conceptos ajenos al neoliberalismo.

En el siguiente apartado veremos cómo se integra el orden público económico en la Constitución chilena y, sin entrar aún en la libertad de empresa, qué importancia reviste el sistema económico y el rol del Estado en éste.

2.2. El orden público económico.

No existe consenso en la doctrina chilena en cuanto al concepto del Orden Público Económico (en adelante, OPE). Algunos, esforzándose en dotar de contenido a este concepto, lo revisten con ropajes filosóficos y lo amplían a la esfera normativa y de los principios. Otros sostienen que es sinónimo de Constitución Económica y algún autor incluso habla sobre su inutilidad. Aunque analizaré posteriormente estos aspectos, sin embargo, desde ahora mismo quisiera apuntar un par de consideraciones al respecto.

Lo primero es que más que el concepto, lo relevante en el OPE es el entramado ideológico que lo funda, por lo que postulo que no se trata de un concepto neutro.

Lo segundo, más que de OPE en estas materias conviene hablar directamente de Constitución Económica.

Como señalé en otra parte de este trabajo, las Constituciones contemporáneas además de su contenido político, formulan jurídicamente una Constitución económica para ordenar la actividad económica, en que no se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales, sino también considerar una regulación general de la economía nacional en sus aspectos más destacados.

Además, conviene recordar que las orientaciones políticas – ideológicas condicionan la interpretación de lo que deba ser una Constitución económica. Por de pronto, hay voces que postulan la neutralidad de la Constitución, sin embargo, otros señalan que, por el bien de la convivencia social, no puede haber neutralidad. Por su parte, algunos otorgan al Estado un papel corrector de la economía frente a la emergencia de un liberalismo que se quiere imponer sin límites; otros, por el contrario, prefieren un rol subsidiario del Estado, retrocediendo incluso a las manifestaciones económicas propias del siglo XIX. De ahí que se puede afirmar que a una Constitución no le es ajena la economía, como no le es ajena cualquier otra parcela de la realidad social. Y el caso chileno, aunque con un pobre desarrollo sustantivo y doctrinal, no está ajeno a esta dialéctica, y es lo que quiero abordar en las siguientes páginas.

Por último, en Chile hubo intento de legislar sobre la actividad económica del Estado, con la finalidad de complementar las limitaciones constitucionales, proyecto que no prosperó, salvo en lo relativo a consagrar el recurso de amparo económico y a establecer ciertas reglas sobre la enajenación de bienes del Estado[860]

2.2.1. El OPE desde una perspectiva neoliberal.

Muchos autores se esfuerzan por definir un concepto del OPE, dedicando a ello importantes energías, como si a partir de la definición pudiéramos tener claridad absoluta sobre su contenido material[861]. De hecho, sobre el concepto de OPE ya existen

[860] Al respecto, *Cf.* PRECHT PIZARRO, J.: El Estado empresario. Análisis de la legislación complementaria constitucional". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, pp. 127 – 140; VARAS ALFONSO, P.: "Amparo Económico". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 49, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 45 – 70.

[861] Entre varios, cf; DOUGNAC RODRÍGUEZ, F.: "La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el 'Orden Público Económico'". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 68, Editorial Jurídica Ediar – Conosur, Santiago, 1986, p. 8; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980". En: *Ius Publicum*, Nº 4, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2000, pp. 76 – 78; AVILÉS HERNÁNDEZ, V.M.: "Orden Público Económico: noción crítica". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 335 – 336; MONTT DUBOURNAIS, L.: "El Orden Público Económico y la Constitución". En: *Revista de Derecho*

trabajos que se han esforzado por sistematizar los diferentes conceptos que sobre la materia existen[862].

Sin embargo, no me detendré tanto en el aspecto conceptual como en la descripción del contenido que atribuyen al OPE desde la perspectiva neoliberal, ya que esta postura no sólo es la visión preponderante en los orígenes autoritarios de la Constitución, sino explica la *ratio* normativa de la Carta Fundamental chilena y la existencia de especiales mecanismos de tutela jurisdiccional a ciertos derechos.

Desde el punto de vista conceptual, algunos autores definen el OPE desde una perspectiva puramente normativa[863], aunque existen otros que se esfuerzan en dar una definición material que, considerando el aspecto normativo, no limitan el OPE a la pura positividad[864].

Económico, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, p. 49; STREETER PRIETO, J.: "El paradójico Orden Público Económico". En: *Revista de Derecho Económico*, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, p. 31; SANTA MARÍA DE LA VEGA, R.: "El Orden Económico". En: *Revista de Derecho Económico*, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, p. 18; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *op. cit.*, 386; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 58 – 62; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, p. 119; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, pp. 71 – 72.

[862] A modo de ejemplo pueden verse los trabajos de: AVILÉS HERNÁNDEZ, V.M.: "Orden Público Económico: noción crítica", *op. cit.*, pp. 334 – 335; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 67 – 73; GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.*, pp. 141 – 142. Aunque el trabajo más completo y sistemático es el realizado por MASBERNAT y HURTADO: MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 66, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 208 – 219.

[863] *Cf.* SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, pp. 119. 121; STREETER PRIETO, J.: "El paradójico Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 31; MONTT DUBOURNAIS, L.: "El Orden Público Económico y la Constitución", *op. cit.*, p. 49; GUERRERO, R.: "La Constitución Económica", *op. cit.*, p. 80. En el caso de LUZ BULNES, si bien no da una definición sobre la materia, su aproximación al fenómeno económico en la Constitución es puramente normativo: *Cf.* BULNES ALDUNATE, L.: "Visión académica de la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 90 – 93.

También alguna jurisprudencia recoge la definición del OPE desde una perspectiva formal y normativa. *Cf.* SCA (Santiago), rol 4013 – 95, de 25 de mayo de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 192, Legal Publishing, Santiago, 1996, considerando 5º, p. 30, que señala lo siguiente: "la garantía en comento forma parte del denominado "orden público económico" que ha sido definido 'como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución'". Igual cosa se puede apreciar en SCA (Santiago), rol 2762 – 91, de 15 de junio de 1992. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 144, Legalpublishing, Santiago, 1992, considerando 2º, p. 74.

[864] *Cf.* LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 58 – 62; SANTA MARÍA DE LA VEGA, R.: "El Orden Económico", *op. cit.*, pp. 9 – 16; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 76 – 78; VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la

Con todo, como señalé anteriormente no es tanto el concepto lo que nos ocupa, cuanto el contenido que esta corriente concede al OPE. Algunos comentarios se pueden hacer al respecto.

En primer lugar, no extraña la fuente filosófica de la cual beben y el axioma a partir del cual fundan sus razonamientos y conclusiones, que es de evidente influencia escolástica. Así, aparecen los conceptos de "orden", pero como lo entiende SANTO TOMÁS[865] o la primacía de la persona humana desde la misma perspectiva, lo que trae consigo una comprensión antropológica excesivamente individualista[866].

Sin embargo, la prevención anterior es adjetiva, ya que lo más relevante de la consideración neoliberal es la primacía del principio de subsidiariedad, entendido como Estado abstencionista, la sobrevaloración de la libertad de empresa y el derecho de propiedad y una interpretación rígida de la Constitución, por cuanto se acude permanentemente a la Comisión de Estudios para desentrañar el contenido de los preceptos, unido a un rechazo de la contingencia como criterio hermenéutico.

En el caso del principio de subsidiariedad, fueron revisados, en su momento, los supuestos en los que descansa la propuesta neoliberal chilena, por lo que sólo recordaré que su propuesta es la de un Estado abstencionista y de actuación mínima, con una maximización de los criterios mercantiles para interpretar y generar políticas públicas en todas las esferas de la realidad.

He señalado también que esta vertiente sobrevalora la libertad de empresa y el derecho de propiedad.

Constitución de 1980", *op. cit.,* 386; CEA EGAÑA, J.L., *Tratado de la Constitución de 1980*, *op. cit.,* p. 158; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.,* pp. 71 – 72; AVILÉS HERNÁNDEZ, V.M.: "Orden Público Económico: noción crítica", *op. cit.,* pp. 335 – 336. En el caso de YRARRÁZABAL, que también da una definición sobre la materia, la recoge directamente del civilista francés FARJAT: *Cf.* YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, A.: "Principios Económicos de la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 99 – 100.

[865] *Cf.* FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 76; SANTA MARÍA DE LA VEGA, R.: "El Orden Económico", *op. cit.,* p. 9. Conviene recordar que TOMÁS DE AQUINO entiende el orden como una correcta disposición de las cosas a un fin (*Cf.* AQUINO, T. DE, *Suma Teológica*, tomo VI (Tratado de la Ley en general), BAC, Madrid, 1956, I-IIae – q. 94, art. 2, pp. 129 – 130; art. 4, pp. 134 – 136).

[866] *Cf.* FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación", *op. cit.,* p. 158; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980", *op. cit.,* p. 64; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.,* p. 119; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.,* p. 62.

Ahora bien, aunque es discutible que me refiera al trabajo de la Comisión de Estudios para mostrar la interpretación que hace esta tendencia, lo hago porque es desde ahí desde donde se puede rastrear los orígenes de esta posición[867].

Ya en un Memorandum que dirige PINOCHET al Presidente de la Comisión se puede advertir la importancia que revisten esos derechos: "el derecho a la propiedad de los bienes de producción y la admisión de la libre iniciativa en el campo económico, deben regir como reglas generales, sólo sujetas a las excepciones que imponga la aplicación del ya mencionado principio de subsidiariedad"[868].

Asimismo, el tema del OPE la Comisión lo vincula al proceso de estatalización que vivió el país en el período previo al Golpe de Estado, lo que generó la disminución de la iniciativa privada por cuanto se esperaba del Estado la solución a los problemas[869]. Además, según BERTELSEN, la estatización dio lugar "a todo tipo de discriminaciones injustas en lo económico, tales como fijaciones arbitrarias de precios, aranceles

[867] Es problemática esta referencia ya que, por una parte existe el problema de la legitimidad de la Comisión, pero por otra, los autores que defienden esta orientación encuentran un fundamento a sus postulados en el trabajo realizado por la Comisión. Desde ya adelanto una opinión: fundar la interpretación de la Constitución en el trabajo de la Comisión genera reparos por su falta de legitimidad, pero también porque produce una rigidez normativa que no está abierta a la contingencia. Volveremos sobre este punto.

De hecho, son muchos los que acuden al trabajo de la Comisión para explicar el contenido del OPE. A modo de ejemplo, *Cf.* DOUGNAC RODRÍGUEZ, F.: "La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el 'Orden Público Económico'", *op. cit.*, pp. 8 – 9; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, p. 121; BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, pp. 120 – 121; FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación", *op. cit.*, pp. 157 – 158; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, p. 33; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, pp. 59 – 60; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 34 – 37. Y, aunque no lo podemos considerar como un representante de la corriente neoliberal, GUERRERO BECAR también acude al trabajo de la Comisión para explicar lo que en Chile se entiende por OPE (*Cf.* GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.*, p. 143).

[868] PINOCHET UGARTE, A.: "Antecedentes de la Constitución de 1980. Normas para la nueva Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 8, Nº 1 – 6, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1981, p. 142. Esta misma idea es recogida más recientemente por SOTO: *Cf.* SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, p. 121.

[869] *Cf.* BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 121.

diferenciados…, aparte de los problemas de pérdidas que sufrían las empresas estatales y que presionaban sobre el Estado en búsqueda de financiamiento"[870].

Además, como señalé anteriormente, el propósito refundacional de la dictadura militar se manifiesta con particular fuerza en esta esfera. Por lo mismo, no es extraño que GUERRERO señale que "cuando se habla de buscar la configuración de una nueva institucionalidad, se desea básicamente la preservación de una sociedad fundamentalmente libertaria"[871]. Incluso este autor señala expresamente cuáles son los pilares en los que debe descansar la nueva 'institucionalidad': el principio de libertad económica, el principio del derecho de propiedad privada de los medios de producción y de consumo, el principio de la acción subsidiaria del Estado, la necesidad de establecer normas que aseguren un adecuado control y limitación del gasto público y la independencia de la política monetaria[872].

Cercano a GUERRERO se presenta FERMANDOIS, quien ensaya no sólo una definición del OPE[873], sino que señala los elementos del mismo, similares a los propuestos por el autor anterior, pero agregando el principio de la no discriminación económica arbitraria, principio de la disciplina del gasto fiscal, principio de la reserva legal de la regulación económica y principio de la revisión judicial económica[874].

---

[870] *Ibíd.*, p. 121.

[871] GUERRERO, R.: "La Constitución Económica", *op. cit.*, p. 83.

[872] *Cf. Ibíd.*, pp. 84 – 91. Cito a este autor, porque participando como invitado en la Comisión de Estudios, tuvo enorme influencia en la configuración de la institucionalidad económica en la Constitución, lo mismo que en la consagración constitucional de la autonomía del Banco Central. Al mismo, tiempo, de su propuesta de contenido del OPE se advierte la influencia de la corriente monetarista.

[873] Este autor define al OPE como "el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana" (FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 72). Sin perjuicio de no compartir muchos de los postulados de este autor, valoro su trabajo, porque es la obra sistemática más completa que se ha escrito hasta el momento en Chile. El problema es que, como hemos visto y seguiremos viendo, bebe de un liberalismo radical y algunos de sus fundamentos parten de premisas autoritarias muy discutibles. Baste ver la definición propuesta para concluir cómo su modelo social es más propio de una cosmovisión medieval que moderna.

[874] *Cf. Ibíd.*, pp. 73 – 74. Sigue literalmente a FERMANDOIS, LÓPEZ MAGNASCO (*Cf.* LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, pp. 68 – 73.

Ambos autores, lo primero que destacan es el derecho de propiedad y la libertad de empresa e inmediatamente señalan la importancia del principio de subsidiariedad, unido todo a una propuesta de políticas de claro corte monetarista.

No postulan una jerarquía de principios, pero el desarrollo de esta sensibilidad para el derecho de propiedad se asocia al individualismo de las propuestas neoliberales pues, aunque en la Constitución chilena éste puede ser limitado por la función social que le corresponde, la función no tiene por finalidad la conquista de una mejora en la redistribución de los bienes sino que "comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental" (art. 19 Nº 24 inc. 2)[875].

Asimismo, y como tendremos ocasión de ver en el siguiente capítulo, tratándose de la libertad de iniciativa económica, la Constitución, si bien autoriza la actuación del Estado como empresario, establece una serie de requisitos que debe cumplir antes de asumir un rol empresarial, ya que su función "natural" es ser subsidiario. Y esta aproximación es explicitada por LARROULET pues afirma que "aquellos países que a través de sus instituciones estimularon la creatividad empresarial, la eficiencia, la estabilidad macroeconómica y la innovación, son los que a lo largo del tiempo presentan una mayor tasa de crecimiento del ingreso… nuestra Constitución recoge en forma apropiada este conocimiento a través de la Consagración Constitucional del respeto por el derecho de propiedad privada… asimismo consagra la libertad para desarrollar actividades económicas,… uno de los elementos claves que las nuevas teorías de crecimiento económico señalan como pilares para que una sociedad pueda desarrollarse"[876].

---

[875] La redacción actual es una manifiesta reacción a la regulación del derecho de propiedad en la Constitución chilena de 1925, que establecía que "la función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad *y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes*" (art. 10 Nº 10 inc. 2. La cursiva es mía). La norma así redactada es fruto de una reforma constitucional del año 1967, durante el gobierno de EDUARDO FREI MONTALVA.

[876] LARROULET VIGNAU, C.: "Visión Económica de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 95.

La influencia del monetarismo es evidente en este autor, y se advierte en la siguiente opinión: "otro aspecto fundamental de nuestra Constitución es su preocupación por la inflación y por el establecimiento de instituciones que la combatan como son las disposiciones que prohíben el financiamiento del déficit fiscal con crédito del Banco Central y la autonomía constitucional del Instituto emisor. Así la Constitución recoge un consenso muy amplio en la ciencia económica. Este consenso reconoce la necesidad de modernizar la institucionalidad monetaria para tratar de que ella no quede atrapada por el "ciclo político" que busca utilizar la política monetaria para producir un bienestar artificial que otorgue

Además, algunos representantes de esta corriente han postulado que la Constitución chilena es neutra y que no establece un modelo económico o un determinado tipo de política económica[877], por lo que la Constitución permite la implementación de diversos modelos, desde los más socializantes hasta los más liberales[878], porque de esa manera no se constitucionaliza un sistema económico determinado que puede llevar a una rigidez excesiva de la Carta Fundamental[879]. No obstante, esta afirmación es contradicha por la normativa constitucional y por la implementación fáctica de políticas públicas que gozan de la impronta de un monetarismo extremo, propio del modelo de economía de mercado pero en su más radical versión.

Por último, quisiera destacar dos aspectos de esta interpretación del OPE: el rechazo a la contingencia como criterio hermenéutico y su confusión con el concepto de Orden Público del derecho civil.

Sobre lo primero, nuevamente FERMANDOIS es quien nos ilumina. Dice este autor que "la contingencia es precisamente ajena al orden económico que llamaremos público, porque éste se basa en opciones permanentes y opciones axiológicas, que, recogidas primeramente en la Constitución, están destinadas a orientar el comportamiento de los agentes económicos en un marco integral único definido por el Constituyente"[880].

Se trata de una enérgica afirmación que produce enormes dificultades interpretativas. Al parecer, quiere defender el entramado político – económico institucionalizado por la dictadura militar y para ello, no sólo se funda en el trabajo de la

---

dividendos electorales de corto plazo. Como se ha comprobado empíricamente el resultado de ello es inflación y menor crecimiento económico" (*Ibíd.*, p. 95).

[877] *Cf.* GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico". En: Navarro Beltrán, E. (edit.), *Veinte años de la Constitución chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, p. 308; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 40; GUERRERO, R.: "La Constitución Económica", *op. cit.*, p. 83; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, *op. cit.*, p. 57.

[878] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 40.

[879] Esta opinión también es compartida por otros autores quienes, aunque moderan su temple neoliberal, no obstante no son partidarios de constitucionalizar un sistema económico: *Cf.* YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, A.: "Principios Económicos de la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 98; EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2004, p. 138.

[880] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 72.

Comisión de Estudios sino que pretende persuadirnos que el contenido del OPE ya fue fijado por el 'Constituyente', con una opción axiológica determinada y ciertos valores permanentes. Sin embargo, nada más ajeno a la realidad, porque por un lado son absolutamente discutibles y opinables todas y cada una de las opciones de la Comisión, que como he dicho reiteradamente, tiene un origen ilegítimo y, además, muchas de sus propuestas sociales se nutren de una visión restrictiva, y a veces incluso contraria a la realidad, pero por otro, en el derecho constitucional lo que está sucediendo en la actualidad es determinante para una correcta relación entre norma y realidad. Por ello, postulamos que la interpretación en esta rama del derecho más que originalista debe ser teleológica.

Finalmente, FERMANDOIS postula que la noción de OPE que se ha utilizado en Chile se basa en la noción del civilista francés GEORGES RIPERT, en cuanto a que el OPE consiste en un conjunto de regulaciones económicas cuyo objeto era limitar la autonomía de las personas[881] y que, por tanto, si eso es así, ya no puede ser aplicado a la realidad jurídica chilena desde la vigencia de la Constitución de 1980, no sólo porque el mismo pensamiento de RIPERT sobre la materia ha evolucionado hacia posiciones más liberales, sino porque si la noción de OPE está ligada a un Estado planificador e intervencionista de la economía, no puede subsistir en el marco de la actual Constitución, ya que esta Carta, habiendo elevado la libertad económica a rango constitucional, no tolera bajo su vigencia la idea riperana de OPE[882].

Mas, se incurre en un error conceptual al establecer una sinonimia, de filiación privatista francesa (Ripert, Farjat), entre Orden Público Económico y Constitución Económica, ya que se trata de dos órdenes distintos[883]. Y tiene el inconveniente de desdibujar parcialmente el análisis jurídico integral de estas normas, pues se observa esta temática sólo desde perspectiva del derecho privado, "considerando la intervención reguladora del Estado como una excepción calificada al orden natural impuesto de libre

[881] *Cf.* FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: auge y caída de una visión dirigista". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 32, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 7 – 18; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, pp. 51 – 57.

[882] *Cf.* FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: auge y caída de una visión dirigista", *op. cit.*, p. 18.

[883] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario". En: *Revista de derecho público*, Nº 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 344.

mercado, prejuzgando anticipandamente las conclusiones científicas acerca de la posición jurídica del Estado y sus agentes en el proceso económico"[884].

De ahí la necesidad que se nos impone de no confundir los conceptos y de promover una mirada a lo económico que está presente en la Constitución de modo abierto, que asuma la evolución social y que transparente la relación que existe entre las diversas cosmovisiones ideológicas, porque es razonable postular que una Constitución Económica no es neutra; siempre encuentra un fundamento, que puede ser más o menos amplio y que pueda permitir la convivencia de diferentes modelos económicos, no existiendo en estos rumbos 'asepsia" constitucional. Y eso es lo que trataremos a continuación.

2.2.2. La Constitución Económica: manifestación de opciones ideológicas con textura abierta.

A pesar de no establecer explícitamente un sistema o modelo económico, la Constitución chilena ha constitucionalizado la economía de mercado, lo cual es propio de las Constituciones contemporáneas. Por lo mismo, no hay un juicio negativo al respecto y se puede afirmar que la Constitución no es neutra en su apartado económico social. Esta opción, se ve reflejada en diversas disposiciones como son el establecimiento de la libertad de empresa como un derecho fundamental (art. 19 Nº 21), la no discriminación en materia económica (art. 19 Nº 22), la regulación del derecho de propiedad (art. 19 Nº 24) o la situación en que se encuentran, las materias que son objeto de ley y su proceso de formación, en que la Constitución "restringe la aplicación de instrumentos de política fiscal que su utilizan junto a políticas monetarias en una economía social de mercado, como es el manejo de impuestos y gastos sean corrientes o de transferencias, privilegiando el equilibrio fiscal y la estabilidad de la moneda"[885].

---

[884] FERRADA BÓRQUEZ, J.C.: "La Constitución de 1980. Algunas reflexiones críticas". En: *Revista de Derecho*, vol. XI, Universidad Austral, Valdivia, 2000, p. 49.

[885] GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.*, p. 147. Sobre este último punto, véanse en la Constitución los arts. 63 Nº 7 – 9 (materias de ley), art. 65 Nº 1 – 3 (procedimiento de formación de la ley) y art. 67 (Ley de Presupuesto).

Incluso este autor señala que "el 'triángulo mágico' que reconoce la Constitución, a un nivel de exégesis constitucional es: estabilidad de precios, equilibrio de la cuenta corriente fiscal y crecimiento económico. El elemento sacrificado es el pleno empleo, lo que no implica que no se logre, sino que no puede

Con todo, es necesario hacer presente algunas cuestiones en relación a esta materia.

Lo primero que quisiera enfatizar, para evitar equívocos, es que prefiero el término Constitución Económica al de OPE[886], en que aquella puede ser entendida desde una perspectiva formal o material, es decir, "un conjunto de normas iusfundamentales que consagran valores y principios que han de regir la actividad económica del Estado y de privados (formal); normas iusfundamentales que dan cuenta de una ideología constitucional cerrada o abierta ligada al sistema económico dominante (material). Lo anterior significa construir la categoría de Constitución Económica sobre la negación de la 'neutralidad ideológica' de la Constitución"[887]. Asimismo, debe existir temor a confesar el carácter ideológico de la Constitución, porque siempre estará presente esta situación, siendo natural que así sea en un sistema democrático, por la pluralidad de visiones que conviven en la sociedad, pero reconociendo que se trata de un concepto abierto y evolutivo que en ningún caso podrá ser rígido y hermético.

En el caso de la Constitución chilena, a pesar de la reforma del año 2005, en el plano económico social, persisten los paradigmas impuestos en la Carta de 1980, ya que aún se encuentran los componentes ideológicos de ese tiempo, originariamente autoritarios, neoliberales y iusnaturalistas, que apuntan a una refundación del capitalismo. Como señala ZUÑIGA, "el Constituyente originario proyecta una herencia

---

sacrificarse ni la estabilidad de precios ni el ajuste de la cuenta corriente para lograrlo… todas estas medidas se ajustan claramente al pensamiento monetarista" (*Ibíd.*, p. 155).

[886] Y digo para evitar equívocos, porque, como señala MARTÍN RETORTILLO, "toda actividad administrativa de intervención en la actividad económica privada se remite así, con una inequívoca idea de globalidad, al mantenimiento de lo que ese concepto representa: normal funcionamiento del sistema económico. El esquema responde a una manifiesta intencionalidad política: postular y defender, precisamente, un sistema económico apoyado en los principios de mercado que serán los que determinen el alcance y contenido del orden público económico. Un concepto que se formaliza, simplemente, mediante la extensión, casi sistemática, del tradicional de orden público al campo económico. Este planteamiento, con un significado marcadamente conceptual, se ha pretendido que sirviera de arranque en el intento de que el orden público económico constituyese núcleo de obligada referencia el torno al cual categorizar toda la actividad administrativa de ordenación de la actuación económica privada. El orden público económico, por tanto, como uno de los dos ejes sobre los que construir el propio sistema del Derecho Administrativo económico. Un intento, sin embargo, que no parece haya alcanzado mayor consistencia, ni efectividad. Y en ello, en cierto modo, por su propia innecesaridad. En el momento actual no parece que sea preciso buscar título de legitimación de la actividad ordenadora de la administración en el sistema económico señalado, como en otro tiempo lo fuera el concepto de orden público: aquél se deriva explícitamente, y de forma muy precisa, del sistema que en cada ordenamiento se deduce de la correspondiente Constitución Económica" (MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Editorial la Ley, Madrid, 1988, p. 185).

[887] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario", *op. cit.*, p. 339.

perdurable en lo económico – social, bajo un signo ideológico neoliberal, que es una Constitución Económica y una Constitución Social centradas en ciertos componentes torales… (siendo uno de ellos) el concepto restringido de Estado empresario del art. 19 Nº 21"[888].

Lo segundo es que la Constitución, si bien no explícitamente, consagra la economía de mercado como el sistema económico que impera en Chile, especialmente por la protección de la libertad de empresa, la estructura del derecho de propiedad, rol del Estado en la economía y principios de políticas monetaristas. La dificultad que se genera en este punto, no es tanto por el reconocimiento de la economía de mercado (muchas Constituciones contemporáneas así lo hacen), sino por la interpretación que se hace de la economía de mercado en su versión más liberal y, en consecuencia, con la mercantilización de las principales y más importantes esferas de la realidad, lo que incluye la sanidad, educación y seguridad social.

Puede ser que en Chile, la imposición de este modelo sea el resultado de una sobrerreacción a las políticas económicas que rigieron en Chile en las décadas de los sesenta y setenta, ya que se ha puesto el énfasis en que los buenos resultados económicos requieren simplemente de liberalización comercial, estabilidad económica y correcta fijación de precios, asumiendo que los mercados privados por sí solos distribuirán eficientemente los recursos, generando un fuerte y dinámico crecimiento, implicando esta visión una sobrevaloración de la capacidad de autoregulación de los mercados[889]. La situación normativa actual de la Constitución Económica chilena pone

[888] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 1, año 5, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2007, p. 357. Otros elementos torales que señala Zúñiga son "el reconocimiento y tutela extraordinaria de los derechos fundamentales de libertad civil en especial de alcance patrimonial y económico; débil reconocimiento de los derechos económicos y sociales; reconocimiento amplio de la autonomía técnica y patrimonial del Banco Central como organismo enderezado a la protección de cierto orden económico y modelo de desarrollo, y consagración de una regla de delimitación de lo público – privado como es el principio de subsidiariedad, que a pesar de ser un principio plurisignificativo, se impone con fuerza su acepción negativa o pasiva que retrae al Estado a funciones en la economía y sociedad civil mínimas" (*Ibíd.*, p. 357). En el mismo sentido *Cf.* VERGARA, P.: *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago 1985, pp. 270 – 271; FERRADA BÓRQUEZ, J.C.: "La Constitución de 1980. Algunas reflexiones críticas", *op. cit.*, p. 52; GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.*, pp. 154 – 155.

[889] *Cf.* ESTÉVEZ VALENCIA, J.: "Visión sobre la Constitución Económica". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 99; MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 209.

No extraña, entonces, que existan autores que para explicar el actual entramado constitucional, recurran a la historia económica previa para justificar la institucionalidad jurídica – económica que devino en Chile. Al respecto, *Cf.* CUEVAS FARREN, G.: "Protección Constitucional de la libertad económica. Notas y

el acento en que la función de lo colectivo y del Estado es asegurar que el interés privado se concrete en todos los individuos, creando las condiciones para que éstos se puedan desarrollar plenamente en lo material[890].

Sin embargo, es razonable postular que la Constitución Económica es una figura con un techo ideológico abierto, propio de un sistema democrático que se funda en acuerdos entre diversos que pueden fundar sus pretensiones en diferentes cosmovisiones. Por lo mismo, éste será un espacio "en que el elemento esencial es definir el "*mínimum* constitucional" de reglas y principios del sistema. Asimismo, entre la libertad económica y la intervención del Estado existe una amplia gama de políticas económicas concretas"[891].

Por tanto, se impone la necesidad de interpretar la Constitución en base a criterios teleológicos, que consideren el carácter evolutivo de la realidad social y comenzar a superar el mecanismo de acudir a las Actas de la Comisión de Estudios para comprender el significado de las disposiciones de la Constitución vigente. Como señalan MASBERNAT y HURTADO "el constante recurso a la CENC es inadecuado para el desarrollo dogmático, en la medida que concede valor *per se* a las opiniones de los Comisionados, sin ninguna evaluación crítica de ellas"[892].

Ahora bien, incluso desde una interpretación teleológica, la Constitución chilena al consagrar el sistema de mercado, presenta ciertos límites básicos, a pesar del legítimo y necesario reconocimiento de la pluralidad social, límites que son por exceso y por defecto. Por exceso, si la Constitución Económica es de techo ideológico abierto, no debería admitir un sistema de mercado puro, con una economía altamente liberalizada. Por defecto, no puede desnaturalizarse el mercado, de manera tal, que devenga en una economía planificada y centralizada. Hay intervención de los poderes

---

reflexiones". En: En: *Letras Jurídicas* (*Revista electrónica de Derecho)*, Nº 2, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2006, pp. 2 – 9. Disponible en internet: http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/02/GCF2006.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

[890] *Cf.* AVILÉS HERNÁNDEZ, V.M.: "Orden Público Económico: noción crítica", *op. cit.*, p. 338.

[891] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario", *op. cit.*, p. 343.

[892] MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 212. En todo caso, en esta investigación recurro permanentemente a las Actas de la Comisión, no tanto por encontrar una interpretación satisfactoria a las demandas de la Constitución, sino porque en ese trabajo encontramos la fuente de inspiración para muchas interpretaciones de la Constitución que persisten en la actualidad. No es que intente realizar una labor de deconstrucción, pero mi acercamiento a ellas es crítico.

públicos, pero el corazón del modelo descansa en la iniciativa privada. Como señala MARTÍN – RETORTILLO, si la Constitución consagra una economía de mercado, "en modo alguno caben en ella todas las opciones; no obstante, su aplicación práctica y su desarrollo es marcadamente flexible y puede presentar distintas y diferentes versiones"[893].

Como no me cuento entre los que sacralizan las bondades de la mercantilización del mundo de la vida, soy de los que considera que al Estado le corresponden ciertas actividades económicas, especialmente en función del respeto y promoción de los derechos sociales y de la superación de la pobreza, ya que, "aun cuando la economía de mercado funcione adecuadamente, nada garantiza que la distribución del Ingreso resulte socialmente aceptable… por ello el Estado interviene para redistribuir ingresos y oportunidades, corrigiendo con ello, los efectos deseados del mercado"[894].

Por ello es necesario afirmar que el Estado no puede desentenderse de ciertas necesidades sociales, que dejadas al libre arbitrio de la iniciativa privada, tal vez no llegarían nunca a satisfacerse en plenitud. Al efecto, DE JUAN distingue tres tipos de bienes: bienes públicos *stricto sensu*, bienes comunitarios y bienes privados, cada uno de los cuales está ligado a un tipo específico de necesidad social[895].

Son bienes públicos en sentido estricto, "aquellos cuya naturaleza intrínseca impide que sean producidos por la iniciativa privada y prestados en el mercado a cambio de precio"[896], *V.g.* defensa nacional, orden público interno, relaciones internacionales o administración de justicia.

Son bienes privados, aquellos en los que no existen impedimentos técnicos a su producción y prestación por el sector privado, sin embargo, la participación del sector

---

[893] MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico, op. cit.,* p. 72.

[894] LANDERRETCHE, O.: "Notas sobre el rol del Estado en la Economía". En: *La Revista de Derecho*, Nº 4, Universidad Central, Santiago, 2003, p. 197. Funda su afirmación este autor, economista de profesión en que "los mercados operan sobre la base de los recursos con que cada actor cuenta para incidir en ellos. Si la distribución es muy desigual y ella afecta significativamente las oportunidades del progreso individual, es muy probable que la desigualdad se mantenga y que sectores importantes de la población permanezcan en una condición socialmente inaceptable, desaprovechándose su potencial productivo y ciudadano y reduciéndose su contribución al desarrollo nacional" (*Ibíd.,* p. 155).

[895] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española, op. cit.,* p. 104.

[896] *Ibíd.,* p. 104.

público en esta esfera se puede justificar por su incidencia en la economía general, *V.g.* ciertos sectores industriales estratégicos[897].

Son bienes comunitarios, aquellos que satisfacen necesidades del individuo pero al mismo tiempo necesidades de la comunidad como grupo social, como son la educación, la sanidad y la seguridad social, ya que todos desean dichos bienes y servicios y parecería una injusticia social que una persona se viera privado de ellos por falta de medios materiales. De las tres categorías descritas ésta es la que conecta más directamente con los valores sociales[898] y aquí es donde debe centrar la mayor cantidad de esfuerzos la actividad estatal, porque en esta esfera se juegan las condiciones de igualdad y dignidad de las personas. Es cierto también que la materialización de estos derechos supone un alto costo económico para el Estado, mas, ésta debiera ser la esfera central de su actuar en la economía.

Chile es ejemplo paradigmático de cómo las políticas neoliberales se introdujeron en todas las áreas, siendo la educación, seguridad social y sanidad – y añadiría el transporte público – ejemplos de cómo los criterios mercantiles pueden colonizar estas áreas. Sin embargo, su implementación han supuesto un elevado coste social, especialmente en la década de los ochenta, y los resultados de esas políticas han permitido una diferencia cada vez más acentuada entre los sectores sociales más acomodados y los menos aventajados.

No voy a entrar en los detalles de estas áreas, pero vaya a continuación una breve y ligera explicación sobre la materia.

En Chile, en materia de Seguridad Social, se debe distinguir entre la cotización a efectos de la jubilación y la cotización en relación a la protección a la salud.

En cuanto a lo primero, existe un sistema de capitalización individual, en que cada cotizante va formando un fondo que se restituye al finalizar su etapa cómo trabajador activo. Pero, si el fondo se acaba y no se hizo una correcta proyección de los ingresos, el pensionista se queda sin pensión, debiendo acudir a la pensión mínima garantizada por el Estado. Además, las AFP son S.A., que administran el capital, en ocasiones en enormes operaciones especulativas, además de cobrar una comisión por el "servicio" prestado. Con el tiempo, el sistema fue mostrando debilidades, entre las que se incluyen la desprotección de aquellos que no pueden cotizar por inestabilidad laboral,

[897] *Cf. Ibíd.,* p. 105.

[898] *Cf. Ibíd.,* pp. 105 – 106.

la no incorporación de los trabajadores autónomos, desigualdades de género (especialmente la incorporación del trabajo informal de la mujer en el hogar), falta de competencia y control de calidad de las AFP, entre otras.

La primera modificación sustantiva a este sistema se efectuó en 2008, otorgando beneficios más bien asistenciales (pero no menos importantes) a los sectores más vulnerables – personas pobres y mujeres – lo que ha significado atenuar los efectos de un modelo "salvaje"[899].

En cuanto a lo segundo, la cotización en materia de salud se basa en un sistema de contratación que tiene como modelo la figura del seguro, ya que el afiliado transfiere sus riesgos a una Isapre – o al Fondo estatal – a cambio de una prima y, como todo sistema de seguros, considera factores de riesgo. Llamo la atención que este sistema es ajeno al principio de solidaridad.

Este modelo presenta varias dificultades. Por de pronto, el servicio es prestado por S.A. con fines de lucro, por lo que deben tratar de maximizar los beneficios y controlar los gastos. De ahí que es frecuente el conflicto entre afiliado e Isapre frente a la baja laboral, en que muchas veces éstas tienden a rechazar la baja para no pagar al beneficiario, debiendo resolver la Superintendencia de Isapres. Asimismo, está la configuración de las tablas de riesgo, en que a mayor riesgo, más alta la prima, constituyendo los más importantes riesgos ciertos hechos propios de la naturaleza: niñez, maternidad y vejez.

Durante el segundo semestre de 2010 se resolvió por el TC un problema de constitucionalidad sustantiva en relación al artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que establece las llamadas "tablas de factores", mecanismo por el cual las aseguradoras pueden subir los precios de los planes de salud fundadas en factores de sexo o edad, disposición que fue declarada en parte inconstitucional, luego de realizar un análisis comparativo con el sistema de protección de los derechos fundamentales[900].

---

[899] *Cf.* Ley 20.255, establece reforma previsional, *Diario Oficial*, Nº 39.014, Santiago, 17 de marzo de 2008.

[900] *Cf.* Ley 18.933, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el DFL Nº 3, de salud, de 1981, *Diario Oficial*, Nº 33.616, Santiago, 9 de marzo de 1990.

En Chile, en el año 2008, por primera vez existe un pronunciamiento sustantivo por parte del TC en materia de derechos sociales y es, precisamente, a propósito de art. 38 ter de la referida ley (*Cf.* STCCh rol 976 – 07). Y en cuanto a comentarios sobre la sentencia, *Cf.* ZÚÑIGA URBINA. F.: "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales". En: *Revista de Derecho*, Nº 20, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2008, pp. 91 – 109; ZÚÑIGA URBINA. F.: "Comentario

En el caso del sistema educativo, la Constitución chilena consagra el derecho a la educación (art. 19 Nº 10) y la libertad de enseñanza (art. 19 Nº11), gozando el segundo de protección reforzada mediante el recurso de protección (art. 20).

Históricamente, en Chile ha existido un modelo educacional mixto, de educación privada, concertada y estatal, sin embargo, desde la década de los ochenta en adelante se ha favorecido la descentralización del sistema educativo, facilitando que los centros privados puedan prestar servicios educativos, contando para ello con subvenciones del Estado. Efectos de esta política han sido la disminución considerable en la calidad de la educación ofrecida por el Estado, tanto por falta de inversión pública como por ausencia de eficaces mecanismos de control de calidad. Y la educación concertada, salvo contadas excepciones, no se ha caracterizado por un rendimiento de excelencia; sólo el sistema educativo privado, que atiende al 10% de los niños en edad escolar, presenta indicadores satisfactorios de calidad. La abstención del Estado en esta materia ha hecho que generaciones completas de jóvenes, no sólo no tengan ninguna posibilidad de acceso a estudios técnico – universitarios, sino que ha consolidado la diferencia de clases y no ha favorecido el desarrollo del capital cultural de los más pobres[901].

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-07 de fecha 26 de junio de 2008", *op. cit.*, pp. 319 – 321; JORDÁN DÍAZ, T.: "Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 976/2008", *op. cit.*, pp. 263 – 274; MARTÍNEZ ESTAY, J.I.: "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, pp. 275 – 290; VIERA ÁLVAREZ, C.: "La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno", *op. cit.*, pp. 299 – 303.

Una opinión crítica pero lúcida sobre este punto la expone HERRERA: "las Isapres, dado que pueden cobrar más del 7% (de la remuneración del trabajador) y pueden elegir a las personas que aseguran, desarrollan un fenómeno denominado "*descreme*", el cual es un nombre rimbombante para referirse a la selección de riesgos que realizan. En términos prácticos, esto quiere decir que seleccionan a las personas con menor riesgo de enfermar para que así todo lo que coticen sus afiliados sea utilizado lo menos posible por ellos y terminen en ganancias para ellas. En cambio, en Fonasa los cotizantes entregan su 7% que entra a un pool que redistribuye estos fondos y los suma a los subsidios entregados por el Estado para financiar la atención de todos sus beneficiarios, los que corresponden a la población de mayor riesgo en el país. Debido a esto, en las Isapres se concentra poco más del 16% de los chilenos más ricos, jóvenes y sanos en quienes se ocupa casi un 50% del gasto en salud del país, mientras que los que tienen las características contrarias (o sea, mayor riesgo y costos por su Salud) están mayoritariamente en Fonasa, correspondiendo a más del 73% de la población alcanzando a ocupar un poco más del 50% del gasto en salud. En resumen, el sistema de aseguramiento está fragmentado y muestra una gran (e impresentable) inequidad en la distribución de los recursos" (HERRERA, C.: "Tabla de Factores de las Isapres: el síntoma de una enfermedad mayor". En: *El quinto poder*, Santiago, 19 de junio de 2010. Disponible en internet: http://www.elquintopoder.cl/fdd/web/salud/opinion/-/blogs/tabla-de-factores-de-las-isapres:-el-sintoma-de-una-enfermedad-mayor, [citado 30 Noviembre 2010].

[901] Estas diferencias persisten dramáticamente hasta el día de hoy y los indicadores de medición de calidad dan cuenta de ello. Al respecto, *Cf.* MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Resultados Nacionales SIMCE*, Unidad de Curriculum y Evaluación (UCE), Santiago, 2010; DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN,

Estos ejemplos permiten ilustrar la materialización en Chile de los postulados neoliberales en áreas tan sensibles para el desarrollo humano. A pesar de las reformas legales que se han introducido, los fundamentos siguen siendo los mismos, por lo que las modificaciones, a pesar de atemperar la radicalidad del modelo original, no han permitido un cambio sustantivo del paradigma neoliberal.

Con todo, en el caso de la Constitución Económica chilena, es posible y razonable postular una interpretación distinta a la hermenéutica originalista, sin que esta postura implique una modificación constitucional ni siquiera una mutación de la misma, ya que es el método interpretativo quien lo autoriza, que en este caso es teleológico – evolutivo.

Por de pronto, es posible afirmar que la Constitución Económica no es un concepto neutro, sino que se funda en una teoría política, que su orientación responde a una visión del mundo y la sociedad de la comunidad política en un momento determinado. Ahora bien, aunque la Constitución chilena establece una economía de mercado, su concreción "dentro de ese marco, admite variables, que en cada momento se concretan conforme a la 'ideología' económica de los distintos y sucesivos detentadores del poder"[902].

Asimismo, aunque la Constitución Económica se relaciona con la Constitución, no se agota su entendimiento en la pura positividad de sus normas, ya que también en la Carta Fundamental es posible encontrar la consagración de valores y principios, *V.g.* la promoción de los derechos sociales (muchos de ellos establecidos en el art. 19), asociados a la dignidad de la persona (art. 5), el bien común como un fin del Estado, o la primacía de la persona humana, pero entendida como una conquista propia de la época moderna, que implica emancipación de figuras autoritarias, y que, al mismo tiempo, reclama la protección del individuo.

Además, el concepto de Constitución Económica es contingente y se desarrolla bajo un lenguaje equívoco. La imposibilidad de predicar certeza y estabilidad de su significación axiológica no implica su inutilidad, puesto que se puede reorientar su comprensión hacia principios alternativos mediante una labor interpretativa[903]. Y en esta

---

MEDICIÓN Y REGISTRO EDUCACIONAL, *Compendio Estadístico. Proceso de admisión año académico 2010*, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

[902] MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico, op. cit.,* p. 72.

[903] *Cf.* PEREIRA FREDES, E.: "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización". En: *Derecho y Humanidades*, Nº 13, Universidad de Chile, Santiago, 2008, p. 170.

labor a los jueces les corresponde una función que puede implicar que, en ocasiones, se encuentren en la frontera para reconducir la interpretación considerando la apertura conceptual y la natural evolución de la sociedad[904].

Por último, en Chile se debe avanzar hacia una definición expresa de la sociabilidad del Estado, en que la fórmula Estado social cumple una función hermenéutica que permite la comprensión y actualización de los postulados del Estado.

La cláusula del Estado social, si llegase a figurar expresamente en la Constitución chilena, excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, lo que supone "adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos a las posibilidades reales de cada sector de la sociedad, reforzando, sí, unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados, pero también restringiendo otras el alcance el alcance de esos derechos (función social de la propiedad…) en razón de la posición social prevalente de sus titulares"[905].

Si la Constitución llegase a afirmar que el Estado de Chile es un Estado social (y no sólo democrático, como en la actualidad establece el art. 4), una definición de esa naturaleza no estará ahí de modo estático. "Una Constitución se está haciendo, y rehaciendo, continuamente, conservando su misma estructura formal sin necesidad de reformarla de acuerdo con los preceptos específicos que controlan su revisión. Una Constitución viva se autorrealiza, se integra, se transforma a sí misma y transforma la realidad social"[906].

La apertura de los conceptos constitucionales unida a una lectura dinámica de la sociedad y la Constitución, permite que la interpretación pueda ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas y evitar el peligro de una petrificación del derecho, peligro latente y del que no pocas veces pecan los sistemas. Que la realidad social va cambiando no es un descubrimiento copernicano. La dificultad

[904] Y algo de eso se está observando en Chile con la interpretación que está realizando el TC a propósito de la ley de Isapres. En la sentencia del TC se advierte que el respeto y promoción de los derechos sociales configuran un criterio hermenéutico vinculante para la generación de políticas públicas – y también para la elaboración de leyes – en áreas sensible para un mejor desarrollo humano, especialmente de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

[905] GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, op. cit.*, p. 102.

[906] LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.,* p. 156. Esta misma idea es defendida por DÍAZ REVORIO, *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, *op. cit.,* pp. 128 – 132.

estriba en una lectura adecuada de la realidad y de la necesaria adaptación a los tiempos nuevos.

Ahora bien, aunque se trata de criterios interpretativos que se encuentran en el Código Civil español, resulta ilustrativa la disposición establecida en su art. 3.1 que señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Quisiera detenerme especialmente en el criterio referido 'a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas'. En palabras de DIEZ – PICAZO, de lo que se trata es de que "la aplicación de la ley no vaya contra la realidad social en el tiempo en que se efectúa, que puede ser distinta de la que existía cuando se promulgó"[907], y la realidad que va cambiando está relacionada con paradigmas de diversa naturaleza, que son "factores políticos, sociales, económicos, culturales, estados de conciencia u opinión pública, y convicciones y creencias imperantes en un momento dado en determinada sociedad"[908]. Por ello, la norma se relativiza desde la perspectiva de la evolución social, porque efectivamente se puede producir un desajuste entre norma y realidad.

En todo caso, lo anterior no supone una modificación o inaplicación de las normas legales, sino que es una actualización hasta donde lo permita el contenido del texto, advirtiendo que su utilización precisa mucha prudencia porque está latente el peligro de la arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la conciencia moral de un pueblo, sin embargo, cuando se trata de esferas de la realidad más nebulosas o en vías de formación, el 'tanteo' de parte del intérprete es más libre[909].

Con todo, lo que quiero recoger para este trabajo es que en España, y aún cuando las normas de interpretación están en el Código Civil, el sistema de interpretación en su conjunto reconoce que la realidad social condiciona o puede

[907] DIEZ – PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, p. 170. También puede verse GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Comentarios al art. 3 del Código Civil". En: SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 369 – 378.

[908] *Ibíd*., p. 170.

[909] *Cf. Ibíd*., pp. 170 – 171.

condicionar la comprensión de una norma legal, lo cual favorece una mayor libertad hermenéutica, a fin de no quedar atrapados por la intención original o la literalidad de las palabras.

Por ello, resulta razonable postular que el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad. No es inocuo plantear un determinado modelo de interpretación sobre otro. Si bebemos de una fuente flexible, las cláusulas abiertas pueden ser determinadas evolutivamente en su contenido material, pero, si nuestra fuente es restringida, quedamos atrapados por la tradición y el momento inicial del pacto, por más razonable que sea y no es posible, por la *original intent* o la buena fe, superar criterios que tácitamente pueden estar siendo superados por la realidad. Y esto es lo que ocurre en materia de conceptualización de las cláusulas económicas de la Constitución chilena, siendo necesario interpretar esta problemática con criterios amplios, extensivos y abiertos a la constante evolución de la sociedad.

CAPÍTULO VI: LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA: ANÁLISIS DEL ART. 19 Nº 21 DE LA CONSTITUCIÓN.

El presente capítulo aborda la libertad de empresa en la Constitución chilena. Es evidente la influencia del neoliberalismo y el monetarismo en la interpretación de este derecho fundamental, sin embargo, como esa presencia se advierte a lo largo de toda la Constitución Económica, no será objeto de análisis particular en este apartado. Lo que importa principalmente es desentrañar su contenido, operatividad y cómo ha sido entendido por la jurisprudencia chilena.

Advierto, desde ya, que a pesar de esforzarme en un análisis normativo, el establecimiento de este derecho no supone indiferencia o neutralidad ideológica, por lo que permanentemente trataré de señalar cómo se advierte esa influencia, sin que ello signifique un análisis sustantivo de la ideología que corresponda, pues ya se ha dicho bastante al respecto en otros lugares de este trabajo.

1. Breve referencia a la historia de la redacción de la norma en la Comisión de Estudios.

Una prevención. A lo largo de todo este trabajo he manifestado críticas al trabajo de la Comisión de Estudios, tanto por el contenido de los postulados que ahí se defienden, que son discutibles, como porque gran parte de la doctrina constitucional chilena le ha otorgado a ese trabajo una gran relevancia en el desarrollo de los temas tratados por la Comisión Constitucional, como si se tratara del criterio hermenéutico de la mayor importancia[910]. Sin perjuicio que, de un tiempo a esta parte, surjan voces

[910] Sólo a propósito de la libertad de empresa, a modo de ejemplo se puede consultar: GUERRERO BECAR, J.L., *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980*, *op. cit.*, pp. 132 – 133; BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 120 – 123; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 33 – 37; NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad *op. cit.*, pp. 368 – 371; NAVARRO BELTRÁN, E.: "La libertad económica y su protección *op. cit.*, pp. 299 – 300; NAVARRO BELTRÁN, E.: "Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica". En: *Revista chilena de Derecho*, Número especial, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 185 – 187; BULNES ALDUNATE, L.: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 37 – 38, Universidad de Chile, Santiago, 1985, pp. 149 – 156; FELIÚ SEGOVIA, O.: "El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 1, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2000, pp. 71 – 73; BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia". En: *Revista de Derecho de la empresa*, Nº 4, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2005, p. 126, en nota 4; GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico, *op. cit.*, pp. 317 – 318; NIÑO PARADA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, *op. cit.*, pp. 96 – 105; EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo III, *op. cit.*, pp. 141. 153 – 170; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana *op. cit.*, pp. 122 – 125; DOUGNAC RODRÍGUEZ, F.: "La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el 'Orden Público Económico'". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 68, Editorial Jurídica Ediar – Conosur, Santiago,

críticas a ese proceder, recojo la historia de la libertad de empresa en la Comisión, no por su relevancia para una interpretación de la Carta Fundamental, sino porque el art. 19 Nº 21 de la Constitución no ha sido reformado en los más de treinta años de vigencia de la Carta chilena.

Por lo mismo, ante su petrificación, urge conocer las razones que en su momento se consideraron para establecer este derecho, puesto que esa razonabilidad ha sido de capital importancia en la interpretación que a lo largo de la historia se ha dado a la libertad de empresa, aunque deje constancia de mis reservas sobre ese proceder, tanto desde la perspectiva de una legitimidad de la Comisión, como porque el resultado de su trabajo no es reflejo de un procedimiento razonable, plural y deliberativo.

Como he señalado, el propósito del gobierno de facto que se instala en el poder en 1973 presidido por los militares, es refundar una nueva institucionalidad[911] y eso se advierte tempranamente en el trabajo de la Comisión de Estudios (Comisión en adelante). En las Metas u Objetivos Fundamentales para la nueva Constitución Política de la República, se establecen las Bases para el desarrollo económico. Dice el Nº 13 que "es condición especial para el desarrollo económico del país que su sistema jurídico dé confianza a la creación, al trabajo y a la inversión privados y que garantice los frutos legítimos que de ellos provengan"[912]. De ahí la capital importancia que reviste la iniciativa particular en materia económica, por lo que se deberá estimular "la iniciativa creadora de los particulares"[913].

El énfasis en el despliegue de la iniciativa particular es una reacción a la percepción que tenían los comisionados sobre los resultados de la economía chilena, pues, a su entender el nefasto desarrollo económico en los últimos años, fue producido por la demagogia y la insuficiencia del sistema político institucional[914]. Para lograr la

---

1986, pp. 8 – 9; FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación *op. cit.*, pp. 159 – 161.

[911] *Cf.* Capítulo IV, 1.3., "La problemática cuestión de la legitimidad de la Constitución chilena".

[912] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 18ª, Santiago, 22 de noviembre de 1973, p. 31.

[913] *Ibíd.*, p. 31.

[914] "La demagogia política que imperara en Chile en los últimos 40 años significó graves consecuencias para la economía del país, las que hemos necesariamente debido tener presente, ahora que se construye una nueva y vigorosa democracia. Nadie puede pensar que el colapso que sufriera la nación en los años 70 a 73 se debiera a un hecho accidental. Ello fue el resultado necesario de un proceso incubado mucho antes y que se fue agravando con el transcurso del tiempo, como consecuencia del desenfreno de la

primacía de la libertad empresarial, la Comisión propone el incentivo de la iniciativa privada y evitar la proliferación de las empresas del Estado. De ahí que se contemple "un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así"[915].

Ahora bien, la consagración constitucional de la libertad de empresa, o derecho a la libre iniciativa económica como suele llamarse en el derecho chileno, se debe al aporte del comisionado RAÚL BERTELSEN, con el complemento de la referencia al principio de subsidiariedad realizada por JAIME GUZMÁN[916].

Propone BERTELSEN que se debe considerar un número dentro del capítulo de las garantías constitucionales que "como proyección de la libertad personal, asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo. Lo anterior es necesario por la circunstancia de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado de forma más o menos sistemática"[917]. Es claro este comisionado al señalar que la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas debe ir acompañada

---

demagogia hasta llevar al país al desastre moral, político, social - económico. El hecho de que la Nación viviera durante casi cuatro décadas con una inflación crónica, que su desarrollo económico fuere insuficiente, y otros males, en gran parte, tuvieron su origen en el sistema político institucional que hacía posible los desenfrenos referidos. Consecuencia de esta demagogia fue la estabilización cada vez mayor del país y con ello el aumento considerable del gasto público y de la tributación. La iniciativa privada fue reduciéndose cada vez más, en términos que se fue haciendo una costumbre, casi generalizada, la de esperar del Estado la solución de todos los problemas, política que a la larga tenía que sucumbir. De esta manera el Estado, fue creciendo desmesuradamente al asumir una serie de actividades, que dentro del correcto y sano principio de la subsidiariedad, debían ser del resorte de los particulares. Pero este crecimiento a través de la proliferación de innumerables organismos y empresas del Estado, cuya creación no se justificaba, era el precio que la demagogia debía pagar por los servicios políticos y electorales; precio que resultaba muy caro para el país, ya que la inmensa mayoría de estas empresas eran ineficientes y creaban graves problemas de financiamiento, que en definitiva significaban recurrir al endeudamiento del Estado y comprometer su responsabilidad financiera" (MEMO DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Santiago, 16 de agosto de 1978, Nº 17, párrafos 1 – 9. Disponible en internet: http://www.fundacionpinochet.cl/1024_768.html, [citado 30 Noviembre 2010].

[915] MEMO DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, *op. cit.*, Nº 17, letra a), párrafo 1º. Es más, agrega que el Estado "sólo por excepción podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares" (*Ibíd.*, Nº 17, letra a), párrafo 2º).

[916] *Cf.* EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo III, *op. cit.*, p. 152.

[917] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 388ª, Santiago, 27 de junio de 1978, p. 2905.

necesariamente de una prohibición para el Estado para acometer empresas, actividad que sólo podrá realizar de manera excepcional[918].

Esta idea es reforzada por GUZMÁN, quien estima indispensable consagrar constitucionalmente la iniciativa particular en materia económica, pero no sólo eso sino que además se debe "preceptuar en forma más o menos explícita el carácter subsidiario de la acción del Estado"[919].

En cuanto a la redacción propiamente tal del art. 19 Nº 21 de la Constitución, se presentaron algunos inconvenientes de carácter formal, a saber, de qué tipo de actividad se trata, quiénes la pueden acometer, las limitaciones a este derecho y, en el evento que el Estado actúe como empresario, qué tipo de ley le autoriza a hacerlo. Además, se deja expresa constancia de la igualdad que existe entre particulares y el Estado, cuando este último actúa como empresario. Abordaré brevemente estas cuestiones para dar cuenta de cómo se llegó a la redacción final.

La propuesta original señalaba que "toda persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad ya sea en forma individual o a través de una empresa que organice o adquiera, sin más limitaciones que aquellas que imponga la ley en razón de la moral, las buenas costumbres, el orden y la salubridad pública"[920].

¿A qué tipo de actividades se refiere esta norma? Sobre el punto, BERTELSEN señala que se trata de actividades económicas, "ya que para otro tipo de actividades ya se ha hecho una consagración específica en la Carta Fundamental"[921], opinión que es compartida por el resto de los miembros de la Comisión.

Por lo visto, la propuesta original distinguía que el derecho para desarrollar actividades económicas correspondía al individuo o a la empresa. Resulta problemática y polémica esta redacción, ya que para algunos no es clara la distinción entre las personas físicas y jurídicas (GUZMÁN), en cambio para otros es fundamental mantener la diferencia, habida cuenta que en Chile en su momento fueron prohibidas cierto tipo de

[918] *Ibíd.,* p. 2917.

[919] *Ibíd.,* p. 2905. Expresamente GUZMÁN adhiere a la propuesta de BERTELSEN, pero agrega que esta norma debe estar asociada directamente con el derecho de propiedad: "También considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto incorporar en el Capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho a la propiedad privada sobre toda clase de bienes" (*Ibíd.,* p. 2905).

[920] *Ibíd.,* p. 2907.

[921] *Ibíd.,* p. 2908.

sociedades, como las sociedades anónimas agrarias (BERTELSEN)[922]. La dificultad es resuelta por ORTÚZAR quien señala que no debería existir inconveniente en eliminar la palabra "empresa" toda vez que la Constitución consagra el derecho de asociación, sin perjuicio que para evitar equívocos, propone utilizar la palabra asociada[923].

Para el caso de las limitaciones, se nombran una serie de cláusulas abiertas, entre las que destaca la de "buenas costumbres". Sin perjuicio de que todas ellas presentan dificultades para su interpretación, por su carácter contingente, apertura, indeterminación y condicionamiento espacio – temporal, en el caso concreto de las buenas costumbres, señalan los miembros de la Comisión que la Constitución, en esta etapa de su redacción, ha evitado permanentemente la referencia a esa cláusula, manteniendo únicamente la "moral" en la mayor parte de los derechos fundamentales[924]. A pesar de lo rotundo del descarte de las buenas costumbres, el debate en el interior de la Comisión no fue más allá de lo que he recogido. El problema es que las otras cláusulas son tan complejas como la eliminada y no se logra comprender las razones del por qué se mantienen algunas en desmedros de otras.

Tratándose del Estado empresario, he señalado la afirmación de BERTELSEN que era de la opinión de prohibir, por principio, la actividad empresarial del Estado. GUZMÁN matiza esta radical afirmación, ya que es necesario realizar una distinción entre el rol subsidiario que le cabe al Estado de aquellas actividades que le son propias, por tanto "se opone a decir que el Estado no pueda desarrollar actividades económicas"[925]. Sobre lo mismo, ORTÚZAR, defendiendo la garantía de la libre

[922] *Cf. Ibíd.*, p. 2908.

[923] *Cf. Ibíd.*, p. 2909. Finalmente el proyecto, tras pasar por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno eliminó la palabra asociada, tal vez porque los derechos fundamentales pertenecen a las personas sin distinción de su estatuto jurídico. Pero ésta es una suposición, ya que no contamos con documentos suficientes que reflejen el trabajo al interior de ambos órganos, como sí ocurre en el caso de la Comisión de Estudios.

[924] *Cf. Ibíd.*, p. 2910.

[925] *Ibíd.*, p. 2918. La opinión de GUZMÁN es la que sigue: "El señor GUZMÁN concuerda 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 la subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí solos… 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 que dice relación a su calidad de gerente del bien común – con facultades que incluyen regulación, control, orientación, estímulo, etcétera – y, la otra, que emprende de manera subsidiaria y que implica aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que cumplen pese al apoyo prestado por el Estado, y que son necesarias para el país o pertenecen al campo del bien común" (*Ibíd.*, p. 2918).

iniciativa de los particulares, llegado el momento del análisis del rol del Estado en la economía propone una distinción entre una 'actividad económica' y una 'función económica' del Estado, en que esta última "es ajena a la participación del Estado en actividades industriales o comerciales"[926].

Por ello, en el precepto relativo al Estado empresario debería existir una referencia a la actividad empresarial del Estado "al establecer la excepción que afiance el principio de subsidiariedad y lo delimite con más claridad… cuando se habla específicamente de 'actividades empresariales', se está perfilando con más nitidez a qué actividad económica se hace referencia en el inciso primero y cuál tipo no puede el Estado ejercer sino por razón subsidiaria"[927].

Por tanto, se aprueba un inciso en relación a la actividad empresarial del Estado: "Sin embargo, el Estado podrá desarrollar o participar en actividades económicas empresariales cuando una ley así lo autorice"[928].

Además, es importante señalar que los comisionados dejaron expresa constancia de la igualdad en el trato entre particulares y Estado empresario, cuestión fundamental para la marcha de una economía competitiva, lo cual finalmente se consagra en un inciso de la norma que estamos analizando: "El Estado, en su actividad empresarial, recibirá el mismo trato que los particulares"[929].

---

[926] *Ibíd.*, p. 2919.

[927] *Ibíd.*, p. 2919.

[928] *Ibíd.*, p. 2920. En definitiva, el texto aprobado en el Anteproyecto de Constitución señalaba que "el Estado podrá desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo cuando una ley de quórum calificado así lo autorice y, en tal caso, ellas estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares" (NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 36).

[929] REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 389ª, Santiago, 27 de junio de 1978, p. 2940. Este mismo postulado se encuentra presente en otras sesiones, *V.g.* "El señor De Castro (Ministro de Hacienda) manifiesta que un principio fundamental es que el Estado sea subsidiario, por lo cual no cree que esto se pueda lograr si no existe un trato absolutamente igualitario para el Estado y las empresas privadas" (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 393ª, Santiago, 4 de julio, p. 3008); "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" (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 398ª, Santiago, 11 de julio de 1978, p. 3109). El texto aprobado en el Anteproyecto así lo recoge: "ellas (las actividades económicas del Estado) estarán sometidas a la legislación común que rija este tipo de actividades para los particulares" (NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 36).

Finalmente, quisiera realizar algunos comentarios a propósito de la historia de este precepto en la Comisión.

Lo primero es destacar el importante rol que les cabe a los comisionados BERTELSEN y GUZMÁN. Son ellos los principales promotores de la consagración constitucional de la libertad de empresa en Chile. Y aunque no se advierten tensiones significativas, el precepto es fruto del diálogo sobre los matices – principalmente formales – entre estos dos comisionados.

En segundo lugar, la discusión sobre la libre empresa es principalmente adjetiva y en base a postulados imperativos. Se percibe escaso debate sustantivo y, en el evento que sean recogidas las tensiones, éstas son fundamentalmente formales. Por ejemplo, se parte de la premisa de un principio de subsidiariedad de Estado abstencionista. Es cierto, ese principio es trabajado en otra sesión, pero, por lo visto en el capítulo anterior, el principio de subsidiariedad es desarrollado parcialmente y con un acomodo de la doctrina social de la Iglesia, con una propuesta de Estado abstencionista. Asimismo, se advierte una sobrevaloración de la iniciativa particular en la esfera económica, como si en ella descansara todo el modelo productivo, con un pobre debate sobre el rol del Estado en la economía. No puedo negar la importancia de la libre empresa, sin embargo, su protagonismo parece ser el resultado una visión ideológica de la historia reciente de Chile, más que un debate en base a premisas fruto de un proceso deliberativo y razonable.

En tercer lugar, el horizonte de esta normativa lo encontramos en el llamado "Orden Público Económico", siendo el derecho a la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad los pilares en los cuales descansa. Se discutió en la Comisión si era necesario establecer en la Carta Fundamental un título o capítulo especial relativo a estas materias, cuestión que fue descartada, toda vez que proceder de esa manera supondría una rigidización de la institucionalidad económica. Dos son las principales razones que se argumentan. La primera, es que las normas que tratan materias de afectan la economía se encuentran dispersas en diferentes apartados de la Constitución, *V.g.* el principio de subsidiariedad, lo que dificulta su sistematización; la segunda, es que una Constitución debe ser neutra en materia económica, por lo que introducir un capítulo especial puede suponer una tendencia a la rigidez en esta esfera[930].

[930] *Cf.* REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 384ª, Santiago, 14 de junio de 1978, pp. 2816 – 2822; REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*,

Sin embargo, especialmente la neutralidad económica de la Constitución chilena no es efectiva. La Constitución, aunque no lo diga expresamente, consagra un modelo económico y los postulados en los cuales se funda el trabajo de la Comisión son de carácter neoliberal, con un fuerte acento en las políticas monetaristas[931]. El problema no radica tanto en que la Constitución, en sus orígenes, pueda beber de tal o cual corriente ideológica, sino en el traslado temporal de esos criterios a la actualidad, con la doble dificultad en este caso de dudosa legitimidad y falta de adecuación con la realidad social.

Por último, y relacionado con lo anterior, esta nueva refundación de la institucionalidad económica busca fundarse en una lectura de la historia chilena reciente de carácter restrictivo y unilateral. Ya señalábamos la opinión de BERTELSEN sobre el "fracaso" de ciertas políticas económicas impulsadas en Chile durante los últimos cuarenta años; pero también se advierte una sobrerreacción a las políticas económicas que rigieron en Chile en las décadas de los sesenta y setenta[932], lo que implica que el péndulo de la historia gire radicalmente hacia el otro extremo.

No se puede desconocer que la implementación de muchas políticas económicas impulsadas por el Gobierno de la UP fueron un fracaso, lo que se tradujo en desabastecimiento, hiperinflación, déficit fiscal, todo unido a una polarización política de la comunidad. Sin embargo, la respuesta a los problemas económico – sociales de Chile que se puede observar en el trabajo de la Comisión, se basa en una interpretación unívoca de la realidad, en que abunda la reflexión autoritaria y se echa en falta un mayor ejercicio del procedimiento deliberativo. De ahí la importancia, para el tiempo presente, de relativizar el trabajo de la Comisión y enfrentarse a los paradigmas propuestos de manera crítica, pero en permanente conexión con la rica y diversa pluralidad que caracteriza a la sociedad contemporánea, que no se destaca precisamente

---

sesión 388ª, *op. cit.*, pp. 2906 – 2907; REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 393ª, *op. cit*., p. 3000.

[931] Baste ver la discusión relativa al endeudamiento por parte del Estado (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 393ª, *op. cit*., pp. 3010 – 3018) o el rol del Baco Central (REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 403ª, Santiago, 18 de julio de 1978, pp. 3235 – 3246).

[932] *Cf*. ESTÉVEZ VALENCIA, J.: "Visión sobre la Constitución Económica *op. cit.*, p. 99; MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 209.

por su simpleza sino por la complejidad. Con ese espíritu intentaré analizar el contenido de la libertad de empresa en Chile.

2. Contenido de la libertad de empresa en la Constitución chilena.

La libertad de empresa se encuentra consagrada en la Constitución chilena en el art. 19 Nº 21. El artículo consta claramente de dos partes. Por un lado, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (en adelante libertad de empresa) y por otro, la regulación del Estado empresario. En este apartado analizaré en ese orden el contenido del derecho, advirtiendo que se trata de una disposición densa y con gran contenido.

2.1. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

Dice el art. 19 Nº 21 que la Constitución asegura a todas las personas "el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen" (inc. 1º). Se trata de una rica disposición[933] y para su análisis, me detendré la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, su contenido y especialmente sus limitaciones. Este último punto es especialmente complejo por cuanto se relaciona con la reserva legal como garantía del derecho, sin embargo, la reserva de ley la abordaré en otro apartado, por lo que las limitaciones serán descritas de modo más genérico.

2.1.1. Naturaleza jurídica de la libertad de empresa.

Como he señalado, la libertad de empresa se encuentra en el art. 19, que, a su vez, es parte del capítulo III que trata acerca "de los derechos y deberes constitucionales", aunque es menester reconocer que en este capítulo también está regulado el recurso de protección (art. 20), que es una acción constitucional de carácter preventivo y represivo para el respeto y promoción de ciertos derechos fundamentales –

[933] La jurisprudencia así también lo ha reconocido: "la antes referida garantía constitucional, a la que se le ha llamado de la libre iniciativa o libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio" (SCA (Santiago), rol 4013 – 95, de 25 de mayo de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 192, Legalpublishing, Santiago, 1996, considerando 3º, p. 29.

no todos, principalmente los de primera generación –, el de amparo o *habeas corpus* (art. 21), para proteger y prevenir la violación de la libertad de locomoción, y cuenta con otras disposiciones relativas a los deberes que establece la Constitución para los habitantes de la República. No obstante, el corazón del capítulo es el artículo 19, siendo las acciones constitucionales adjetivas frente a la sustantividad de los derechos[934].

En consecuencia, tanto por su ubicación espacial en el texto de la Constitución, como por su propio contenido, no caben dudas de que se trata de un derecho fundamental de las personas, sean físicas o jurídicas[935].

Sin embargo, queda aún por resolver el tipo de derecho fundamental de que se trata. Sobre este punto, poco se ha reflexionado en Chile sobre el tema y sólo RUIZ – TAGLE ha estudiado, y de forma parcial, lo relativo a la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, basándose para ello principalmente en JELLINEK y FAVOREAU[936].

Utilizando la distinción propuesta por el autor alemán, RUIZ – TAGLE distingue dentro de los derechos aquellos que confieren un *status* negativo, equiparables a las libertades públicas, aquellos que tienen un *status* positivo, es decir, que precisan de una

---

[934] Llamo la atención que en la Constitución chilena muchas veces los derechos fundamentales reciben el nombre de "garantías constitucionales", como efecto de la influencia iusnaturalista que la preside. *V.g.* art. 1 inc. 3, art. 19 Nº 26, art. 20 inc. 1, art. 39, art. 64 inc. 2.

[935] Y así lo ha reconocido el TC: "este *derecho fundamental* amparado y protegido por la Constitución (la libertad de empresa), no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un *derecho de fundamental* importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas (STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 41º, la cursiva es mía). Aunque sin profundizar acerca de la naturaleza jurídica de este derecho, SOTO KLOSS señala, a propósito de la titularidad de la libertad de empresa, que "la titularidad originaria y primordial de las personas privadas – sea individual o asociadamente – está configurada como un *derecho* fundamental de ellas, derecho esencial que emana de la naturaleza humana, en cuanto ser libre y responsable, y cuya iniciativa privada permite, precisamente, no sólo el mayor desarrollo material y espiritual de cada persona en cuanto despliega su subjetividad creadora, sino que provee, asimismo, al desarrollo y progreso de la comunidad y al bien común de la sociedad política en el orden temporal" (SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, p. 126. La cursiva es del autor).

[936] *Cf.* RUIZ TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario", *op. cit.*, pp. 49 – 53. Para los autores en que se funda RUIZ – TAGLE, *Cf.* JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2000, pp. 410 – 416; FAVOREAU, L. et al, *Droit constitutionnel*, 10ª edición, Dalloz, Paris, 2007, pp. 799 – 809.

Si bien CUEVAS FARREN desarrolla el tema de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, resulta confusa su aproximación, porque en el apartado en que trabaja el asunto, trata acerca de los límites al derecho junto a aproximaciones sustantivas relativas al fundamento de los derechos fundamentales en la Constitución. Al respecto, *Cf.* CUEVAS FARREN, G.: "Protección Constitucional de la libertad económica. Notas y reflexiones *op. cit.*, pp. 19 - 23.

actividad del Estado para su realización y, finalmente, los que tienen un *status* activo, es decir, que otorgan una facultad a las personas para participar en la formación de la voluntad estatal[937].

Al utilizar esta distinción, la libertad de empresa sería un derecho que tiene un *status* negativo, ya que se trata de un derecho para desarrollar una actividad, en este caso, económica, pero también puede ser entendida como una forma de derecho con *status* activo ya que el desarrollo de la actividad "debe ser realizado en forma directa por la acción de las personas"[938].

Sin embargo, no basta con que clasifique el derecho en alguna categoría determinada, sino que es necesario atender los efectos desde el punto de la vista del contenido de la libertad de empresa.

Por un lado, la esfera negativa supone que el Estado (u otro sujeto de derecho) no debe intervenir, por lo general, en el despliegue del derecho por parte de los individuos, siendo este deber de abstención estatal propio de una economía de mercado, cuyos pilares reposan en la libre iniciativa de los particulares. Con todo, frente a la violación de este derecho, por parte del Estado o de otro particular, le asiste al afectado el derecho de acudir al órgano jurisdiccional que corresponda para que repare el mal causado o prevenga frente a las amenazas que puedan plantearse. En este caso estamos hablando, al menos, de la vía del recurso de protección o del recurso de amparo económico, sin perjuicio de otras acciones que sean compatibles con estos mecanismos jurisdiccionales.

---

[937] *Cf.* RUIZ TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario", *op. cit*., p. 49. En palabras de JELLINEK, el status negativo se refiere a que "la subordinación del individuo al Estado respecto del individuo se extiende hasta donde el derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo necesita estar fundada jurídicamente. La esfera de libertad del individuo la constituye aquello que resta para él, abstracción hecha de las limitaciones jurídicas que le son impuestas" (JELLINEK, G., *Teoría General del Estado, op. cit*., p. 411). El status activo se relaciona con el hecho que el individuo es miembro de la sociedad, por lo mismo "la posición de la personalidad puede ser descrita como la situación positiva o de asociado del Estado, que se deriva de las exigencias de la personalidad… su contenido no lo forma la libertad negativa respecto del Estado, sino los servicios positivos de éste. Ellas constituyen la compensación que el Estado ofrece al individuo por los sacrificios que obliga a éste respecto de aquél" (*Ibíd.,* p. 413). Por último, el status positivo supone una relación del individuo con la voluntad del Estado, ya que "la voluntad del Estado es voluntad humana. El Estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades que han de realizar sus funciones. Esto puede hacerlo de dos modos: o creando obligaciones, o concediendo un derecho. Estos derechos que concede él para poder realizar sus fines, son el fundamento de una posición más amplia de la personalidad, que consigue de este modo la participación en la actividad del Estado a ser reconocida como titular de un órgano del mismo" (*Ibíd.,* p. 413).

[938] RUIZ TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario", *op. cit*., p. 49.

Pero también este carácter negativo supone una garantía frente a los límites que puedan provenir de la actividad legisladora, ya que el legislador tampoco podrá establecer limitaciones que no tengan por causa las que establece la misma disposición. Sin embargo, este aspecto resulta más controvertido, por dos motivos: por un lado, por la apertura conceptual de las cláusulas que autorizan las limitaciones (moral, orden público o seguridad nacional), las que están sujetas a las condiciones de cada época para su interpretación. Y por otro, la misma actividad económica supone un dinamismo que impide establecer una pauta interpretativa rígida y definitiva. Simplemente, a modo de ejemplo, hay sectores en los que la concentración de la propiedad de los medios de producción impide la competencia, por lo que para que ésta pueda ser saludable, es necesario que ese sector sea regulado con intensidad o incluso intervenido. Pienso, fundamentalmente, en el sector de las telecomunicaciones, pues en un comienzo, hubo múltiples operadores de servicios y ello exigía una mayor regulación. Poco a poco, la concentración de la propiedad llevó a que el rol del Estado pasara de regulador a interventor.

Señalé que no sólo goza de *status* negativo sino también lo tiene activo. En este caso, no se trata de una prestación de parte del Estado para hacer efectivo el derecho, sino el despliegue del derecho supone una actuación de parte de un agente. Es cierto que los derechos se encuentran en plenitud cuando se están ejerciendo, sin embargo, en este caso no sólo se trata de la expectativa sino que su contenido material está expresamente asociado a la acción, puesto que se trata de un derecho que precisa actividad. Y esta actividad será posible, y en un marco constitucional adecuado, cuando se realice respetando el *status* negativo.

Ahora bien, según RUIZ – TAGLE, y siguiendo esta vez a FAVOREAU, señala que la libertad de empresa es un derecho de libertad "porque otorga una defensa que ampara una esfera de acción protegida a las personas al permitirles desarrollar cualquier actividad económica"[939]. Pero también puede ser considerada como un derecho de participación, porque "se hace realidad mediante la acción de las personas que desarrollan su propia iniciativa"[940].

[939] RUIZ TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario", *op. cit*., p. 52. En el caso de FAVOREAU, éste acoge la distinción de JELLINEK y distingue entre derechos que constituyen libertades (status negativo), otros que constituyen prestaciones (status positivo) y los que suponen una participación del individuo (*status* activo) (*Cf.* FAVOREAU, L. et al, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 808).

[940] RUIZ TAGLE VIAL, P.: "Principios Constitucionales del Estado empresario", *op. cit*., p. 52.

Finalmente, no se debe olvidar que la libertad de empresa tiene una estrecha relación con el principio de igualdad, ya que la Constitución consagra la igualdad entre todas las personas, sean éstas personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, para el desarrollo de cualquier actividad económica, respetando el marco jurídico limitativo y regulatorio establecido en la Constitución y las leyes.

Por tanto, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica, la libertad de empresa es un derecho fundamental, con un contenido asociado principalmente a la libertad de los sujetos y que supone una limitación a la esfera de actuación del Estado. Esta limitación se traduce en un deber de abstención de parte del Estado y una prevención para la actuación del legislador, quien sólo podrá establecer límites en la medida que la Constitución lo permita. Con todo, la materialización del derecho requiere, más que en otros casos, una actividad de parte del individuo. Y, por supuesto, se trata de un derecho reclamable en sede jurisdiccional, contando incluso con protección reforzada como tendremos ocasión de ver.

2.1.2. Sujeto y objeto del derecho.

En primer lugar analizaré el estatuto del sujeto titular de este derecho y luego el contenido de la libertad de empresa.

Para comenzar, es necesario recordar el inciso 1º del art. 19 la Constitución, puerta de entrada para todos y cada uno de los ordinales que consagran derechos fundamentales, que señala que "la Constitución asegura a todas las *personas*".

En el caso de la libertad de empresa, es un derecho que pertenece a todos, sin distinción de sexo, estatuto jurídico o nacionalidad. Esa es la regla general, por lo mismo, la pueden ejercer y reclamar las personas físicas o jurídicas, los hombres o mujeres, y también los nacionales o extranjeros[941].

Con todo, se ha ensayado alguna definición para la empresa, la cual constaría de algunos elementos que la hacen reconocible: un organismo determinado y unitario, una cierta permanencia, una cierta duración (habitualidad) posibilidad de realizar un

[941] Pueden verse análisis muy genéricos sobre el titular de la libertad de empresa en: FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación", *op. cit.*, p. 160; NAVARRO BELTRÁN, E.: "La libertad económica y su protección", *op. cit.*, p. 301; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit.*, p. 126.

beneficio, dedicada a una actividad económica, en un mercado, pudiendo ser persona física o natural, con dirección autónoma y contabilidad propia[942].

Sin embargo, es necesario recordar que la libertad de empresa supone un derecho para desarrollar actividades económicas, por lo que emprender estas actividades, en muchas ocasiones a cargo de un empresario, implica la sumisión a un determinado estatuto que le coloca en una situación diferente a la de un simple ciudadano, *V.g.* exigencias de contabilidad, tributación, inscripción en registros, etc.[943], por lo que debe ser relativizada la apertura del sujeto activo titular del derecho. Lo relevante es que, si se cumplen las condiciones para la realización de una actividad, todos se encuentren en un plano de igualdad y puedan hacerlo.

Además, la persona que ejerce la libertad de empresa puede ser una persona física o jurídica, siendo esta última modalidad la más común en estos días[944]. No obstante, hay algunas actividades que sólo pueden ser ejercidas por personas jurídicas y en ningún caso por personas físicas, en que incluso se exige por ley un patrimonio previo. Me refiero al caso de los Bancos, que en conformidad al art. 27 de la Ley de Bancos, estas "empresas bancarias deben constituirse como sociedades anónimas en conformidad a la presente ley", y que además deben contar con un determinado patrimonio para poder constituirse, pues según se desprende del art. 28 se exige a los accionistas fundadores de un Banco que deben "contar individualmente o en conjunto

---

[942] *Cf.* PRECHT PIZARRO, J.: El Estado empresario. Análisis de la legislación complementaria constitucional *op. cit.*, p. 131.

[943] *Cf.* SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, tomo I, *op. cit.*, pp. 63 – 64.

[944] Incluso la familia o la persona individual pueden constituir empresas. Por ejemplo, tratándose de un individuo, véase Ley Nº 19.857, autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, *Diario Oficial*, Nº 37.482, Santiago 11 de febrero de 2003, pues permite "a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley" (art. 1) la cual "es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas" (art. 2).

O en el caso de una familia, la ley autoriza que éstas puedan constituirse como microempresas (*Cf.* Decreto 2.385, de la Subsecretaría de desarrollo regional y administrativo, fija texto refundido y sistematizado del decreto ley número 3.063 de 1979 sobre rentas municipales, *Diario Oficial*, Nº 35.620, Santiago, 20 de noviembre de 1996), entendiendo esta figura de la siguiente manera: "se entenderá por microempresa familiar aquella que reúna los siguientes requisitos: a) Que la actividad económica que constituya su giro se ejerza en la casa habitación familiar; b) Que en ella no laboren más de cinco trabajadores extraños a la familia, y c) Que sus activos productivos, sin considerar el valor del inmueble en que funciona, no excedan las 1.000 unidades de fomento" (art. 26).

con un patrimonio neto consolidado equivalente a la inversión proyectada y, cuando se reduzca a una cifra inferior, informar oportunamente de este hecho"[945].

Otro elemento importante a destacar es la importancia del tamaño de la empresa, por lo que, para el caso de las empresas, no es indiferente el estatuto jurídico según se trate de pequeñas, medianas o grandes. Por de pronto, las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), están sujetas a la regulación común del derecho civil, mercantil y tributario, pero también cuentan con ciertas disposiciones especiales. Así, por ejemplo, como se ha señalado previamente, existen las empresas individuales de responsabilidad limitada (Ley Nº 19.857), en que su principal característica es que se trata de personas jurídicas que pueden estar constituidas por una sola persona, con la importancia que reviste desde la perspectiva del eventual cobro del pasivo de la empresa (art. 8). Asimismo, es posible encontrar normas especiales en materia de créditos para pequeños empresarios agrícolas[946], o la existencia del Fondo de Garantía para pequeños empresarios[947], o el Fondo de Solidaridad e Inversión social, destinado a las micro y pequeñas empresas para financiar proyectos de desarrollo social[948].

Además, en derecho del trabajo, las PYMES cuentan con regulaciones especiales, *V.g.* en el inc. 2 del art. 19 del Código del Trabajo[949] exceptúa a las empresas de menos de veinticinco trabajadores del porcentaje de 85% de nacionales que deben laborar en ella, o el art. 153 que obliga a las empresas con diez o más trabajadores a

---

[945] *Cf.* DFL Nº 3, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican, *Diario Oficial,* Nº 35.944, Santiago, 19 de diciembre de 1997.

Lo mismo se podría decir de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) que administran las cotizaciones previsionales de los trabajadores chilenos, ya que la ley les exige constituirse como S.A. y con un patrimonio determinado (arts. 23 y 24, DL Nº 3.500, establece nuevo sistema de pensiones, *Diario Oficial,* Nº 30.814, Santiago, 13 de noviembre de 1980), o las ISAPRES, instituciones privadas destinadas a financiar las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud (arts. 21 inc. 2º y art. 25, Ley 18.933, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el decreto con fuerza de ley N° 3, de Salud, de 1981, *Diario Oficial,* Nº 38.616, Santiago, 9 de marzo de 1990).

[946] *Cf.* DL Nº 2.974, establece normas especiales sobre créditos que se otorguen a pequeños empresarios agrícolas y relativos a la prenda agraria, *Diario Oficial,* Nº 30.543, Santiago, 19 de diciembre de 1979.

[947] *Cf.* DL Nº 3.472, crea el fondo de garantía para pequeños empresarios, *Diario Oficial,* Nº 30.756, Santiago, 2 de septiembre de 1980.

[948] *Cf.* Título II, Ley 18.989, crea el Ministerio de Planificación y Cooperación, *Diario Oficial,* Nº 33.723, Santiago, 19 de julio de 1990.

[949] *Cf.* Código del Trabajo, DFL 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, *Diario Oficial,* Nº 37.460, Santiago, 16 de enero de 2003.

confeccionar un Reglamento Interno de orden, higiene y seguridad, o el art. 203 que obliga a las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras de cualquier edad, a tener guarderías para dar alimento y dejar a sus hijos mientras están en el trabajo.

Si bien existe una regla general para iniciar una actividad económica, ésta cuenta con situaciones excepcionales, sea por el tipo de actividad específica que se está realizando, la necesidad de un patrimonio o el tamaño del empresario. En todo caso, los ejemplos reseñados son meramente ilustrativos y, en ningún caso pretenden agotar las situaciones de excepción que existen en el derecho chileno.

En relación a la nacionalidad del sujeto de la libertad de empresa, la Constitución no establece diferencias entre nacionales y extranjeros, por lo que, en principio, es indiferente esta característica en el sujeto activo para ejercer la libertad de empresa y contar con protección. Lo anterior, además, se encuentra estrechamente relacionado con el art. 19 Nº 22 de la Constitución que establece "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica". Sin embargo, conviene recordar que existe una importante legislación en materia de inversión extranjera, la que viene a establecer ciertas diferencias entre los foráneos y los nacionales con residencia en Chile para el ejercicio de la libertad de empresa. No obstante, el sistema de inversión extranjera en Chile es sumamente liberal, lo que ha permitido una importante apertura del comercio externo desde la década de los ochenta a esta parte[950].

Para el caso del sujeto, se ha analizado desde la perspectiva del titular de la libertad de empresa, es decir, el sujeto activo, pero desde una perspectiva negativa, el sujeto pasivo del derecho, la o las personas encargadas de respetarlo, no sólo será(n) el

[950] *Cf.* DFL 523, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 600, de 1974, estatuto de la inversión extranjera, *Diario Oficial*, Nº 34.741, Santiago, 16 de diciembre de 1993. Además, existe regulación especial en el caso de los Bancos extranjeros (*V.g.*, *Cf.* arts. 29, 32 – 34, Ley de Bancos, *op. cit.*).

En el ámbito de restricciones al ejercicio de actividades económicas por extranjeros, más que en la libertad de empresa las encontramos en el derecho del trabajo, en que se exige que "el ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena" (art. 19 Código del Trabajo), además de todos los requisitos administrativos exigidos para que el extranjero obtenga una visa de trabajo. En este caso, indirectamente se afecta a la libertad de empresa, por cuanto al desplegar el derecho, un empresario también cuenta con libertad de contratación, que en el caso de los extranjeros tiene límites que entraban su disponibilidad. Por una parte se trata de una protección de la mano de obra nacional, pero también es un freno al libre desplazamiento. Este tipo de restricciones, como efecto de la globalización, debería ir cediendo a favor de la cualificación de los trabajadores más que a su nacionalidad (al respecto, *Cf.* DL Nº 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, *Diario Oficial*, Nº 29.208, Santiago, 19 de julio de 1975 y Decreto Nº 597, Ministerio del Interior, aprueba nuevo Reglamento de Extranjería, *Diario Oficial*, Nº 32.030, Santiago, 24 de noviembre de 1984).

Estado, sino también los particulares, pues, aunque se trate de un ejemplo paradigmático de derecho asociado a las libertades, que surgen como un freno al arbitrio del Estado, no hay razones para considerar que otros particulares no afectarán el libre despliegue de la iniciativa económica.

Tratándose del objeto de la libertad de empresa, la Constitución señala que la persona tiene derecho a desarrollar cualquier actividad económica, por lo que no sólo se trata de una acción, sino una acción con un fin determinado, cuál es la finalidad económica de la actividad de emprendizaje.

Aún más, dentro de la actividad económica caben todos los actos de comercio que se concreten en la producción de bienes y servicios, a cambio de una contraprestación pecuniaria, reconociendo y amparando la Constitución la libertad para actuar sin obstáculos en el ámbito económico nacional e internacional, pudiendo iniciar y proseguir la actividad que desee, con autonomía en la forma de dirigirla y administrarla[951].

Aunque en este trabajo, al derecho del Nº 21 del art. 19 de la Constitución chilena se le llama libertad de empresa, hay algunos que señalan que esta garantía protege y promueve la actividad económica y no sólo empresarial, existiendo una relación entre libre iniciativa económica y libertad de empresa de género a especie. Estos autores fundan la distinción en el trabajo de la Comisión de Estudios, que así lo entendió, con la finalidad de asegurar la actividad económica individual y colectiva[952].

Vuelvo sobre mis consideraciones sobre la legitimidad de utilizar las Actas como herramienta hermenéutica y me remito a ello. Pero, esta postura colisiona con el hecho que las personas individuales también pueden constituir empresas, como lo hemos visto. Y es más, la palabra empresa debe ser entendida asociada al verbo

---

[951] *Cf.* ARÓSTICA MALDONADO, I.: "Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial". En: *Revista de Derecho*, Nº 2, Universidad Finis Terrae, Santiago, 1998, p. 98.

En un sentido similar se pronuncia FERMANDOIS, para quien la posibilidad de generar una retribución por el servicio prestado hace que la actividad devenga en lucrativa, económica y empresarial (*Cf.* FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Municipalidades, Corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999, p. 198. Igual cosa realiza NAVARRO, quien recoge de la jurisprudencia chilena el contenido de la libertad de empresa (*Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Recurso de amparo económico". En: *Revista de Derecho*, Nº 9, Universidad Finis Terrae, Santiago, 2005, pp. 26 – 27).

[952] *Cf.* FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación", *op. cit.*, p. 159; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Municipalidades, Corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario", *op. cit.*, pp. 198 – 199 (específicamente nota 6); FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico op. cit.*, pp. 135 – 136.

emprender, que supone acción y desarrollo de una conducta económica y no sólo como la estructura material de una sociedad que se constituye para realizar actividades empresariales. Por lo tanto, el contenido de la libertad de empresa se relaciona con el despliegue de una actividad económica.

He señalado, además, que la contraprestación de carácter pecuniario es relevante en la consideración del carácter económico de la actividad, por lo que surge la pregunta acerca del lucro: ¿es el fin de lucro un criterio determinante de la definición de empresa? Cabe recordar que los tribunales chilenos en algún momento han sostenido que el lucro es esencial para considerar una determinada actividad como económica[953].

No obstante lo anterior, una parte de la doctrina mercantilista chilena rechaza que el ánimo de lucro sea un criterio determinante de la empresa, criterio que comparto, ya que el ejercicio de una actividad económica puede confluir con el de otros derechos fundamentales, como ocurre, de hecho, en ciertas áreas como los medios de comunicación social o las organizaciones educativas[954]. Y no sólo eso, ya que muchas asociaciones, como son las Fundaciones y Corporaciones, realizan actividades económicas y empresariales para obtener financiación, actividades que, en ningún caso se podrían considerar privadas de protección desde la perspectiva constitucional[955].

Por tanto, el contenido de la libertad de empresa se refiere al ejercicio de una actividad económica de cualquier naturaleza, que si bien se realiza con la finalidad de obtener contraprestaciones pecuniarias, no resulta relevante que las personas tengan como finalidad el ánimo de lucro en el ejercicio de sus actividades.

---

[953] "el artículo 3 de los estatutos de la Universidad Mariscal Sucre la define como una Corporación Privada sin fines de lucro… Teniendo en consideración tal circunstancia y el concepto de universidad expresado en el art. 1 del DFL 1, de 1980, del Ministerio de Educación, no puede considerarse la educación privada como una simple actividad económica" (SCS, 17 de noviembre de 1997, citado por FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 136. Siguiendo esta línea jurisprudencial, la CA de Valparaíso ha señalado que "lo prohibido por el art. 19 Nº 21 de la Constitución al Estado y sus órganos, es la realización de cualquier actividad de orden empresarial y lo que caracteriza a esta actividad, en esencia, es su finalidad de lucro o ganancia" (SCA de Valparaíso, rol 665 – 99, citado por NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Recurso de amparo económico", *op. cit.*, p. 27).

[954] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 137; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Recurso de amparo económico", *op. cit.*, p. 28. Este último, sin embargo, limita su argumentación a un juicio de autoridad. En contra, *Cf.* BERTELSEN REPETTO, R., *Informe Constitucional*, Nº 1668, Santiago, 6 de enero de 1998.

[955] Al parecer la jurisprudencia ha mudado su criterio en torno al lucro: "el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21 es la libertad que se garantiza a todas las personas para satisfacer sus necesidades múltiples e ilimitadas mediante la utilización de bienes escasos y limitados, no siendo indispensable, ergo, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades" (SCA de Santiago, rol 2717 – 04, citado por NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Recurso de amparo económico", *op. cit.*, p. 28.

Ahora bien, he señalado que el derecho consiste en el ejercicio de la actividad económica de cualquier naturaleza. Sin embargo, esta afirmación debe ser relativizada pues, como todo derecho fundamental, no es inmune a los límites, por lo que es necesario revisar cuáles son las limitaciones y los criterios de legitimidad y operatividad, cuestión que abordaremos en el siguiente apartado.

2.1.3. Limitaciones a la libertad de empresa.

El Nº 21 del art. 19 señala que el desarrollo de la libre iniciativa económica no debe ser contraria "a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan".

De la lectura de la disposición, se observan los límites básicos y genéricos de este derecho, identificados con esas cláusulas abiertas, además de la referencia al principio de legalidad. Pero, el análisis de los límites es más complejo, especialmente en lo que se refiere a la reserva de ley, ya que esta norma debe relacionarse con el art. 63. No obstante, ese tema será objeto de una reflexión especial en un apartado siguiente, por lo que ahora sólo haré referencia al asunto de manera genérica.

En el caso de las cláusulas abiertas, no es fácil determinar cuáles son las actividades económicas que, por la sola referencia a la a la moral, al orden público o a la seguridad nacional podrán ser prohibidas. Existen actividades que podrán ser objeto de iniciativa económica, sin embargo, la limitación a su ejercicio más que con la moral o el orden público, se relacionan con el derecho penal y el carácter de delito en que pueden devenir esas conductas[956].

---

[956] *Cf.* Código Penal, Santiago, 12 de noviembre de 1874. Disponible en internet: http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984, [citado 30 Noviembre 2010]. *V.g.* crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado (Título I, Libro II, arts. 106 – 120). En este caso, algunos delitos, por la antigüedad del Código, se encuentran descontextualizados, *V.g.* art. 123: "los que tocaren o mandaren tocar campanas u otro instrumento cualquiera para excitar al pueblo al alzamiento…". También pueden verse crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado, (Título II, Libro II, arts. 121 – 136); crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares (Título VI, Libro II, arts. 261 – 272); Título VI, Libro II, crímenes y simples delitos contra la moralidad pública, entre los que destaca el párrafo 8 que trata de los ultrajes públicos a las buenas costumbres, o el párrafo 10 sobre celebración de matrimonios ilegales.

También en leyes especiales se consagran tipos penales acerca de actividades económicas que se encuentran prohibidas: *Cf.* Ley 20.000, sustituye la Ley Nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias prohibidas, *Diario Oficial*, Nº 38.088, Santiago, 16 de febrero de 2005.

Ahora bien, se ha dado el caso en que la autoridad administrativa ha prohibido ciertos espectáculos por constituir un atentado contra la moral[957]. Con todo, no deja de ser problemático este asunto, toda vez que puede ser tierra fértil para prácticas arbitrarias. No obstante, lo que debe tenerse en cuenta es la evolución que va experimentando la sociedad en estas materias, porque la moralidad es un concepto de textura abierta que en los últimos treinta años ha cambiado de manera sustancial[958]. En todo caso, CEA se anima a definir el contenido de las excepciones y señalar que son "salvedades de carácter absoluto, es decir, valen para todos los agentes económicos y poseen un carácter universal"[959]. Con todo, en el evento de conflicto interpretativo de estas cláusulas, corresponderá en definitiva a los órganos jurisdiccionales resolver la procedencia o improcedencia de ejecutar actos que sean objetados por afectar a los bienes jurídicos señalados, cuestión en que, insisto, debe considerarse el contexto histórico determinado y la evolución que va experimentando la sociedad.

Tratándose de las limitaciones a la libertad de empresa que aparecen en la Constitución, aunque no se trata de una limitación expresa, ésta puede verse afectada desde la perspectiva del derecho de propiedad, pues éste, que tiene una íntima conexión con la libertad de empresa, se encuentra limitado.

---

[957] En una sentencia, relativa a un conflicto entre el dueño de un local destinado a espectáculos de cabaret y el alcalde de Santiago, lo que se examina es si un alcalde puede regular las funciones de las salas de espectáculo. Y así se desprende de ciertas normas "que asignan fundamentalmente al alcalde el ejercicio de las facultades y funciones de la Municipalidad, lo señalan como su autoridad máxima y le atribuyen la dirección de la administración de la comuna, la formulación de las políticas y programas municipales… y no puede desentenderse de las materias relacionadas con el arte, la cultura, la recreación, el turismo". En ese sentido, un decreto del Alcalde, que reglamenta los espectáculos públicos puede disponer que "los artistas desempeñarán sus roles *guardando la debida compostura* y respeto al público. Sus trajes se ajustarán a la naturaleza de las obras que representen, siendo prohibidos *los indecorosos y contrarios a la moral y buenas costumbres*" (SCA (Santiago), recurso de protección, rol 2541 – 82, 21 de abril de 1983, citado por BULNES ALDUNATE, L.: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", *op. cit.*, pp. 159 – 160. La cursiva es mía).

[958] Una interesante reflexión sobre el cambio de paradigmas que ha sufrido en Chile en los últimos 15 años, especialmente el análisis de casos que presenta, puede verse en: HOPENHAYN, M.: "El destape parcialmente nublado". En: *Letras Libres*, Nº 72, Letras Libres Internacional, Madrid, 2007, pp. 14 – 16.

[959] CEA EGAÑA, J.L., *Derecho Constitucional Chileno*, *op. cit.*, p. 487. Atrevida la afirmación y el desarrollo que propone el autor, ya que se trata de conceptos esencialmente indeterminados, *V.g.* para la moral señala que es "la ciencia de los principios, objetivos y de validez universal, que permiten distinguir la conducta recta de la incorrecta, guiando a la conciencia de la persona a obrar, libre y responsablemente, según la primera" (*Ibíd.*, p. 487). Efectivamente, la complejidad y atomización del mundo moderno hacen muy difícil tener certezas universales que permitan distinguir lo correcto de lo incorrecto. De hecho, en derechos fundamentales se aprecia la mutación histórica de ciertos conceptos. Por ejemplo, en cuanto a la despenalización del aborto, hay un cambio de paradigma en cuanto al derecho a la vida y lo mismo en relación a la figura del matrimonio.

Por de pronto, para emprender una actividad económica, no se podrá contar con los bienes que "que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así" (art. 19 Nº 23, inc. 1)[960].

Asimismo, tratándose de la propiedad minera también existen limitaciones ya que la Constitución señala que "el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles" (art. 19 Nº 24, inc. 5). Si bien, las sustancias minerales no pueden ser objeto de dominio privado, su exploración y explotación puede ser objeto de concesión a privados, concesión que sólo se puede constituir por resolución judicial, debiendo el dueño de la concesión a desarrollar la actividad necesaria para justificar el interés público que justifica su otorgamiento (art. 19 Nº 24, inc. 6)[961].

Ahora bien, FERMANDOIS propone una interesante clasificación de los límites a la libertad de empresa. Distingue entre límites intrínsecos y extrínsecos, siendo de los primeros aquellas consideraciones que no constituyen un atentado a la moral, las buenas costumbres o la seguridad nacional, pero que aparecen limitando la vastedad del derecho. Se trataría de una especie de maquinación o fraude económico que perjudica otras actividades económicas, pero que no se encuentra penado ni proscrito por la legislación. Serán de los segundos, aquellos ya definidos externa y previamente por la norma, como lo hace la Constitución en el Nº 21 del art. 19 con las cláusulas abiertas, o el DL 211 con las acciones atentatorias a la libre competencia[962].

En el análisis de los límites intrínsecos (fraudes), el autor se vale de una sentencia de la CA de Santiago para explicarlos, manifestándose en desacuerdo con la

[960] Esta disposición debe relacionarse con el CC chileno, que en su art. 585 señala que "las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas" y el art. 589 que dice que "se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos".

[961] Esta disposición se debe relacionar con el CC, art. 591, Código de Minería, art. 1 y la Ley 18.097, Orgánica Constitucional sobre concesiones mineras, *Diario Oficial*, Nº 31.171, Santiago, 21 de enero de 1982. Sin embargo, tratándose de la concesión misma, volvemos al régimen de libertad de adquisición por cuanto "toda persona puede adquirir, a cualquier título, dichas concesiones mineras, o cuotas en ellas, sobre las sustancias que esta ley determina. Sólo se exceptuarán aquellas personas que señale el Código de Minería en disposiciones que deberán aprobarse con quórum calificado de acuerdo a las normas constitucionales vigentes" (art. 5, inc. 2 de la Ley. La excepción se encuentran en el art. 22 del Código de Minería).

[962] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit*., p. 129.

opinión del Tribunal. Dice la sentencia que "es contraria a esta libertad (de empresa), y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien está cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país"[963].

La discrepancia de FERMANDOIS se funda en el hecho que se trata de un criterio limitativo peligroso por su indefinición y falta de proscripción previa. Ello, porque el legislador establece las conductas económicas reprochables y si un agente desarrolla una actividad no reprochada por la ley, y que no atenta contra la moral, el orden público o la seguridad nacional, no se le puede imputar culpabilidad en la salida del mercado de otro agente. Incluso, señala que los acuerdos entre agentes económicos, en la medida que no afecten la libre competencia, pueden tener como consecuencia la salida de otros agentes de la actividad por menor eficiencia económica, por lo que la opinión de la CA manifiesta un desconocimiento de la ciencia económica[964].

Sin embargo, la discrepancia del autor sobre los límites intrínsecos desarrollados por los tribunales presenta, al menos, tres inconvenientes.

El primero, es que muestra una confianza excesiva en la ley, en la medida en que es ella y sólo ella quien puede establecer limitaciones, lo que no pasa de ser un criterio meramente formal de discrepancia, porque nada asegura la razonabilidad y legitimidad de las leyes. El derecho económico no es el derecho penal que se rige por el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino que puede darse un espacio de apertura razonable, que favorezca una labor interpretativa de los tribunales con cierto grado de flexibilidad. Incluso, este carácter abierto y flexible de las normas puede llevar a que, en ocasiones, la ley a pesar de su corrección formal, sea contraria a la Constitución, y genere una declaración de inconstitucionalidad por parte del TC[965].

---

[963] *Ibíd*., p. 129.

[964] *Cf. Ibíd.*, pp. 129 – 130.

[965] Estoy pensando en el caso del art. 38 ter de la Ley de Isapres, que establece la Tabla de factores de riesgo. Si nos enfrentamos a la norma acríticamente, se trata de una Ley procedimentalmente correcta (aunque se trata de una ley aprobada en dictadura, que requiere alto quórum para ser modificada y que es una expresa manifestación de una cierta sensibilidad económica), pero que genera una asimetría entre los contratantes del seguro de salud y favorece a la parte más fuerte del contrato, poniendo, además, en riesgo el principio de igualdad y la protección de la salud de las personas. Así fue como el TC declaró la inconstitucionalidad de la tabla de factores de riesgo, entre otras razones porque: "el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el trascurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la

Lo segundo, es que en el caso chileno, la normatividad económica está fundada en una cosmovisión determinada, cosmovisión impuesta y no fruto de una amplia discusión y debate. Por lo mismo, se ha impuesto un modelo basado en una importante desregulación del mercado, que ha dado lugar a abusos que la ley, o no ha previsto o ha sido superada por los hechos. De ahí la importancia de los órganos jurisdiccionales, no sólo como aplicadores del derecho, sino también como un instrumento de conexión y actualización de la norma frente a la realidad[966]. Y si bien los ejemplos que se pueden presentar encuentran su fundamento en la Ley, porque ella es quien da la razonabilidad a las sanciones, es efecto de una apertura interpretativa para limitar la voracidad que se produce en un mercado con altos indicadores de desregulación.

Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes. La vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella" (STCCh rol 1710 – 10, de 6 de agosto de 2010, considerandos 160º y 161º).

[966] Algunos ejemplos pueden ilustrar esta afirmación: el caso "Chispas", en el cual Corte Suprema confirma la multa de 55 millones de dólares que se había impuesto por la Superintendencia de Valores y Seguros a un grupo de empresarios, por su responsabilidad en el aumento artificial del precio de las acciones de la empresa, antes de que ésta fuera vendida a Endesa – España, en 1997. Al respecto, *Cf*. SCS, rol 4.261 – 04, de 7 de julio de 2005. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 32405. También puede verse comentario de PFEFFER URQUIAGA, F.: "Conflicto de intereses entre privados y protección de minorías accionarias. El Caso Chispas". En: ZALAQUETT, J. – MUÑOZ, A. (edit.), *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso en América Latina*, Universidad de Chile, Santiago 2008, pp. 83 – 98.

También el caso de las farmacias. En 2008 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) comenzó una investigación por unas eventuales prácticas colusorias, es decir, restrictivas de la competencia, entre las mayores cadenas farmacéuticas chilenas: Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand. Durante la investigación se detectaron alzas concertadas en los precios de más de dos centenares de medicamentos. La FNE presentó un requerimiento contra las tres cadenas, que finalmente llevó a Farmacias Ahumada, en 2009, a reconocer los hechos que se le imputaban, por lo que recibió una multa cercana al millón de dólares. Las otras cadenas hicieron reserva de derechos y hasta el momento el proceso sigue vigente, sin embargo, han sido desestimados por los Tribunales de Justicia sendos recursos de las cadenas que no se han avenido en el proceso, tanto por la CS como por el TC. Al respecto, *Cf*. TDLC, causa rol C 184 – 08, Audiencia de Conciliación, Santiago 9 de abril de 2009; SCS, rol 3344 – 2009, de 31 de agosto de 2009; STCCh, rol 1416 – 09, de 14 de julio de 2009.

Otro ejemplo es el de uso de información privilegiada, que afectó al actual Presidente de la República de Chile, Sebastián Piñera Echenique. Éste era uno de los principales accionistas de LAN airlines. En 2006, Piñera compró acciones de LAN por un valor aproximado de US $ 18 millones, el mismo día en que el directorio aprobó un balance que informaba que los beneficios llegaban al 31%, información que fue publicada un día después. La diferencia en el valor de la acción entre la fecha en que Piñera conoce la información y la fecha en que se entera el mercado es de un 4,88% a favor de la acción de la LAN. La Superintendencia de valores y seguros (SVS) aplica una multa a Piñera de 19.470 UF (US $ 620 mil aprox.) porque sostiene que ha habido una infracción por parte Piñera de un deber legal de abstención de uso de información privilegiada (sobre esto *Cf*. SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *Aplica sanción de multa al señor Sebastián Piñera Echenique*, resolución exenta Nº 306, Santiago 6 de julio de 2007).

Por último, no olvidemos que el derecho a la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, no sujeto a jerarquía y conectado con el complejo sistema de derechos fundamentales. Pues bien, en la relación con otros derechos se pueden producir tensiones que signifiquen una limitación de este derecho y en el caso de que exista conflicto, éste deberá ser examinado desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y considerando el contexto. Por lo mismo, se debe recordar la indivisibilidad de los derechos fundamentales, en que la plena realización de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos y sociales, pues la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos fundamentales depende de buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social[967].

Tratándose de los límites extrínsecos, junto con las cláusulas abiertas, el más relevante es la defensa de la libre competencia, que es regulada en conformidad al DFL Nº 1 de 2005 del Ministerio de Economía[968], norma que en su puerta de entrada, el art. 1 señala que "tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados". Para materializar este anhelo, la ley señala algunas actividades que constituyen un atentado a la libre competencia, entre las que destacan, según el art. 3, los acuerdos entre competidores, o las prácticas concertadas que les confieran poder de mercado (letra a), la explotación abusiva por parte de un agente económico de una posición dominante en el mercado (letra b) o las prácticas predatorias, o de competencia desleal (letra c). Sin embargo, la limitación legal no se detiene en esta normativa sino existen otros cuerpos legales que lo complementan y que pueden regular actividades específicas, por ejemplo prohibiendo el uso de información privilegiada (art. 60 letra e, Ley de Mercado de Valores[969]), o regulando aquellas actividades que naturalmente

[967] Sobre el punto *Cf.* CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS, Teherán, 13 de mayo de 1968, punto 13; CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE DERECHOS HUMANOS, Viena, 25 de junio de 1993, punto 5.

[968] *Cf.* DFL N°1 del año 2005, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, *Diario Oficial,* Nº 38.104, Santiago, 7 de Marzo de 2005.

[969] *Cf.* Ley 18.045, ley de mercado de valores, *Diario Oficial,* Nº 31.096, Santiago, 22 de octubre de 1981.

tienden al monopolio, *V.g.* regulación de las tarifas en el caso de ciertos servicios de telefonía (art. 29 inc. 2, Ley de Telecomunicaciones[970].

Ahora bien, en materia de limitaciones, es la reserva de ley la que amplía el ámbito de acción al Estado para intervenir frente a la libertad de empresa. En este apartado me he detenido en analizar genéricamente las limitaciones a la libertad, reconociendo que la reserva de ley es un tema de vital importancia y será revisado más adelante.

Por tanto, tratándose de los mecanismos que atenúan el despliegue de la libertad de empresa, destacan los que establece la misma Constitución, especialmente en relación al derecho de propiedad, como también las cláusulas abiertas que establece el mismo Nº 21 del art. 19. Asimismo, este derecho, como señala FERMANDOIS, cuenta con límites intrínsecos y extrínsecos, los cuales pueden ser encontrados en la ley, pero a los órganos jurisdiccionales les cabe un importante rol de conector entre norma y realidad para actualizar la comprensión de este derecho fundamental.

No obstante, reconozco la debilidad normativo – institucional en importantes sectores de la economía, puesto que se ha privilegiado en Chile un sistema desregulado y lo más abierto posible. Por lo mismo, el rol del Estado en la economía no sólo es mirado con desconfianza, sino que normativamente se ha "arrinconado" por una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad. Y esto se ve con especial fuerza cuando nos enfrentamos al tema del Estado empresario, que es lo que analizaré a continuación.

2.2. El Estado empresario.

Dice al art. 19 Nº 21, inc. 2 que "el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado". Muchos comentarios se pueden hacer sobre esta disposición, que cuenta con abundante literatura y jurisprudencia, pero lo primero que se debe anotar es que una disposición de esta

[970] *Cf.* Ley 18.168, ley general de Telecomunicaciones, *Diario Oficial*, Nº 31.382, Santiago, 2 de octubre de 1982.

naturaleza no se encuentra en la Constitución por mera casualidad. Es una propuesta deliberada y que hunde sus raíces en una determinada cosmovisión acerca del rol del Estado en la economía, que pretende persuadirnos de que el principio de subsidiariedad en su versión negativa y el principio de especialidad de giro[971] son los fundamentos para la actuación estatal.

Sin embargo, a pesar de la importancia que reviste la normativa constitucional en estas materias, el fenómeno del Estado empresario se encuentra en declive, pues han mudado los paradigmas sociales que permitían su sustento. Las empresas del Estado ya no deberían ser parte importante de su participación en el PIB nacional, puesto que no habría problemas para que los servicios en los cuales realizaron su función sean prestados por particulares. Esta referencia en el art. 19 Nº 21 es más bien una explicitación normativa reactiva a un hecho histórico determinado: la expansión sin control de la actividad empresarial del Estado[972]. Es un mecanismo de precaución para no repetir experiencias del pasado, pero en la actualidad ya no debería revestir mayor importancia el rol empresarial del Estado.

Con todo, es necesario señalar que la actividad empresarial del Estado se puede manifestar a través de la incursión en actividades económicas tradicionales (sectores de la economía) o como resultado de consideraciones geo – estratégicas (reservas), o bien necesarias para la marcha o resultado de la economía del país[973], por tanto, la finalidad con la cual el Estado puede intervenir es variada, pero siempre cuenta con una razonabilidad que la funda, sin perjuicio que en el día de hoy esas razones son cada vez más escasas.

---

[971] El principio de especialidad de giro se relaciona con el hecho de que se obligaría al legislador a regular el objeto de las empresas públicas, incorporando en la ley que autorice el funcionamiento del Estado o de algún órgano, un catálogo detallado de las actividades y negocios que se les permite desarrollar, es decir, las empresas tienen un objeto social acotado y descrito por ley.

[972] Algunos autores presentan datos sobre la actividad estatal en el trienio 1970 – 1973, período en el cual las empresas del Estado, especialmente las filiales de CORFO y las empresas intervenidas aumentaron considerablemente su volumen y participación en el PIB chileno, lo que tuvo como efecto, entre otras, un déficit de estas empresas, un mayor gasto público y una inflación descontrolada: *Cf.* LARROULET, C.: "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile". En: *Estudios Públicos*, Nº 14, CEP, Santiago, 1984, pp. 134 – 139; ARÓSTICA MALDONADO, I.: "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada". En: *Ius Publicum*, Nº 2, Universidad Santo Tomás, Santiago, 199, pp. 140 – 142. En la misma línea, pero sin señalar datos sino que una pura descripción normativa, *Cf.* BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", *op. cit.*, pp. 116 – 119.

[973] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario", *op. cit.*, pp. 352 – 353.

En este apartado analizaré, formal y sustantivamente, los requisitos para la actuación del Estado como empresa, los eventuales fundamentos en los cuales descansa esta labor del Estado y una propuesta interpretativa acerca de las empresas del Estado en un sistema democrático.

2.2.1. Requisitos para la actuación del Estado como empresa.

Desde una perspectiva formal, tres son los requisitos exigidos por la Constitución para la actividad empresarial del Estado. El primero, una autorización legal para que el Estado desarrolle o participe en empresas. El segundo, esta ley debe ser de quórum calificado. Por último, las actividades empresariales del Estado quedarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares[974].

En cuanto al primer requisito (autorización legal), se trata de una reserva que hace el legislador para permitir que el Estado pueda emprender actividades empresariales. No obstante, PIERRY sostiene que "la disposición constitucional prohíbe la actividad (empresarial) a menos que una ley de quórum calificado lo autorice. Ello no puede ser tomado en el sentido de requerirse una autorización expresa, ya que aparece extraño que la ley autorice expresamente al Estado. Debió haberse entendido que cada vez que se pretendiera desarrollar la actividad mencionada era necesaria una ley"[975]. En este caso, el autor pone el acento en el hecho de que es la actividad empresarial del Estado la que precisa de autorización y no tanto en la actuación o participación misma por parte del Estado.

---

[974] Algún autor agrega que "la autorización legal es una concreción del principio de subsidiariedad". Llegados a este punto, se advierte una confusión conceptual entre el plano formal y sustantivo, ya que los requisitos pueden fundarse (cuestión discutible) en el principio, pero se trata de un asunto formal, que se comprueba al contrastar hecho y norma, es decir, se da una actuación del Estado, se revisan los tres requisitos y se comprueba si se cumplen o no. El respeto al principio de subsidiariedad no puede ser entendido como requisito, puesto que es un problema de fondo y no de forma. Como representante de este postulado, *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad", *op. cit*., p. 379; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", *op. cit*., p. 43. Otros señalan que sería un requisito que "la ley autorizante deba señalar el giro u objeto social al que debe ceñir estrictamente su actividad empresarial el Estado o sus organismo" (COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Subsidiariedad y Estado empresario *op. cit*., p. 253; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., pp. 228 – 240). A estos autores se les puede hacer la misma crítica que al anterior, pero además fuerzan el texto constitucional en su interpretación formal, ya que postulan un requisito que difícilmente se puede desprender de la disposición analizada.

[975] PIERRY ARRAU, P.: "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado". En: *Revista de Derecho*, Nº IX, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1985, pp. 273 – 274.

Otros señalan que la ley autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales, pero que ésta debe ser expresa y específica[976], pero en este caso, nuevamente caemos en el equívoco de confundir requisitos constitucionales, que son formales, con los fundamentos en que aparentemente se basa la Constitución, a saber, la necesidad de establecer el giro específico como requisito constitucional[977]. Es cierto, toda empresa tiene un determinado giro (u objeto) hacia el cual encaminar sus actividades, y sería un despropósito afirmar que las empresas estatales no lo tienen, pero otra cosa es que ello se encuentre presente en la Constitución. En todo caso, este asunto lo trataremos en el apartado que sigue.

Con todo, lo relevante en esta materia es la existencia de una ley, que es una exigencia derivada del principio de legalidad que rige en el ordenamiento jurídico chileno. Tanto es así, que se ha postulado que esta exigencia es inocua, ya que si no se hubiera contemplado expresamente, "el Estado de todos modos hubiese requerido de una autorización legal para emprender este tipo de actividades, conforme se desprende de lo preceptuado en los artículos 6 y 7 de la Carta de 1980"[978]. Además, desde una perspectiva sistemática, la exigencia es coherente con el resto del ordenamiento constitucional, "que establece una reserva legal para todos los modos de adquirir el dominio y para todo lo relativo al régimen de administración financiera del Estado"[979]. Por tanto, tratándose del requisito de la necesidad de una ley autorizante, es una exigencia razonable y que encuentra su razón de ser no sólo en el inc. 2 del art. 19 Nº 21, sino que se desprendería también del conjunto de la Constitución.

El segundo requisito, es que la ley autorizante debe ser de quórum calificado. Dice el art. 66, inc. 3 de la Constitución que "las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y

[976] *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad", *op. cit.,* pp. 378 – 379; BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia", *op. cit.*, p. 133.

[977] Al respecto, véanse los ejemplos jurisprudenciales que dan los autores, que son casos que tienen relación con el giro específico de las empresas estatales: *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad", *op. cit.,* p. 378; BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia", *op. cit.*, pp. 133 – 137.

[978] NIÑO PARADA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, *op. cit.,* p. 127.

[979] VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op. cit.*, p. 141.

senadores en ejercicio". Esta exigencia constitucional resulta novedosa en el derecho constitucional chileno y puede permitir varias lecturas.

Por un lado, es una exigencia formal, que supone un requisito superior a la simple mayoría parlamentaria (mayoría absoluta de los presentes), y tiene como finalidad hacer del Estado empresario una figura excepcional que responda al principio de subsidiariedad, pero en su vertiente negativa. Esta es la lectura tradicional que ha hecho la corriente tradicional originalista, que confirma la aparente supremacía de la iniciativa privada sobre la pública en materia empresarial[980].

Por otro, no se trata de impedir la participación del Estado en actividades empresariales sino que, aceptada esa posibilidad, se pretende asegurar que el Estado no pondrá en riesgo la libertad de los particulares para desarrollar actividades empresariales, "lo que podría suceder si se permite que una mayoría parlamentaria ocasional, de tendencia estatista, por ejemplo, concurrieran con su voto a la aprobación indiscriminada de leyes que den lugar a un crecimiento abusivo del área estatal empresarial"[981]. Pero además, esta exigencia promueve una gestión eficiente de la actividad empresarial del Estado, toda vez que frena los excesos populistas que pueden distorsionar el correcto funcionamiento del mercado. Por lo mismo, este quórum alto opera como garantía democrática[982].

Por último, la referencia a la sujeción a la ley común, pone en una situación de igualdad al Estado y los particulares. Efectivamente, esta disposición no hace sino actualizar la igualdad ante la ley entre todas las personas, derecho fundamental consagrado en el art. 19 Nº 2. Asimismo, constituye una eficaz medida regulatoria ya que evita otorgar a las empresas públicas privilegios que distorsionen un correcto

---

[980] *Cf.* BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", *op.* cit., pp. 121 – 123; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., pp. 219 – 220; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit*., pp. 123 – 125; GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 318.

[981] NIÑO PARADA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, op. cit.,* p. 127.

[982] *Cf.* VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op. cit*., p. 143. Promueve la actuación eficiente ya que, según estos autores permite "i) ejercer un control de razonabilidad económica que incorpore mecanismos para fomentar la autonomía en la gestión y justifique a largo plazo el proyecto empresarial asumido por el Estado; ii) ponderar los intereses concurrentes de los particulares, típicamente representados por coaliciones o partidos políticos opuestos; y iii) adoptar esquemas de gobierno corporativo que enfrenten adecuadamente los problemas de agencia asociados con la gestión de empresas públicas" (*Ibíd*., p. 143).

funcionamiento de mercado, pero también supone que el Estado no cuenta con restricciones adicionales que puedan poner trabas a una competencia eficiente.

Por lo general, la lectura que se hace de esta disposición es en su vertiente limitativa de la potestad estatal, como un freno a los excesos y arbitrariedades en los cuales puede incurrir el Estado[983]. Sin embargo, no se debe olvidar que, al actuar en igualdad de condiciones con los particulares, también goza de los beneficios competitivos que les asisten a ellos, y por lo mismo, no se pueden imponer limitaciones al ejercicio de la actividad empresarial autorizada, si ello provoca una situación que rompa la igualdad exigida por la Constitución.

En todo caso, es claro que jamás la actividad empresarial privada y estatal será idéntica. Por de pronto, por la naturaleza y finalidad de la empresas estatales, éstas se encuentran sujetas a un régimen tributario más gravoso que las empresas privadas. Además, las empresas del Estado pueden ser fiscalizadas por la Cámara de Diputados, en el ejercicio de su control político, en conformidad a los artículos 52 Nº 1 de la Constitución, relacionado con el art. 1 de la Ley 18.575 que trata acerca de la función de Gobierno y Administración del Estado a cargo del Presidente de la República y de los órganos que constituyen la Administración del Estado[984].

La igualdad se refleja más bien en la aplicación de la normativa mercantil, económica y laboral. Y tratándose de esta última disciplina jurídica, la Contraloría General de la República ha sido enfática para señalar que "las empresas del Estado son órganos integrantes de la Administración del Estado (arts. 1º y 18 de la ley Nº 18.575), cuyo personal se encuentra afecto a las normas del Código del Trabajo, que constituye su ordenamiento estatutario, en lo relativo a condiciones comunes de trabajo y remuneraciones"[985].

---

[983] *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad", *op. cit.*, p. 380; BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia", *op. cit.*, p. 137. Incluso FERMANDOIS utiliza una interesante figura retórica para explicar este principio: actúa "como sujeto de derecho privado, sin ejercicio de potestades públicas, sólo *libertas*, nunca *potestas*" (FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit.*, p. 243).

[984] Ley 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, Nº 32.640, Santiago, 5 de diciembre de 1986.

[985] CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen Nº 8911, de 16 de marzo de 1994. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 165, Legalpublishing, Santiago, 1994, p. 145.

Ahora bien, excepcionalmente y por motivos justificados, se puede autorizar al Estado a tener un trato diferente al estatuto de los particulares, siempre y cuando también sea autorizado por ley de quórum calificado, conforme lo señala el mismo Nº 21 del art. 19 de la Constitución. En este caso pienso, principalmente, en la no exigibilidad de autofinanciación para algunas empresas, dado su especial objeto y la finalidad de bien común perseguida en su ejercicio: *V.g.* Empresa de Abastecimiento de Zonas Aisladas, Empresa Metro[986].

Valga señalar también lo dispuesto en la disposición 5ª transitoria de la Constitución, que establece que "se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales". Esta disposición autoriza un espacio de ultraactividad constitucional tratándose del Estado empresario, ya que permite que leyes ordinarias que establecen y/o regulan a las empresas del Estado no fueran derogadas *ipso facto* y regirían hacia el futuro, a pesar de no ser de la naturaleza exigida por la Carta Fundamental (ley de quórum calificado). Eso sí, su futura modificación requiere, para el caso de las normas asociadas al Estado empresario, leyes de ese quórum.

A modo de síntesis, se puede señalar que la Constitución no prohíbe al Estado desarrollar actividades empresariales (o participar en ellas), sino lo somete a una habilitación legal, la cual cuenta con un requisito de aprobación más alto que las leyes ordinarias y que en su ejercicio empresarial está sometido al mismo régimen que los particulares, salvo situaciones excepcionales, también aprobadas por ley.

[986] *Cf.* Ley 18.772, establece normas para transformar la Dirección general del Metro en Sociedad Anónima, *Diario Oficial*, Nº 32.284, Santiago, 28 de enero de 1989; DFL 274, Ministerio de Hacienda, crea una Empresa del Estado denominada Empresa de Abastecimiento de zonas aisladas, *Diario Oficial*, Nº 24.613, Santiago, 6 de abril de 1960.

2.2.2. Eventuales fundamentos teóricos: el principio de subsidiariedad y el principio de especialidad de giro.

Se ha sostenido por una parte de la doctrina chilena, apoyada en alguna jurisprudencia, que el principio de subsidiariedad y el de especialidad de giro son los pilares en los cuales descansa la actividad empresarial del Estado[987].

En el caso del principio de subsidiariedad, sostiene FERMANDOIS que el Estado sólo puede actuar o participar de las actividades empresariales, cuando así lo exija el principio de subsidiariedad. Lo anterior, porque la persona tiene preferencia sobre el Estado para desarrollar actividades económicas, lo que se sustenta en varias categorías de razones: filosóficas, de historia fidedigna y de texto constitucional y legal, razones que a su juicio han sido confirmadas por la jurisprudencia[988].

En cuanto al fundamento, su anclaje filosófico se encuentra en la primacía del individuo por sobre la sociedad y en el caso de la historia fidedigna (como él llama al trabajo presente en las Actas, puesto que concede ese estatuto a lo obrado por la

[987] *Cf.* BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980", *op. cit.*, p. 123; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Municipalidades, Corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario", *op. cit.*, p. 198; FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., pp. 226; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit*., pp. 124 – 125; SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 1996, pp. 153 – 154; GUERRERO, R.: "La Constitución Económica *op. cit*., pp. 88 – 89; GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 315; BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia", *op. cit*., p. 129. 134 – 135; NAVARRO BELTRÁN, E.: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad", *op. cit.*, p. 379; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980", *op. cit*., p. 43; COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Subsidiariedad y Estado empresario", *op. cit*., p. 253 – 259; BULNES ALDUNATE, L.: "Visión académica de la Constitución Económica de 1980 *op. cit*., pp. 90 – 91; LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica, op. cit*., p. 69. Aunque sin mencionarlo expresamente, también sostienen este postulado: UNDURRAGA SAAVEDRA, S.: "Empresas estatales en la economía". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, p. 197; LARROULET, C.: "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile", *op. cit*., pp. 144 – 149; CUEVAS FARREN, G.: "Protección Constitucional de la libertad económica. Notas y reflexiones", *op. cit*., pp. 15 – 16. Aunque debo señalar que son dos los autores que han trabajado de manera más sistemática este punto: COVARRUBIAS y FERMANDOIS.

En cuanto a la jurisprudencia, ésta se ha referido especialmente a la especialidad de giro. Al respecto, *Cf*. SCA (Santiago), rol 2396 – 91, de 5 de diciembre de 1991. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 138, Legalpublishing, Santiago, 1991, pp. 59 – 63; SCA (Santiago), rol 575 – 93, de 28 de abril de 1993. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 154, Legalpublishing, Santiago, 1991, pp. 74 – 78; SCA (Santiago), rol 2798 – 94, de 29 de noviembre de 1995. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 181, Legalpublishing, Santiago, 1995, pp. 55 – 58; SCS, rol 328 – 99, de 17 de marzo de 1999. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 225, Legalpublishing, Santiago, 1999, pp. 31 – 35; SCS, rol 248 – 00, de 13 de enero de 2000. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 235, Legalpublishing, Santiago, 2000, pp. 37 – 52.

[988] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., pp. 218 – 219.

Comisión de Estudios), recoge la opinión de diversos comisionados que postulan este premisa, entre los que destacan ORTÚZAR y BERTELSEN[989].

Esta posición en relación al principio de subsidiariedad ha sido confirmada por la jurisprudencia, tanto por los tribunales superiores de justicia como por el TC chileno. Así, el TC ha señalado que "dentro de la filosofía económica de la Constitución de 1980, expresada en el artículo 19, N° 21 solamente en forma muy excepcional puede el Estado desarrollar actividades empresariales, siendo la norma general que ellas queden entregadas a la acción de los particulares"[990]. Por tanto, la corriente tradicional, como en todo lo relativo a la Constitución Económica, insiste en la subsidiariedad como principio fundamental para interpretar y comprender el sistema económico chileno, del que no escapa la actividad empresarial del Estado. Pero, como se ha visto, se trata de una posición discutible y que encierra un fuerte componente axiomático – autoritario.

Tratándose de la especialidad de giro, señala FERMANDOIS que es necesario que "la ley de quórum calificado defina específica y detalladamente el giro empresarial autorizado a la respectiva empresa estatal"[991]. Y no sólo eso, agrega que esta es una exigencia lógica y tiene un fundamento nítido: "si la actividad empresarial del Estado se mueve en un plano de excepcionalidad, sus alcances deben ser acotados con precisión, y su actuación moverse restrictivamente a lo autorizado, so pena de infracción del principio de subsidiariedad"[992].

---

[989] *Cf. Ibíd*., pp. 219 – 220.

[990] STCCh, rol 134, de 9 de septiembre de 1991. La primacía de la persona humana también ha sido reconocida por el TC: "en lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita conviene señalar que este derecho fundamental amparado y protegido por la Constitución, no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común" (STCCh, rol 226, de 8 de octubre de 1995, considerando 41º).

Esta misma hipótesis es sostenida en diversas sentencias, *V.g.* "el propósito perseguido por la consagración del derecho a que se refiere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, que quiere conferir a los particulares una intervención preferente en el desarrollo de las actividades económicas, reservando, en cambio, para el Estado, sólo un rol subsidiario en ese ámbito" (SCA (Santiago), rol 2.798 – 94, de 4 de julio de 1995, considerando 5º. En: *Base de datos Legalpublishing*, Nº legal publishing 13696); "son los particulares quienes tienen libertad para desarrollar actividades económicas en forma exclusiva y que el Estado sólo puede abordarlas si una ley especial, de quórum calificado así lo autoriza, esto es, por aplicación del principio de la subsidiaridad" (SCS, rol 4068 – 98, de 16 de enero de 1998. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 222, Legalpublishing, Santiago, 1998, p. 56).

[991] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit*., p. 228.

[992] *Ibíd*., p. 228.

En la misma línea, COVARRUBIAS también defiende la idea que de la Constitución se desprende la exigencia de establecer un giro específico para la empresa del Estado y que, en la eventualidad de su desbordamiento se produciría una inconstitucionalidad manifiesta. En el caso de este autor, desarrolla una línea argumentativa de apertura pero finaliza con una tesis de clausura.

Me explico: señalo que bebe de criterios de apertura por cuanto defiende criterios interpretativos amplios y flexibles (teleológicos y dogmático – valorativos) para defender la exigencia constitucional de la especialidad de giro[993]. No obstante, y a pesar de beber de esas fuentes, en el momento de las conclusiones su argumentación deviene en un originalismo evidente por cuanto señala que "las normas constitucionales deben interpretarse ajustándose a la finalidad perseguida con su establecimiento por el constituyente, finalidad que – a su vez – se manifiesta y concreta en la consagración de un conjunto de normas y valores fundamentales, entre los cuales, sin duda alguna, se encuentra el principio de subsidiariedad"[994].

A partir de ahí, propone una serie de criterios para analizar los casos en que se produciría una ampliación del objeto social más allá de lo permitido por la ley autorizante. El primero, determinar la existencia de privados que estén desarrollando actividades empresariales o bien que lo estén efectuando insatisfactoriamente; el segundo, sólo en el caso que no se cumpla el criterio primero (inexistencia o ineficiencia de los particulares) se abre la posibilidad al Estado para suplir la actividad empresarial, siempre que sea necesaria para el bien común y mientras dure la inactividad privada; el tercero, es que en el caso de existir algún particular efectuando alguna actividad empresarial, el Estado debe abstenerse de realizar esas actividades, ya que la primera opción corresponde a los particulares en razón del principio de subsidiariedad[995]. Hecho eso, analiza diversas sentencias que resolvieron asuntos que tienen relación con la actividad empresarial del Estado, efectuando una valoración para cada una de ellas, destacando el que la especialidad de giro siempre debe ser siempre

[993] *Cf.* COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Subsidiariedad y Estado empresario", *op. cit.*, p. 255 – 256.

[994] *Ibíd*., p. 257.

[995] *Cf. Ibíd*., pp. 259 – 260.

examinada desde la perspectiva del principio de subsidiariedad para el caso de la actividad empresarial del Estado[996].

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

La primera, de carácter más formal, es su constante referencia como argumento de *auctoritas* a las opiniones sostenidas por los miembros de la Comisión de Estudios. Ya hemos manifestado los inconvenientes de esta referencia: por un lado, falta de legitimidad y pluralidad, y por otro, el originalismo hermenéutico tiene el inconveniente de descontextualizar la eficacia de las normas jurídicas por su rigidez y falta de actualización fáctica.

La segunda, no está claro que ni el principio de subsidiariedad ni el de especialidad de giro encuentren un fundamento en el texto de la Constitución, como se ha tenido oportunidad de ver en otra parte de este trabajo[997].

En tercer lugar, si aceptáramos que la actividad empresarial del Estado tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad, no puede aceptarse la interpretación que la corriente tradicional – conservadora hace del principio, por parcial e insuficiente[998].

---

[996] *Cf. Ibíd*., p. 272.

[997] Véase, capítulo V, 2.1.2., "Una propuesta interpretativa del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena". Pero también pueden verse autores que defienden esta premisa: *Cf.* VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op cit.*, p. 137; LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile", *op. cit.*, p. 419; NIÑO PARADA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, *op. cit.*, p. 78; CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit*., p. 332; ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario", *op. cit*., p. 361.

[998] Al respecto, véase en este trabajo el capítulo V, 2.1.1., "Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal".

En cuarto lugar, es cierto que en el caso de las sociedades y empresas que se constituyen para realizar actividades empresariales, entre los requisitos de existencia figuran la necesidad de un giro determinado, es decir, un objeto hacia el cual dirigir su conducta. Y este objeto puede ser descrito con mayor o menor precisión, por lo que si hay un desvío del giro específico de una empresa, claramente puede reclamarse esta desviación, por cuanto estaría realizando operaciones que son ajenas a aquellas en las cuales funda su razón de ser. Tratándose de las empresas del Estado, como cualquier otra sociedad, también se le exige por ley la necesidad de establecer un objeto, que denota el contenido de su actividad. Y no será porque la Constitución lo reclame, sino porque es razón para su existencia[999].

Por último, no debe desconocerse que la propuesta tradicional, como todos los apartados referidos a la Constitución Económica, tiene en su base un postulado de teoría política que sería conveniente explicitar y que supone un rol abstencionista para el Estado. No discuto que esta propuesta puede ser atendible e incluso defendida con buenas razones, pero no se puede aceptar que se trate de la interpretación verdadera, independiente de categorías espacio – temporales, por más que sus defensores intenten persuadirnos de aquello.

Por estas razones, es posible sostener que los defensores de la propuesta tradicional edifican sobre arena, porque sus cimientos pueden ser discutidos desde la perspectiva de un sistema democrático, que se caracteriza por la apertura y aceptación serena de la pluralidad ideológica de una sociedad. Y eso es lo que intentaré presentar en el apartado que sigue.

2.2.3. Las empresas del Estado en un sistema democrático.

Se ha señalado agudamente que "el mito de la subsidiariedad (defendido por la fórmula conservadora) pretende que las empresas públicas sólo pueden abordar aquellos rubros de la economía que por su escasa rentabilidad no interesan a los particulares, obligando al Estado a comprar solamente los malos negocios"[1000].

[999] A propósito de la importancia del objeto social, *Cf.* VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op cit.,* p. 149.

[1000] *Ibíd.,* p. 136.

Sin embargo, el rol del Estado empresario debe ser revisado desde la perspectiva de su actualidad – necesidad y su relación con el resto de las empresas en el marco de la economía de mercado.

En cuanto a lo primero, no es aventurado sostener que la actividad empresarial del Estado ha ido retrocediendo a favor de la actividad empresarial de los particulares. Salvo unos pocos países, el Estado ya no es el principal actor del PIB de un país, como tampoco un importante agente económico en todas las esferas de la actividad económica. Antes bien, importantes y hasta hace poco sensibles sectores de la economía han sido encomendados a las empresas privadas, que pueden prestar un servicio más eficiente y con mayores niveles de inversión, especialmente para el desarrollo de nuevas tecnologías. Pero esto no significa una renuncia a que el Estado pueda constituirse como agente económico, sino que lo que ha ocurrido es un cambio de rol: de actor productivo ha devenido en importante regulador y corrector de las deficiencias del mercado.

Por ello, en el día de hoy, no resulta sorprendente la mutación acerca del rol del Estado en la economía. Es más, salvo excepciones, esta opción ha redundado en una mejora sustantiva de los índices de desarrollo humano, puesto que ha favorecido un crecimiento sostenido del PIB (en el caso chileno), disminución del déficit fiscal y, consecuencialmente menores porcentajes de inflación y elevadas tasas de empleabilidad de los trabajadores. Es necesario afirmarlo: la reconversión del Estado ha sido positiva para la economía.

¿Es necesario entonces un Estado empresario? En otros momentos de la historia, el aporte del Estado para el crecimiento y desarrollo del país fue fundamental. Pienso principalmente cómo el Estado empresario fue fundamental para superar la crisis económica que empieza en 1929, fomentando un crecimiento *ad intra* y la capacidad exportadora del país. De ese tiempo, que en el caso chileno comienza en la década del treinta, es posible hacer una lectura positiva en el sentido de que ayudó no sólo a superar la crisis, sino que además dinamizó el proceso económico[1001]. No obstante, en la actualidad no es necesario un despliegue de la actividad empresarial como lo fue antaño,

[1001] Una visión crítica sobre el proceso de industrialización en manos del Estado puede verse en: ARÓSTICA MALDONADO, I., "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada", *op. cit.*, pp. 129 – 146. Sin embargo, destaca la importancia de este proceso, claro está, con sus contradicciones, SALAZAR: SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, *op. cit*., pp. 151 – 166; SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, tomo III, LOM ediciones, Santiago, 2002, pp. 33 – 47. 76 – 84.

porque la empresa privada se ha mostrado eficiente y más flexible para acomodarse a los dinámicos cambios de una economía globalizada.

Pero, como toda regla general, existen excepciones que hacen necesaria la presencia empresarial del Estado, tanto por la importancia geo – estratégica de una actividad determinada, como por el carácter social que reviste una determinada actividad. Y en ese sentido, nada obsta al ejercicio empresarial del Estado el que una determinada actividad también pueda ser ofrecida por los particulares, ya que "las premisas del Estado empresario importan reconocer en el Estado un sistema de potestades orientadas a un fin central de bien común, para los cuales una de las funciones del Estado es la Administración prestadora de servicios de tipo económico, bajo la forma de empresa del Estado"[1002].

Por lo mismo, está lejos de desaparecer la figura del Estado empresario, por lo que es necesario fundar su actividad en el marco de una sociedad democrática y liberar al Estado de las propuestas restrictivas en torno al principio de subsidiariedad y giro específico, propuestas por la fórmula conservadora.

Por de pronto, empresas del Estado y empresas privadas conforme a la misma Constitución, se encuentran en una situación de igualdad en el mercado y si esto es así, las empresas públicas pueden competir en igualdad de condiciones con las privadas. Esto supone, "evitar los privilegios y potestades exorbitantes, pero también completar el catálogo de actividades incorporadas en sus estatutos con aquellas que aprovechen las ventajas de una *integración vertical* en el ámbito de sus negocios, o rentabilicen las *sinergias* y *economías de ámbito* o *de escala* que genere el desarrollo de su giro principal"[1003]. Entonces, las limitaciones en la extensión del giro específico de cada empresa estatal dependerá no sólo de la manera en que el legislador ha descrito de manera, más o menos amplia el objeto social, sino también del marco que regula la actividad empresarial en que se inserta y de la manera en que los competidores se comportan en la esfera de negocios análoga[1004].

La intervención del Estado en la economía, tiene en la Constitución económica, un conjunto de valores y principios que configuran un techo ideológico abierto; y la

[1002] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Constitución Económica y Estado empresario", *op. cit.*, p. 361.

[1003] VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario", *op cit.*, p. 150. La cursiva es de los autores.

[1004] *Cf. Ibíd.*, p. 150.

finalidad central del bien común se materializa en fines concretos producto de decisiones políticas. Por ello, la intervención empresarial del Estado no sólo es un problema asociado a técnicas propias de la economía, sino también es una cuestión política y está asociada a una determinada cosmovisión acerca de la realidad y construcción de la sociedad: *V.g.* postular que en Chile pueda existir una AFP a cargo del Estado no sólo es un problema relativo a eventuales distorsiones competitivas o privilegios presupuestarios. Si las empresas estatales y privadas deben regirse por el mismo estatuto, no hay peligro en ello. Pero sí puede suponer una mejora en la calidad del servicio ofrecido o por último, un desincentivo a la formación de cárteles o a la colusión de precios.

La Constitución chilena ha sido diseñada para estimular la economía de mercado y la competencia, con una fuerte protección de los derechos y libertades económicos, que ha redundado en una interpretación para el rol del Estado de carácter abstencionista, por lo que su poder regulatorio ha quedado disminuido. Esto ha dado pie a conductas empresariales "depredadoras" del propio mercado, frente a las que los órganos del Estado poco han podido hacer ante los débiles instrumentos jurídicos con los que cuentan, producto de su conceptualización como un Estado subsidiario ajeno casi por completo al proceso económico[1005].

Sin embargo, en un Estado democrático conviven diferentes sensibilidades y maneras de comprender el fenómeno de lo público. Y el sistema permite que esa tensión, connatural a la sociedad, pueda ser sobrellevada en términos pacíficos y, en ocasiones, alcancen acuerdos entre las diversas sensibilidades políticas, producto del debate y la negociación.

Por tanto, se deben desnaturalizar las premisas propuestas por la vertiente conservadora y aceptar (e implementar) que otras propuestas conceden al Estado la posibilidad de convertirse en empresario, cuando así lo exige el bien de la comunidad y también cuando se trata de esferas de la realidad especialmente sensibles para el desarrollo humano. Y en cuanto a áreas específicas, el Estado tiene un amplio espacio de actuación en las esferas de educación, sanidad, seguridad social o sistemas de transportes, porque aun cuando en estas áreas los particulares pueden intervenir, y vaya

[1005] *Cf.* FERRADA BÓRQUEZ, J.C.: "La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *op. cit.*, p. 52.

que sí lo hacen en Chile, el Estado no puede desentenderse de estos ámbitos tan determinantes para el desarrollo de los sectores menos aventajados de la sociedad.

LANDERRETCHE sintetiza acertadamente el papel que corresponde al Estado en la economía. Si bien no habla específicamente sobre la actividad empresarial del Estado, puede ser útil para interpretar la nueva función que le cabe al Estado, incluso en su rol de empresario: "existe un campo no despreciable de acciones públicas que hacen posible corregir las fallas del mercado, perfeccionar su funcionamiento, contrarrestar sus efectos redistributivos no deseables y posibilitar la construcción de una sociedad de oportunidades, en la cual todos los ciudadanos tengan la posibilidad de construir una existencia digna"[1006].

3. Relación de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales.

Como se ha dicho, la libertad de empresa es un derecho fundamental, especialmente asociado al concepto de libertad. Y, si bien forma parte del complejo sistema de derechos fundamentales, con lo cual puede entrar en relación con muchos de ellos y, frente a los conflictos asociados en caso de tensión entre derechos, será el examen de la proporcionalidad el que dará respuesta al conflicto, hay algunos derechos con los cuales tiene una relación más estrecha: derecho a la libertad de expresión, derecho a la libertad de trabajo y derecho de propiedad. Sin perjuicio de que también coincide con otros, *V.g.* derecho a la educación y la protección de la salud, en la medida que se constituyan empresas que prestan servicios asociados a esos derechos, es con los primeros con los cuales la libertad de empresa tiene una relación constitucional más estrecha.

3.1. Libertad de empresa y libertad de expresión.

En el caso de la libertad de expresión, la relación se da por el derecho a fundar y mantener medios de comunicación social, que tienen tanto los particulares como el Estado. Dice la Constitución que en su art. 19 Nº 12 que "la Ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social (inc. 2). Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas

[1006] LANDERRETCHE, O.: "Notas sobre el rol del Estado en la Economía", *op. cit.*, p. 206.

y periódicos, en las condiciones que señale la ley (inc. 4). El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión" (inc. 5).

Algunos comentarios se pueden realizar sobre este punto.

En primer lugar, el inc. 2 del art. 19 Nº 12 contiene una prohibición en relación a monopolios públicos sobre medios de comunicación social. Bien señala SILVA BASCUÑAN que esta prohibición para el Estado es una garantía para los ciudadanos, ya que de nada serviría asegurar a todas las personas la libertad de opinión, la de informar y el derecho de acceder a la información, si el legislador estuviera facultado para entregar únicamente al Estado la explotación de los medios de comunicación. En efecto, si el Estado es el único y exclusivo explotador de los medios de comunicación social, éstos pueden transformarse en un instrumento suyo para manipular la información y hacer propaganda, lo cual obstaculizaría que se formara adecuadamente la opinión pública dentro de un verdadero sistema democrático. La norma pretende así asegurar el derecho de todos los ciudadanos a ser informados por distintos medios y formas, lo cual supone necesariamente que dichos medios de comunicación social deban encontrarse a cargo de diferentes entes, ya sean públicos o privados[1007].

Sin embargo, esta prohibición no aparece explícitamente mencionada en lo referente a los monopolios privados sobre los medios de comunicación social, "y a lo sumo este mandato implícitamente puede ser reconducido al contenido garantístico del Derecho Fundamental a la libertad económica del artículo 19 Nº 21 de la Constitución que consagra la libertad de mercados"[1008].

En segundo lugar, el inc. 4 de la norma citada establece el derecho a fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos en las condiciones que señale la ley[1009],

[1007] *Cf*. SILVA BASCUÑAN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XII, 2ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 346.

[1008] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión". En: *Estudios Constitucionales*, año 6, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, p. 174. Algo parecido señala SILVA BASCUÑÁN: "aun cuando la Carta no lo dice expresamente, el impedimento de establecer monopolios se extiende asimismo a los particulares, porque ella busca garantizar que los medios de comunicación social pertenezcan a diversos dueños. Ello es consecuencia, por lo demás, de que la Carta reconoce a todas las personas libertad en materia económica y, por lo tanto, la posibilidad de fundar, mantener y explotar un medio de comunicación social" (SILVA BASCUÑAN, A., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XII, *op. cit*., p. 347.

[1009] Aunque, como señala ZÚÑIGA, queda fuera del derecho de fundación la creación de medios de comunicación audiovisual que requieran de concesión administrativa, por acceder a un ámbito del espacio, el espectro radioeléctrico, que está sujeto a la dirección técnica y supervigilancia de la autoridad

es decir, el Estado y los particulares cuentan con ese derecho además de establecer, operar y mantener estaciones de televisión. Esto significa que, junto al derecho a informar y ejercer la libertad de expresión sin censura, nada obsta que los medios de comunicación, principalmente los particulares, se constituyan como empresa y desarrollen una actividad económica legítima[1010].

Por último, tratándose de la relación entre los derechos que se están revisando, resulta obligatorio analizar la sentencia del TC chileno a propósito de la llamada "Ley de Prensa".

Sobre ésta, hay diversas lecturas, dependiendo de la óptica ideológica desde la cual se mire. Así, por ejemplo, FERMANDOIS celebra la sentencia, destacando su solidez "por el uso que hace el Tribunal del contexto axiológico de la Carta, vinculando principios"[1011]. Sin embargo, frente a tamaña afirmación, sólo se limita a citar la jurisprudencia, sin dar más razones a sus afirmaciones[1012].

---

de las telecomunicaciones (arts. 5 – 7, DL 1762 de 1977 y arts. 3 – 4. 6 – 8, ley 18.168, General de Telecomunicaciones): *Cf.* ZUÑIGA URBINA, F.: "Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión", *op. cit.*, p. 175.

[1010] Sin embargo, hay algunos requisitos que se deben cumplir para constituir un medio de comunicación social, como se desprende del art. 9 de la Ley 19.733: "tratándose de personas jurídicas, éstas deberán tener domicilio en Chile y estar constituidas en el país o tener agencia autorizada para operar en territorio nacional. Su presidente y sus administradores o representantes legales deberán ser chilenos y no haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva... Todo medio de comunicación social deberá proporcionar información fidedigna acerca de sus propietarios, controladores directos o indirectos, arrendatarios, comodatarios o concesionarios, según fuere el caso. Si ellos fueren una o más personas, dicha información comprenderá la que sea conducente a la individualización de las personas naturales y jurídicas que tengan participación en la propiedad o tengan su uso, a cualquier título. Asimismo, comprenderá las copias de los documentos que acrediten la constitución y estatutos de las personas jurídicas que sean socias o accionistas, salvo en los casos de sociedades anónimas abiertas, así como las modificaciones de los mismos, según correspondiere. La referida información será de libre acceso al público. Las concesiones para radiodifusión sonora de libre recepción solicitadas por personas jurídicas con participación de capital extranjero superior al diez por ciento, sólo podrán otorgarse si se acredita, previamente, que en su país de origen se otorga a los chilenos derechos y obligaciones similares a las condiciones de que gozarán estos solicitantes en Chile. Igual exigencia deberá cumplirse para adquirir una concesión ya existente. La infracción al cumplimiento de esta condición significará la caducidad de pleno derecho de la concesión" (Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, *Diario Oficial*, Nº 36.978, Santiago, 4 de junio de 2001).

Conviene recordar que las principales empresas estatales en el mercado de las comunicaciones son Televisión Nacional de Chile (Ley 19.132, crea empresa Televisión Nacional de Chile, *Diario Oficial*, Nº 34.239, Santiago, 8 de abril de 1992) y el periódico La Nación (DL 211, reorganiza empresa periodística La Nación y deroga DFL 241 de 15 de mayo de 1931, *Diario Oficial*, Nº 16.312, Santiago, 41 de julio de 1932).

[1011] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit.*, p. 127. El siguiente es uno de los considerandos en los cuales se apoya el autor (STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995): "la frase contenida en el proyecto que dispone la obligación jurídica del Estado de asegurar 'la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión así como la variedad social, cultural y económica de las regiones', conlleva la correspondiente intromisión en la autonomía de esos cuerpos intermedios que son los medios

No obstante, esta sentencia viene a limitar el campo de acción del Estado en varios aspectos. Por de pronto, declara inconstitucional la norma del proyecto de ley sobre pluralismo en el sistema informativo (el art. 9 disponía la obligación del Estado de asegurar "la expresión efectiva de las distintas corrientes de opinión") ya que "desde el momento en que se impone al Estado la obligación de equilibrar el flujo noticioso a fin de pretender una pluralidad ideológica o cultural, y para así hacerlo ha de imponer obligaciones a los medios de comunicación social, significa una intromisión indebida en las decisiones que pueda adoptar un medio de comunicación, interferencia que no sólo constituye una clara violación a la autonomía de ese medio que la Constitución reconoce, ampara y garantiza"[1013].

Pero además, y tratándose de la materia que nos ocupa, la sentencia desestima la legitimidad constitucional del proyecto de ley en lo relativo a la propiedad y control de los medios, pues declara inconstitucional la normativa referida a porcentajes máximos de propiedad y control de medios por infringir, entre otras disposiciones constitucionales, el Nº 21 del art. 19, es decir, la libertad de empresa[1014].

---

de comunicación social, lo que vulnera el artículo 1, inc. 3 de la Constitución. No es ocioso recordar que el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios, es uno de los pilares básicos en la organización de la sociedad civil, y así lo establece, ya en su artículo 1 la Carta Fundamental, garantizando al mismo tiempo su adecuada autonomía, a fin de permitirles como células vivas de la sociedad la obtención de sus fines propios, contribuyendo de este modo a la riqueza de la trama social y, en último término, al bien común de la sociedad. Dicha autonomía implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos para fijar los objetivos que se desean alcanzar, para organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, para decidir sus propios actos y la forma de administrar la entidad, todo ello sin intromisión de personas o autoridades ajenas a la asociación o grupo, y sin más limitaciones que las que impongan la Constitución, no interviniendo la autoridad pública sino en la medida que infrinjan el ordenamiento o su propio estatuto o ley social" (considerandos 28 y 29).

[1012] *Cf.* FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., pp. 127 – 128.

[1013] STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 31º.

[1014] STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995: "En lo que se refiere a la violación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica conviene señalar que este derecho fundamental no es sino expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común. Se trata, pues, de un derecho de fundamental importancia para los individuos, al permitir desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas. Que, a juicio de este Tribunal, el artículo 43 del proyecto deberá ser declarado inconstitucional en lo que se refiere a su inciso segundo, en razón de infringir sus letras a) y b) el artículo 19, en sus numerales 21…. En efecto, al disponer el proyecto que ciertos hechos que describe el inciso segundo del artículo 43 son impeditivos de la libre competencia y que, como tales, constituyen ilícitos penados por el art. 1 inc. 1 del D.L. 211, de 1973, hechos que significan no poder poseer más del 30% del mercado informativo nacional, en el ámbito de la prensa escrita, o de la distribución de diarios de información general (letra a)), vulnera el derecho de emprender, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé. Que, debe igualmente hacerse presente, que la limitación que tanto la letra a) como la letra b) del inciso tercero, de dicho artículo 43 del proyecto, disponen en cuanto a la

Y esto último no deja de ser preocupante, porque la libertad de expresión no tiene relación sólo con la censura, sino con la posibilidad real y efectiva de manifestar un legítimo pluralismo político. Desde el momento en que se concentra la propiedad de los medios en unos pocos grupos económicos, el peligro de interpretar la realidad desde una sola perspectiva está latente y en Chile esto es una realidad, porque son dos los principales grupos económicos que controlan los principales medios de comunicación escrita, quienes marcan la pauta informativa, pero además al interpretar los hechos, no escatiman esfuerzos en sobredimensionarlos y asumir como verdad una realidad que puede ser discutible[1015].

La intencionalidad del proyecto de ley era legítima, porque en Chile es evidente que la falta de pluralismo político en los medios de comunicación está asociada a la concentración de la propiedad en grupos económicos que defienden una cosmovisión de la sociedad, legítima por cierto, pero discutible. Y, en defensa de la libertad de empresa, se ha puesto en serio riesgo el legítimo pluralismo político que debe existir en una sociedad democrática. Lo que se echa de menos en la sentencia del TC, es un análisis de las normas conflictivas del proyecto a la luz del principio de

---

posesión de porcentajes llamado 'control' afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa, imponiendo exigencias que afectan al contenido esencial de este derecho reconocido, pues impiden su libre ejercicio; por lo cual debe entenderse que dichas letras a) y b) referidas, también vulneran el artículo 19, N° 26 de la Carta Fundamental (considerandos 41 – 45). Sobre el mismo punto, *Cf.* ZUÑIGA URBINA, F.: "Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión", *op. cit.*, pp. 175 – 179.

[1015] Los casos que se pueden mencionar para justificar esta afirmación son muchos, pero este tema excede con mucho del objeto de este trabajo. Sin embargo, un ejemplo puede ilustrar el divorcio entre realidad y su interpretación. Los canales de TV y los medios escritos informan permanentemente sobre el fenómeno de la delincuencia. Al mirar los telediarios o leer los periódicos pareciera que la sociedad chilena vive en una permanente inseguridad. Existen estudios que han tratado de medir el fenómeno. En relación a la victimización general del país, uno de cada tres hogares ha sido victimizado durante el año 2009. Durante los últimos doce meses, en el 33,6% de los hogares urbanos del país al menos uno de sus miembros ha sido víctima de algún delito, pero ¿qué tipo de delitos? Estos principalmente son el hurto 9,1%, el robo por sorpresa 7,4% y el robo con violencia o intimidación 5,9%, es decir, se trata de delitos asociados a la propiedad. Pero, por otro lado, en 2009, el 38,9% de las personas cree que será víctima de un delito en los próximos doce meses y en cuanto a la percepción de vulnerabilidad frente al delito, el 53,6% de las personas se siente inseguro caminando solo/a en su barrio cuando está oscuro. Es decir, la sensación de inseguridad es elevada en relación a la tasa de victimización. No quiero decir que en Chile no haya problemas de seguridad ciudadana; de hecho existen, pero están asociados principalmente a delitos que protegen la propiedad y en los que bienes jurídicos como la vida, integridad física y sexual no están en peligro. Mas, la sensibilidad ciudadana es cualitativamente diferente a la efectividad de ser víctima de un delito. Porque no es lo mismo un hurto que el delito de lesiones. Y en esta sensación de inseguridad, ¿cuál será la aportación de los medios de comunicación? Sobre este punto, *Cf.* DIVISIÓN DE SEGURIDAD PÚBLICA (Ministerio del Interior), *Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana 2009*, Santiago, 2010. Disponible en internet: http://www.seguridadpublica.gov.cl/enusc_2009.html, [citado 30 Noviembre 2010].

proporcionalidad, porque es evidente que en esta materia existe una colisión de derechos fundamentales que no debió ser resuelto aisladamente sino que en base a una hermenéutica abierta y considerando el efectivo contexto histórico[1016].

3.2. Libertad de empresa y la libertad de trabajo.

Tratándose del derecho del trabajo, en la Constitución chilena éste está descrito en términos de libertad ya que "toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución" (art. 19, nº 16, inc. 2), es decir, se trata de un derecho que admite una doble lectura. Por un lado, la del empleador, que puede contratar a quien desee, con las limitaciones de que su elección esté basada en criterios no discriminatorios (art. 19, nº 16, inc. 3), y por otro, desde la perspectiva del trabajador que tiene el derecho a elegir el tipo de trabajo que quiere realizar.

Me gustaría destacar que la Constitución chilena no asegura el derecho "al trabajo", ya que, al parecer, no puede afirmar que las personas puedan contar con un trabajo efectivo o garantizar el pleno empleo. Sin embargo, la CE sí asegura este derecho en los siguientes términos: "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo" (art. 35.1).

Con todo, es escasa la literatura chilena que analiza esta relación, será porque aún no se encuentra muy desarrollado el complejo sistema de derechos fundamentales, pero no cabe duda de que la relación existe[1017].

En primer lugar, porque una unidad productiva (empresa) precisa de personas que hagan efectivo el despliegue de la actividad económica. Por tanto, será deber del

[1016] Sobre la concentración de los medios de comunicación en Chile, *Cf.* PALACIOS, R.: "Concentración oligopólica de la industria cultural en Chile: escenario global y nacional". En: *Revista Latina de Comunicación Social*, Nº 52. Universidad de La Laguna, Tenerife, 2002. Disponible en internet: http://www.ull.es/publicaciones/latina/2002palaciosoctubre5206.htm, [citado 30 Noviembre 2010]; SUNKEL, G. – GEOFROY, E.: "Concentración Económica de los medios de comunicación. Peculiaridades del caso chileno". En: *Comunicación y Medios*, Nº 13, Universidad de Chile, Santiago, 2002, pp. 135 – 150; MONCKBERG, M.O., *Los magnates de la prensa: concentración de los medios de comunicación*, Editorial Debate, Santiago, 2009.

[1017] Un breve análisis se puede encontrar en: DOUGNAC RODRÍGUEZ, F.: "La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el 'Orden Público Económico'", *op. cit.*, pp. 10 – 11.

empresario respetar las normas establecidas en el Código del Trabajo, las que reconocen, entre otros principios, "la función social que cumple el trabajo" y el que "las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona" (art. 2). Por lo mismo, el derecho del trabajo se presenta como un límite a la libertad de empresa, no sólo porque hay actividades económicas que no se pueden realizar por estar prohibidas por la Constitución, sino porque las condiciones en las cuales se ejerce el trabajo deben considerar el espíritu proteccionista de esta normativa.

En segundo lugar, hay ciertos derechos que corresponden a los trabajadores que pueden tener directa incidencia en la actividad económica de una empresa. Me refiero especialmente al derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga. En todo caso, en Chile estos derechos se encuentran regulados de manera muy frágil, lo que permite sostener que desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, la descripción sustantiva es favorable a la libertad de empresa. Lo anterior, porque la misma Constitución en el número 16 del art. 19 señala que hay casos en los que la negociación colectiva está prohibida, o sometida a arbitraje obligatorio. Y en el caso de la huelga, no está descrita en términos positivos, como si se tratara de un derecho de los trabajadores, sino en términos negativos ("no podrán declararse en huelga…").

En tercer lugar, es necesario señalar que el espacio de la empresa es un espacio en el cual el trabajador no pierde su calidad de ciudadano y, en cuanto tal, goza de los derechos fundamentales que le corresponden en tanto que persona.

Por lo mismo, el desarrollo que en esta materia tiene el derecho español, resulta iluminador en vista a una comprensión horizontal de las relaciones entre empresarios y trabajadores: "(la garantía) de la vigencia de los derechos fundamentales puede resultar singularmente apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, este Tribunal se ha cuidado de advertir que nada legitima que quienes presten servicios en organizaciones empresariales por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional"[1018].

[1018] STC 129/1989, de 17 de julio de 1989, FJ 3.

Por ello, en un contexto de relaciones asimétricas, no es de extrañar que existan situaciones en que el trabajador pueda "sentirse" apremiado en cuanto al ejercicio de otros derechos fundamentales en el ámbito de la empresa. Uno de los que puede verse afectado es la libertad de expresión. ¿Acaso el trabajador, por el hecho de formar parte de una empresa, debe obediencia ciega a las directrices del empleador? ¿Hay espacio para la legítima discrepancia? Frente a estas eventualidades, la situación de desventaja en que se encuentra el trabajador es evidente, por lo que lo más probable es que un trabajador deba ceder en sus legítimas convicciones a favor de una estabilidad en el empleo.

No obstante, y también recogiendo la opinión del TC español, "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación al trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones… Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional"[1019].

Por lo tanto, como es evidente que existe relación entre ambos derechos y que en esta tensión hay una parte más fuerte que la otra, el legislador se ha preocupado de establecer, lo que PISARRELLO llama "garantías legislativas diferenciadas", que son aquellas que atienden "a las necesidades específicas de determinados grupos y clases de personas y que establezcan, al mismo tiempo, cargas diferentes para los particulares de manera proporcional a su tamaño, recursos e influencia"[1020]. Como estas garantías tienden a producir relaciones de mayor simetría entre las diversas partes, para que puedan llegar a ser un instrumento de igualación real, las intervenciones del legislador dirigidas a tutelar a los sujetos más débiles, deberían venir acompañadas de otras intervenciones que aseguren deberes a los sujetos más fuertes, comenzando por los que ocupan mayores posiciones de poder dentro del mercado[1021].

[1019] STC 88/1985, de 19 de julio de 1985, FJ 2. Sobre este punto, también puede revisarse: DE VAL TENA, A.L.: "Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo". En: *Proyección Social*, Nº 2, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1994, pp. 177 – 198.

[1020] PISARRELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, *op. cit.*, p. 118.

[1021] *Cf. Ibíd.*, p. 119.

Y todo lo anterior, sin olvidar que la relación entre ambos derechos siempre estará sujeta al examen del principio de proporcionalidad, porque no me cuento entre los que sostienen que existe una jerarquía en el interior del sistema de derechos fundamentales.

3.3. Libertad de empresa y derecho de propiedad.

No cabe duda de la relación que existe entre derecho de propiedad y libertad de empresa. Incluso hay autores que han señalado que "el derecho de propiedad es consustancial al ejercicio de la libertad económica"[1022] o que la libertad de empresa "no es sino la expresión dinámica del derecho de propiedad"[1023].

En el caso de la Constitución chilena, existe una primera zona de relación en lo relativo al derecho de propiedad y sus límites, toda vez que existen algunos bienes que se encuentran sustraídos del comercio humano y, otros, como la propiedad minera, la Constitución la ha reservado al Estado[1024].

Ahora bien, en cuanto a la correspondencia con la libertad de empresa, ésta puede verse desde una doble perspectiva. La primera, en relación a la propiedad de bienes por parte del Estado. Y la segunda, desde la perspectiva de los criterios para distinguir entre ambos derechos.

En el caso de la propiedad de bienes por parte del Estado, compartimos el criterio de que en la actualidad, ésta debe ser cada vez más reducida, puesto que en la medida en que el Estado extiende su dominio sobre los bienes productivos o impone limitaciones excesivas – o incluso arbitrarias – para que los privados lo puedan ejercer, claramente puede limitar el ejercicio de la libertad de empresa al verse ésta restringida en su ámbito de despliegue[1025]. Es por ello, aunque también como reacción normativa ante el estatuto de la propiedad desde la mitad de la década de los sesenta hasta 1973, que en Chile se ha producido una hiperregulación del derecho de propiedad en el art. 19

[1022] GUERRERO, R.: "La Constitución Económica", *op. cit.*, p. 85.

[1023] *Cf.* HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración", *op. cit.*, p. 15.

[1024] No volveré sobre esto, pues fue revisado en el presente capítulo en el apartado "Limitaciones a la libertad de empresa".

[1025] *Cf.* GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 318.

Nº 24 de la Constitución, ya que regula no sólo las características tradicionales del derecho (uso, goce y disposición, aparte de la intangibilidad del dominio), sino con una precisión más propia de una ley, establece las reglas generales relativas al procedimiento expropiatorio y lo relativo a la propiedad de minerales (incs. 3 – 11, art. 19 nº 24)[1026].

En cuanto a los criterios de distinción entre ambos, ¿en qué podemos centrarnos para distinguir el uno del otro? Al respecto, PAZ – ARES señala que la libertad de empresa se proyecta sobre actividades económicas y el derecho de propiedad sobre los activos para tal desarrollo, por lo que actúa como su presupuesto[1027]. Por su parte, GARCÍA VITORIA señala que la libertad de empresa ampara el derecho a iniciar y sostener una actividad económica, mientras que la propiedad constituye una garantía para usar y disponer un conjunto de bienes[1028]. Por lo tanto, no es aventurado señalar que se trata de derechos muy unidos y que constituyen el pilar de una economía que encuentra en el mercado el principal mecanismo para las relaciones de intercambio de bienes y servicios.

Para observar esta relación, pondré algunos ejemplos en los cuales estos derechos coinciden pero también se distinguen.

El primero, lo podemos encontrar en las condiciones de ejercicio a la actividad bancaria, por cuanto señala el art. 50 de la Ley de Bancos[1029] que "el monto del capital pagado y reservas de un banco no podrá ser inferior al equivalente de 800.000 unidades de fomento (US $ 35.000.000, aproximadamente). Si el capital pagado y reservas se redujeren de hecho a una cantidad inferior al mínimo, el banco estará obligado a completarlo dentro de un año, plazo que el Superintendente podrá ampliar por motivos calificados hasta por otro año. Si no lo completare, se le revocará la autorización para funcionar". Es decir, para el ejercicio de esta actividad no sólo se exige un elevado patrimonio inicial, sino que ese patrimonio debe mantenerse para ejercer como entidad

[1026] Llamo la atención la densidad, pero al mismo tiempo brevedad de la regulación del derecho de propiedad en la CE, pues en pocas líneas, en lo sustancial, protege lo mismo (art. 33 CE).

[1027] *Cf.* PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA - REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op. cit.*, p. 366.

[1028] *Cf.* GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 196.

[1029] *Cf.* DFL 3 – 1997, *op. cit.*

dedicada al giro de la Banca. Y esta 'retención' no constituye una expropiación, a pesar de la imposibilidad de disponer de ese capital, porque es una condición para el ejercicio de la libertad de empresa en el específico caso de los Bancos.

Otra conexión se puede observar cuando se analiza la posición jurídica del accionista – inversor, que es aquel titular de acciones de una sociedad que no participa en su gestión. Sobre una parte del patrimonio social detenta el derecho de propiedad, y sin embargo, se encuentra limitado para ejercer los clásicos atributos del dominio al no poder acceder a la operatividad de la empresa. Incluso más, no es de extrañar que la gestión sea realizada por terceros ajenos a la propiedad social.

Por tanto, libertad de empresa y derecho de propiedad constituyen pilares de la Constitución económica chilena. Y esta afirmación no debería resultar polémica sino cuando se pretende interpretar, aplicar e implementar políticas en base a una lectura parcial de la realidad. Y me refiero específicamente a la que realiza la corriente neoliberal que, como hemos visto, desde la perspectiva económica bebe de una interpretación radical del monetarismo, pretendiendo extender sus axiomas a todas las esferas de la sociedad, como si el mercado no necesitara de correctores. Por lo mismo se puede señalar que la libertad de empresa y el derecho de propiedad no son el *sancta sanctórum* de los derechos, sino que se trata de derechos de textura abierta y que pueden ser condicionados en su comprensión por contacto con otros derechos fundamentales o con ocasión de políticas estatales destinadas a promover el bien común, por supuesto que en un marco de razonabilidad y proporcionalidad.

4. Mecanismos de protección de la libertad de empresa.

En el siguiente apartado trataré acerca de los mecanismos que defienden el derecho a la libertad de empresa, aunque es necesario realizar una advertencia previa: se trata de mecanismos de diversa naturaleza, pero dado que apuntan a la misma finalidad, la protección de un derecho fundamental, he optado por su estudio en un mismo apartado, realizando, desde luego, un análisis separado para cada uno de ellos.

Por de pronto, el respeto al contenido esencial se manifiesta con un carácter garantista en la medida que establece un límite al legislador para actuar en la esfera de derechos fundamentales; la reserva de ley es una garantía de exigencia normativa para regular temas relevantes. Por último, el Recurso de Amparo Económico (RAE) es el principal instrumento jurisdiccional de protección de la libertad de empresa, sin

perjuicio de la existencia de otros mecanismos, como lo son el recurso de protección u otras acciones ordinarias, incluyendo ciertos reclamos en sede administrativa.

4.1. Respeto al contenido esencial.

Esta garantía de protección de los derechos fundamentales ya fue analizada en otra parte de este trabajo y me remito a ella en todo lo relativo a la dificultad que supone la determinación del contenido esencial y las diversas teorías que existen al respecto[1030]. En esta sección simplemente me limitaré a analizar lo que ocurre en la Constitución chilena respecto de esta materia y las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre la misma.

Dice el art. 19 Nº 26 que la Constitución asegura a todas las personas "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Según NOGUEIRA, a esta norma se debe unir el art. 5 inc. 2 que señala que "la soberanía tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", con lo cual, "el límite del contenido de los derechos se proyecta no solo al legislador, sino también al poder constituyente instituido, estableciendo una garantía de irreversibilidad en materia de derechos fundamentales, lo que nos sitúa en la materia, en una afirmación y garantía mayor de los derechos fundamentales que los tres países antes mencionados"[1031].

Ahora bien, tratándose del TC chileno, a propósito del control de constitucionalidad respecto de la Ley de partidos políticos, ha tenido ocasión de referirse al contenido esencial señalando que "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser

[1030] *Cf.* Capítulo III, 1.3.5. Contenido esencial de la libertad de empresa.

[1031] NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". En: *Ius et Praxis* [online], vol.11, Nº 2, pp. 15 – 64. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es, [citado 30 Noviembre 2010]. Por lo mismo, señala el autor que "el legislador está obligado a respetar y tiene prohibido constitucionalmente afectar el contenido esencial de los derechos. Dicho contenido esencial se constituye en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituye un límite al poder de limitar los derechos, constituyendo la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica que se debe preservar" (*Ibíd.*).

reconocible y que se 'impide el libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"[1032]. Asimismo, agrega el TC que en el supuesto de establecer limitaciones a un derecho, éstas "jamás pueden afectar el contenido esencial, esto es, no pueden consistir en `privación' del derecho, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador"[1033]. Y esta privación que lo hace irrealizable o lo limita más allá de lo razonable, el TC la define así: "el derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular"[1034].

Aun cuando el TC chileno abraza la teoría absoluta para interpretar el contenido esencial, de todas maneras se encarga de acoger criterios de apertura para la comprensión del contenido esencial de los derechos: "estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación"[1035].

Con todo, a pesar de los esfuerzos del TC por establecer pautas de determinación en una materia polémica, los suyos no dejan de ser criterios imperativos y autoritarios, que no cuentan con un análisis dialéctico, porque se trata de afirmaciones más categóricas que sintéticas.

Realizando un esfuerzo por dotar de significado al contenido esencial, NOGUEIRA sostiene que éste debe ser inferido del sistema coordinado y armonizado del todo constitucional, puesto que "no hay parámetro objetivo alguno que permita precisar que es esencial y que es periférico en un derecho fundamental"[1036], pero agregando que

[1032] STCCh rol 43, 24 de febrero de 1987, considerando 21º. La misma referencia es recogida en las SSTCCh, rol 200, 14 de diciembre de 1994, considerando 5º; rol 280, 20 de octubre de 1998, considerandos 13º y 29º.

[1033] STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 46º.

[1034] STCCh, rol 280, 20 de octubre de 1998, considerando 29º.

[1035] *Ibíd.*, considerando 29, párrafo final.

[1036] NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *op. cit*. Para la determinación del

"el núcleo del derecho está delimitado y constituido por los enunciados normativos constitucionales y de los tratados sobre la materia… Así, el concepto de contenido esencial de los derechos, está dado por la complementación indisoluble del valor fundamental y supremo de la dignidad humana con el núcleo básico e intrínseco de cada derecho fundamental, expresado en forma jurídico – positiva y garantizado por la Constitución"[1037].

Al mismo tiempo, NOGUEIRA se pregunta acerca del rol que en la interpretación del contenido esencial corresponde al TC y a los Tribunales de Justicia, señalando que a éstos, al no ser órganos constituyentes, sólo les cabe interpretar y aplicar la normativa constitucional[1038].

Por último, NOGUEIRA une la limitación del contenido esencial con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los límites, con lo cual podríamos pensar que este autor defiende la teoría relativa, lo que no es cierto ya que se muestra distante de ella por el peligro de relativización[1039].

---

contenido esencial del derecho, este autor señala que "está constituido por el tratamiento que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos efectúan sobre los derechos en su articulado, sin que los tratados puedan rebajar las garantía del contenido ya establecido constitucionalmente, sino que sólo operando como normativa que enriquece, potencializa y garantiza mejor los derechos, vale decir, aplicando el principio de progresividad e irreversibilidad en materia de derechos complementado con el principio '*favor homine*' o 'favor persona'".

[1037] *Ibíd.*, "d) Nuestra posición sobre la determinación y el contenido del enunciado constitucional "contenido esencial de los derechos", párrafo segundo.

[1038] *Cf. Ibíd.*, "d) Nuestra posición sobre la determinación y el contenido del enunciado constitucional "contenido esencial de los derechos". En efecto, señala que "es necesario preguntarse si dicha tarea corresponde también al Tribunal Constitucional y a los tribunales superiores de justicia, en cuanto órganos jurisdiccionales encargados de ejercer jurisdicción o justicia constitucional. Consideramos que los órganos jurisdiccionales señalados no son órganos constituyentes, sino que órganos instituidos, los cuales deben respetar en cuanto tales la Carta Fundamental, a ellos sólo les corresponde interpretar y aplicar la normativa constitucional" (*Ibíd.*).

[1039] "el contenido esencial de los derechos fundamentales no opera como único límite de los límites, existiendo un segundo que opera copulativamente con el primero, el cual consiste en la exigencia de que la limitación del ejercicio del derecho se encuentra justificada. En otras palabras, un derecho fundamental sólo puede ser objeto de limitación válida desde un juicio de constitucionalidad si está justificada constitucionalmente a través del juicio de razonabilidad y proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial de los derechos. Hay así una prohibición de desproporción, las leyes que limitan el ejercicio de los derechos y garantías deben restringirse a lo indispensable no afectando el los derechos constitucionalmente protegidos. Toda intervención estatal en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales debe tener un sentido de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos que se deriva de la naturaleza de los derechos humanos y del Estado de Derecho" (*Ibíd.*).

Me he detenido en NOGUEIRA porque se trata de un autor que ha desarrollado un tema que raramente ha sido analizado en Chile[1040]. Sin embargo, sus consideraciones merecen algunas observaciones.

La primera, es su confianza excesiva en la normatividad, entendiendo que el contenido esencial es el que aparece en la Constitución y en las normas sobre derechos fundamentales, principalmente los tratados internacionales.

A primera vista se trata de un criterio a considerar. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos fundamentales en los tratados muchas veces también revisten el carácter de cláusulas abiertas, por lo tanto de contenido indeterminado y condicionados por su contexto. En todo caso, sí resulta relevante y destacable la propuesta de integrar la comprensión del contenido esencial con el carácter progresivo de los derechos fundamentales y el criterio *favor homine*. No obstante, estas creaciones jurídicas, que han favorecido un mayor y mejor respeto y promoción de los derechos fundamentales, cuenta con el inconveniente de toda construcción cultural: no pueden escapar a las condiciones de tiempo y espacio y exigen confiar en la madurez política de la sociedad para que no disminuya la garantía que suponen para la protección y promoción de los derechos.

La segunda, señala que los órganos jurisdiccionales son operadores que sólo deben 'interpretar' y aplicar la Constitución y las leyes, pero no dotar de contenido a los derechos. Sin embargo, la praxis demuestra que será el intérprete el encargado de ir determinando el contenido esencial de los derechos, ya que éste va mudando, tanto por el transcurso del tiempo como por su relación (y tensión) con otros derechos. Por tanto, a los órganos jurisdiccionales, y especialmente al TC les cabe un importante rol en la determinación del contenido esencial, como legítimos intérpretes de la Carta Fundamental. Otra cosa es la relativa a la legitimidad democrática de su composición, pero no podemos negarle la importancia que les cabe en la materia.

[1040] Del mismo autor, *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". En: *Estudios Constitucionales*, año 7, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2009, pp. 172 – 174. También puede verse, pero se trata de obras que revisan el tema de forma muy genérica: CEA EGAÑA, J.L.: "La esencia de los derechos y su libre ejercicio". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 29 – 30, Universidad de Chile, Santiago, 1981, pp. 112 – 117; RAJEVIC MOSLER, E.P.: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, pp. 40 – 44; FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 295 – 296; SOTO KLOSS, E.: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)", *op. cit*., p. 128.

Por último, a pesar de lo seductora que resulta la teoría relativa, no es menos cierto el peligro que encierra, puesto que después de aplicar el principio de proporcionalidad, puede ocurrir que tras ello no quede nada y suponer el vaciamiento del derecho. Pero la absoluta también supone riesgos, ya que puede propiciar una disminución del nivel de garantías, pues si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del 'contenido adjetivo' debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada[1041]. Por lo anterior, encuentro una respuesta adecuada en la teoría de la proporcionalidad, siempre y cuando se dé cumplimiento a las tres condiciones: que la medida sea necesaria, adecuada y proporcionada. Hecho ese análisis y cumplidos los supuestos, en ese momento, y atendido el caso concreto, podría estimarse que la norma legal es constitucional porque respeta el contenido esencial de la libertad de empresa.

Para el caso del contenido esencial de la libertad de empresa, me remito a lo visto en otra parte de este trabajo[1042], aunque valgan algunas consideraciones específicas para el caso chileno.

Con ocasión del examen de constitucionalidad de la Ley de Prensa, algunas de sus disposiciones fueron declaradas contrarias a la Constitución. En el caso del inc. 2 del art. 43 del proyecto de ley, éste fue rechazado por el TC, letras a) y b) por violar, el art. 19 Nº 21 (libertad de empresa), pero también el art. 19 Nº 26 (respeto al contenido esencial)[1043], sin perjuicio de adolecer también de vicios desde la perspectiva de la formación de la ley.

Señala como razones de inconstitucionalidad que el referido art. 43, al establecer limitaciones al control de la propiedad de los medios, atenta contra el art. 19

[1041] *Cf.* PRIETO SANCHÍS, L.: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades *op. cit*., p. 438.

[1042] *Cf.* Capítulo III, 1.3.5. Contenido esencial de la libertad de empresa

[1043] Señalaba el inciso segundo del art. 43 del proyecto de ley que "se reputarán como hechos de la naturaleza de los sancionados en el inciso precedente: a) En el ámbito de la prensa escrita, el control de más del 30% del mercado informativo nacional en manos de una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras; y el control directo o indirecto por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras, de más del 30% de la distribución de los diarios de información general; b) El control de más del 15% del mercado informativo general por una sola persona natural o jurídica; o más del 20% del referido mercado por dos o más personas naturales o jurídicas, asociadas; c) El dominio de dos o más tipos diversos de medios de comunicación social en un mismo mercado, por una persona natural o jurídica, sola o asociada con otra u otras".

nº 21, es decir, "de desarrollar cualquiera actividad (económica) lícita sin más limitaciones que no ser contraria a la moral, ni al orden público ni a la seguridad nacional, puesto que ninguna de estas circunstancias se da aquí, ya que la actividad que se pretende impedir no aparece atentatoria a ellas porque se tengan porcentajes mayores a los que el proyecto prevé"[1044]. Pero además, "la limitación que tanto la letra a) como la letra b) disponen en cuanto a la posesión de porcentajes llamado 'control' afectan de manera directa la posibilidad de desarrollar la actividad económica indicada, por causas ajenas a las que la Constitución precisa en su artículo 19, N° 21, inciso primero, imponiendo exigencias que afectan al *contenido esencial* de este derecho reconocido expresamente por el artículo 19, N° 26, pues impiden su libre ejercicio"[1045].

En este caso, el carácter garantista del respeto al contenido esencial fundamenta la sentencia. Pero su argumentación genera algunos inconvenientes.

El primero, es que afirma que las limitaciones establecidas por la ley no se encuentran comprendidas entre las autorizadas por la Constitución. Sin embargo, orden público, moral o seguridad nacional son cláusulas abiertas que deben interpretadas contextualmente[1046].

El segundo, afirma la sentencia que las limitaciones impuestas "afectan el contenido esencial del art. 19 Nº 21. ¡Pero sin dar ni un solo argumento explicativo acerca del contenido esencial de la libertad de empresa! ¿Será porque se trata de una obviedad? ¿O por qué es un tema pacífico? Nada más lejos de la realidad.

Es cierto que hay elementos que deben formar parte del derecho. Por de pronto, la libertad de empresa no puede entenderse sin mercado, que será su presupuesto fáctico. Y si el mercado es el marco de referencia, éste no se entiende sin competencia. De ahí entonces la contradicción de la sentencia, porque la disposición declarada inconstitucional, lo que pretendía era estimular la competencia y prohibir la concentración de los medios informativos en pocas manos – el peligro del totalitarismo

[1044] STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 44º.

[1045] *Ibíd*., considerando 45º. La cursiva es mía.

[1046] Simplemente a modo de hipótesis, es razonable postular que el sistema de derechos fundamentales forma parte de la moral, ya que permite el la protección de la persona, pero también el despliegue legítimo de la pluralidad social en una sociedad democrática. ¿O acaso la moralidad sólo está asociada a la moral sexual? Recordemos que también existen perspectivas morales y éticas relacionadas con el carácter social del ser humano. En este caso, el control de la propiedad por parte de unos pocos oligopolios atenta contra el derecho a la libertad de expresión, al no favorecer un modelo informativo plural.

informativo no sólo es privilegio estatal; los particulares no están exentos de la tentación totalitaria – por lo que si existe un contenido esencial básico de la libertad de empresa, éste se encuentra dado por el marco del mercado y el supuesto de la competencia. Lo anterior no significa en todo caso claridad sobre la comprensión del contenido esencial, pero es un límite básico y primordial.

Finalmente, la libertad de empresa es un derecho de textura abierta y que cuenta con límites, que se han establecido no por referencia a intereses o derechos concretos, sino mediante la remisión a cláusulas generales, por lo que para limitar este derecho se encuentra el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados.

Con todo, estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe esforzarse por arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, por lo que resultará de capital importancia la ponderación de intereses relevantes y el cuidado normativo en la configuración de los diferentes espacios de aplicación de la normativa en la que influye la libre iniciativa económica. Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad. Ahora bien, la complejidad del mundo económico impide dar soluciones *a priori* sobre los resultados de la ponderación, ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica; hay espacios en que la intervención del Estado es muy amplia y otras en que es reducida, *V.g.* no revisten el mismo grado de intensidad la intervención estatal en materia medioambiental o en el sector de telecomunicaciones que en el comercio minorista.

Por tanto, siendo el mercado el marco para el desarrollo de la iniciativa privada, el contenido esencial de la libertad de empresa será el resultado de la ponderación de las medidas restrictivas, que deben cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad: necesidad, adecuación, proporcionalidad y, como señala ALEXY, que el fin perseguido debe ser digno de la limitación del derecho fundamental por tratarse de intereses que tienen el mismo rango abstracto[1047].

[1047] *Cf.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 72.

4.2. La reserva de ley.

4.2.1. Algunas cuestiones preliminares.

El art. 19 Nº 21 señala que la libertad de empresa se desarrolla "respetando las normas legales que la regulan". A partir de esta afirmación, emergen, al menos, dos cuestiones. Lo primero, el verbo empleado por la disposición es "regular". ¿Qué supone la regulación? ¿Tiene relación con las limitaciones? Pero lo segundo es más complejo y se debe relacionar con el art. 63 de la Carta Fundamental, que señala que sólo son materias de ley, "las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley" (Nº 2), en el ámbito de la libertad de empresa rige el principio – y garantía – de reserva legal a favor de los particulares, es decir, que será la ley la encargada regular su ejercicio, en detrimento de cualquier otra norma de inferior jerarquía, especialmente la potestad reglamentaria.

En cuanto a la regulación, podemos seguir varios caminos. Por de pronto, el sendero guiado por su definición en el Diccionario de la Real Academia Española, que en su cuarta acepción, señala que regular es "determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo"[1048], es decir, como lo entiende el TCCh, "sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular se llegue a impedir el ejercicio de una actividad"[1049].

Pero este primer acercamiento es insuficiente dada la complejidad de la actividad regulatoria, porque en la voz 'regular' también se tocan las limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho. ¿Es legítimo limitar o restringir un derecho fundamental, en este caso concreto la libertad de empresa? La respuesta inicial es inequívoca: sí, por cuanto no se trata de un derecho absoluto. El problema está en el nivel de la limitación, hasta dónde puede llegar. El TCCh ha señalado que "en caso alguno, bajo pretexto de 'regular' un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el

[1048] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición. Disponible en internet: http://www.rae.es/rae.html, [citado 30 Noviembre 2010].

[1049] STCCh, rol 146, de 21 de abril de 1992, considerando 9º.

artículos 19, N° 21, de la Constitución Política"[1050], es decir, no puede dificultarse el ejercicio cualitativo del derecho de modo que impida su ejercicio o lo desnaturalice.

Sin embargo, siguen siendo oscuros los contornos de los límites, porque no queda claro el límite entre la licitud o ilicitud, habida cuenta de los cambios permanentes que se producen en las distintas esferas sociales.

Desde una perspectiva del orden económico, se ha señalado que regular es "corregir fallas e imperfecciones de los mercados en beneficio del propio sector privado en su conjunto, de la economía como un todo y, en un sentido más amplio, de la ciudadanía y la nación"[1051]. Este acercamiento conceptual establece un criterio amplio que autoriza una restricción de las actividades económicas, por cuanto las correcciones por vía de regulación redundan en beneficio del sistema, de un sector, de particulares o de los ciudadanos, y por tanto, la reserva legal es garantía de todos. No obstante, desde una perspectiva puramente individualista, se ha afirmado que la reserva legal económica "cede a favor del individuo, por esto, la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado a favor del individuo"[1052]. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer que por un lado está la garantía de la reserva y por otro la regulación, esta última forma parte de la garantía, por tanto, las regulaciones – y limitaciones – pueden tener un amplio abanico de protección, como lo propone LANDERRETCHE, posición que comparto.

Tratándose de lo segundo, la reserva de ley y su relación con la potestad reglamentaria, es necesario recordar previamente que el fundamento de esta garantía radica en que "toda restricción que no emane de los representantes del pueblo, sólo puede asegurarse imponiendo a éstos la obligación de adoptar por sí mismos las normas que la imponen; una obligación que además sólo pueden cumplir de acuerdo con un procedimiento público y contradictorio en el que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, sí en debate con los intereses de todos"[1053], o sea, se trata de que las limitaciones al ejercicio de los derechos sean fruto de las decisiones de los legítimos

[1050] STCCh, rol 167, de 6 de abril de 1993, considerando 14º.

[1051] LANDERRETCHE, O.: "Notas sobre el rol del Estado en la Economía", *op. cit.*, p. 205.

[1052] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., p. 151.

[1053] RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 26.

representantes del titular del poder soberanos, y por tanto, se trata de una garantía del sistema democrático.

Con todo, es necesario reconocer la crisis de la Ley como categoría básica del Derecho público. Por de pronto, la virtualidad de la ley se está atenuando al ser cada vez mayor el número de casos en que se negocia fuera del Parlamento – la sede propia de la deliberación – cuando se trata de intereses o materias relevantes y complejas. Al mismo tiempo, su eficacia jurídica es cada vez menor en la medida en que la resistencia a las actuaciones del Estado muestra su incompatibilidad con el libre desarrollo capitalista, unido todo lo anterior al hecho de la cada vez mayor importancia del contrato en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa de los intereses privados[1054].

No obstante lo anterior, y reconociendo la crisis, siguen vigentes ciertos principios propios de la ley: su carácter democrático y su eficacia formal (primacía y "preferencialidad"). Su carácter democrático, ya que la ley es manifestación de la voluntad soberana y cuenta con las notas de generalidad, abstracción y coercibilidad, que en clave de voluntad general es fórmula de la libertad, pues es fruto de un Parlamento representativo. La eficacia formal de la ley comprende su primacía, es decir, su fuerza irresistible, ya que las fuentes normativas de inferior rango no pueden contravenirla[1055].

En todo caso, la reserva de ley es un tema complejo, con diversas aristas y que se relaciona, no sólo con una nota sustancial del Estado de Derecho, sino que especialmente con el sistema de derechos fundamentales.

Retomando la relación entre ley y reglamento, existen diversas teorías que explican esta relación.

[1054] *Cf.* CABO MARÍN, C. DE: "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social *op. cit*., p. 71. Sobre la "crisis" de la ley, entre muchos, *Cf.* RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.: "'Crisis de la ley', principios constitucionales y seguridad jurídica". En: *Universitas*, Nº 3, Universidad Carlos III, Madrid, 2005 – 2006, pp. 23 – 42; HIERRO, L.: "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de ley". En: *Doxa*, Nº 26, Universidad de Alicante, Alicante, 2003, pp. 471 – 474; MARTÍNEZ ROLDÁN, L.: "El Derecho y la crisis de la Ley". En: *Derechos y libertades*, Nº 13, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 117 – 123.

[1055] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "Apostillas: Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (De La Germanización al Practicismo)". En: *Ius et Praxis*, [online], vol. 7, Nº 2, 1998, pp. 209 – 257. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200010&lng=en&nrm=iso, [citado 30 Noviembre 2010]. Advierto que a lo que se ha llamado 'primacía', este autor lo denomina "carácter irrefragable".

4.2.2. La relación Ley – reglamento.

La Constitución de 1980 invirtió el principio de dominio legal que existía en la Constitución de 1925[1056]. Ésta consagraba un sistema de dominio legal mínimo, lo que quiere decir que el legislador era competente para regular no sólo las 'materias de ley', sino también otras que no estuvieran contenidas en la disposición constitucional que las establecía[1057]. Por el contrario, en la Constitución promulgada en 1980 rige el sistema de dominio legal máximo, es decir, las materias de ley son las que establece el art. 63 y sólo ésas[1058]. Si una materia no se encuentra comprendida en esa disposición, en principio, puede la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República proceder a regularla, de conformidad con el art. 32 Nº 6[1059].

Digo en principio, porque el Nº 20 del art. 63 señala que es materia de ley "toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico", entonces, dada la amplitud de materias que puede abarcar la norma, produce una inmediata relativización acerca de la importancia de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente[1060].

Ahora bien, lo que reclama mi atención es la relación efectiva entre potestad reglamentaria y ley, especialmente en un contexto de crisis de la ley como fuente

---

[1056] A modo de aclaración, en el ordenamiento jurídico español, esta institución es conocida como "reserva de ley".

[1057] El art. 44 de la Constitución de 1925 partía del siguiente encabezado: "sólo en virtud de una ley". A continuación se enumeraban quince materias que podrían ser reguladas por ley. Pero la palabra "sólo" es la que denota el mínimo, porque eran al menos estas materias las reservadas a la ley, pero si había otra materia que no aparecía en el art. 44 de la Constitución, nada impedía que se pudiera regular por ley.

[1058] El inc. 1 del art. 63 dice: "sólo son materias de ley", es decir, éstas y sólo éstas, nada más.

[1059] "Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes". De esta norma se desprende la distinción entre potestad reglamentaria autónoma y de ejecución.

[1060] Al respecto, RAJEVIC señala que "en virtud de esta norma, la potestad reglamentaria autónoma no podrá jamás regular las bases esenciales de un ordenamiento, cualquiera que sea (penal, civil, urbanístico" (RAJEVIC MOSLER, E.P.: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *op. cit.*, p. 31). En el mismo sentido, CEA señala que la potestad reglamentaria autónoma del Presidente es una mera apariencia de innovación pues "el catálogo taxativo del art. 60 (actual art. 63) contiene mandatos cuya sustancia preceptiva o capacidad normativa es disímil, llegándose a la cima con el principio común consagrado en su último número" (CEA EGAÑA, J.L.: "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, p. 430).

normativa, pero también por la complejidad de ciertas materias que reclaman una intervención precisa, altamente profesional y detallada, características éstas que no son propias de las leyes.

Algunos autores han señalado que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales ha sido entregada a la reserva del legislador y se le ha prohibido a éste que delegue atribuciones legislativas en estas materias, por lo que el Presidente no puede intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales[1061].

Entonces, si sólo la ley es apta para limitar los derechos fundamentales, ¿cuál será entonces la línea divisoria entre la ley y reglamento para el caso de los derechos fundamentales? Porque una cosa está clara: la regulación de estos derechos sólo le corresponde a la ley, pero ¿de qué estamos hablando cuando empleamos la palabra regulación? Al respecto, en Chile se pueden advertir dos posturas sobre la materia: una propuesta extensiva y otra restrictiva, si bien hay una tercera, intermedia, aunque más cercana a la primera, que habla de la reserva legal 'reforzada'[1062].

La postura extensiva es aquella que "exige que las normas legales desarrollen las materias reservadas a la ley hasta el máximo de determinación posible. Así toda regulación del ejercicio de un derecho debe ser mediante ley, correspondiendo al reglamento su sola ejecución y no el establecimiento de nuevas regulaciones en reemplazo de la ley"[1063]. Representantes de esta posición son BERTELSEN y SOTO.

[1061] "Es sabido que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales ha sido entregada a la reserva del legislador, en cuanto es éste el órgano estatal competente para dictar normas que permitan su más adecuada realización por sus titulares. Pero hay más: a fin de asegurar efectivamente que sea el legislador quien determine esa regulación, le prohíbe expresamente que delegue atribuciones legislativas en tal materia, de tal manera que jamás puede el Presidente de la República -en tal caso a través de decreto con fuerza de ley- intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículos 61, inciso segundo, de la Constitución Política). Si, como se advierte, ni siquiera puede por Decreto con Fuerza de Ley intervenir el Presidente de la República en la regulación de los derechos fundamentales por estarle expresamente prohibida tal posibilidad, mucho menos podrá intervenir por la vía simplemente reglamentaria mediante una mera remisión que le haga el legislador, pues ello además de infringir claramente las competencias que ha establecido el constituyente significaría un verdadero fraude a la Constitución, lo que debe declararse perentoriamente inadmisible" (STCCh, rol 185, 28 de febrero de 1994, voto disidente del ministro Jordán y del abogado integrante Eduardo Soto (redactor del fallo).

[1062] Sobre la misma distinción ZÚÑIGA prefiere hablar de reserva absoluta y relativa (*Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F. (2001): "Apostillas. Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de la Germanización al Practicismo)", *op. cit.* En cuanto a la reserva reforzada, se trata de una propuesta de FERMANDOIS, que analizaré en su momento.

[1063] RAJEVIC MOSLER, E.P.: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *op. cit.*, p. 33.

BERTELSEN lamenta que sean tan frecuentes los episodios en los que la Administración, por medio de reglamentos "se ocupa de materias propias de ley, y a veces incluso a instancias del legislador que remite al reglamento la regulación de determinadas materias que la Constitución incluyó dentro del dominio legal, remisiones que, está de más decirlo, son inconstitucionales"[1064].

Por su parte, SOTO insiste en la idea que ya manifestó en su voto disidente en la sentencia rol 185 del TCCh, ya que sostiene que no existe en la Constitución chilena la posibilidad de remisión normativa, que implica que el legislador reenvíe al Presidente para que éste "*legisle* en materias de reserva legal *complementando o completando* lo que al legislador le corresponde por imperativo constitucional y que no hace u omite. Tal figura no tiene cabida ni cobertura alguna normativa en la Constitución chilena"[1065]. Esta corriente ha sido reconocida en algunas sentencias del TCCh, entre las que destacan los fallos sobre Letreros Camineros[1066], la relativa al proyecto de ley sobre Bases del medioambiente[1067] o la sentencia sobre acceso a las playas[1068], sentencias que exigen que todos los elementos, esenciales y accesorios de la materia reservada queden encomendados a la ley.

Por su parte, la propuesta restrictiva postula que el órgano administrativo puede, ejerciendo la potestad reglamentaria de ejecución, complementar la regulación de los derechos fundamentales, ya que "la ley sólo establecerá los principios rectores de la normativa que regula el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, de tal forma que por el desarrollo de la potestad reglamentaria se integrarán a las normas básicas legales los preceptos de carácter reglamentario"[1069]. Funda su postura el autor en el

---

[1064] BERTELSEN REPETTO, R.: "Comentario sentencia del Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de Decreto Supremo que prohíbe carteles en caminos públicos". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, p. 127.

[1065] SOTO KLOSS, E.: "En la forma que prescriba la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, p. 690. La cursiva es del autor.

[1066] STCCh, rol 146, de 21 de abril de 1992, considerandos 18º – 19º.

[1067] STCCh, rol 185, de 28 de febrero de 1994, considerando 12º, letras d) y e).

[1068] STCCh, rol 245 – 246 (acumulados), de 2 de diciembre de 1996, considerandos 24º - 28º. 32º – 36º.

[1069] REYES RIVEROS, J.: "El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, p. 83.

hecho de que las leyes son normas obligatorias generales y básicas (art. 63, Nº 4, 16, 18 y 20) y que el reglamento tiene un carácter general y complementario. Si la ley regulara más allá de lo básico, carecería de sentido la potestad reglamentaria y no sólo eso, sino que chocaría con uno de los fundamentos de la Carta Fundamental, a saber, el propósito de acotar el dominio legal y expandir el reglamentario, lo cual apunta a mejorar la eficacia normativa, especialmente en materias complejas como pueden ser las epidemias, planificación urbana, etc[1070].

En una línea similar se manifiesta CAMACHO, quien defiende la colaboración que existe entre ley y reglamento, puesto que "el legislador parlamentario invoca al poder administrativo para que éste termine de regular la materia de acuerdo a las bases (fines y medios) consignadas por el texto legal"[1071]. Lo anterior se da especialmente en el ámbito de las actividades económicas, las que "se desenvuelven en un ámbito administrativizado por excelencia, sobre todo por la importancia que tienen el éxito y marcha de la economía. En este sentido, la expresión con sujeción a las normas legales que la regulen debe comprender todo el universo de normas jurídicas incluyendo o, mejor sin excluir, las normas administrativas que tienen incidencia sobre estas actividades por cuanto son parte del ordenamiento jurídico"[1072].

En esta perspectiva también encontramos a BULNES, quien sostiene que la doctrina correcta es que las limitaciones a la libre empresa pueden ser ordenadas por la autoridad administrativa, siempre y cuando ésta se encuentre autorizada por la ley, es decir, no es el legislador la autoridad llamada a imponer las limitaciones a la libertad de empresa, pues esta competencia no le está asignada expresamente[1073], sin embargo, esta tesis que es de 1985, es modificada por su propia autora, en el momento en que suscribe

[1070] *Cf. Ibíd.*, pp. 83 – 90. Da abundantes ejemplos de la vida real para justificar su opinión.

[1071] CAMACHO ZEPEDA, G.: "La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: Notas para un reexamen de la cuestión". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 214, Legalpublishing, Santiago, 1998, p. 15.

[1072] *Ibíd.*, p. 16. A juicio de FERMANDOIS, en esta postura "se observa una concepción de trasfondo nostálgica de la administración de la vida ciudadana" (FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit.*, p. 161).

[1073] *Cf.* BULNES ALDUNATE, L.: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", *op. cit.*, pp. 157 – 158).

el voto de la mayoría en una sentencia del TCCh que postula la tesis de la reserva extensiva en el ámbito de libertad de empresa[1074].

La jurisprudencia también ha defendido la propuesta restrictiva, por ejemplo, la CS se ha referido a este tema en los casos de restricción a la circulación de vehículos de motor,[1075], y el TCCh, en el caso del decreto tarifario de transporte[1076], el de la Ordenanza de Urbanismo y Construcción[1077] o la Ley de Presupuestos[1078]. Incluso en alguna sentencia ha llegado a sostener que cuando la Constitución habla de normas legales, "esta Corte concuerda con otorgar a la expresión una extensión amplia y comprensiva de las normas emitidas por la autoridad postestativa del órgano administrativo del Estado"[1079].

Por su parte, FERMANDOIS afirma que la reserva legal debe ser entendida de una manera "realista ante el mundo real"[1080]. Esto, porque si bien encuentra razonable la postura extensiva, la reserva legal admite perfectamente la potestad reglamentaria de ejecución en materia de derechos fundamentales, pero limitada a la ejecución de la ley y nunca en un plano regulatorio, ni limitativo o restrictivo de derechos, porque ello sólo corresponde a la ley, sin perjuicio de que la ejecución administrativa de la ley reguladora puede conllevar un cierto grado de regulación, siempre y cuando la norma

[1074] *Cf.* STCCh, rol 167, de 6 de abril de 1993, considerandos 15º - 16º. Sobre este cambio de opinión de la autora, ATRIA tiene severas – y duras – objeciones. Sobre el caso señala que "las opiniones en derecho son siempre inestables, que no es extraño que uno cambie de opinión… pero es extraño que una persona declare primero (1985) que 'no es el legislador la autoridad llamada a imponer las limitaciones o prohibiciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica', y luego afirme que 'si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas *claramente*, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por la ley y no mediante normas de carácter administrativo… Los ciudadanos tenemos derecho a saber por qué ese cambio tan drástico de opinión se produjo justamente cuando había que resolver un problema político. Y mientras no tengamos buenas razones tenemos derecho a pensar que hubo compromiso ideológico en el menos respetable de los sentidos de esta palabra" (ATRIA LEMAITRE, F.: "El Tribunal Constitucional y la objeción democrática". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, p. 377).

[1075] *Cf.* RAJEVIC MOSLER, E.P.: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *op. cit*., p. 38,

[1076] *Cf.* STCCh rol 388, de 25 de noviembre de 2003, considerando 18º.

[1077] *Cf.* STCCh, rol 253, de 15 de abril de 1997, considerandos 4º – 6º.

[1078] *Cf.* STCCh, rol 254, de 26 de abril de 1997, considerandos 11º – 14º.

[1079] SCA (Santiago), rol 2762 – 91, de 15 de junio de 1992. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 144, Legalpublishing, Santiago, 1992, p. 75.

[1080] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., p. 163.

ejecutora no imponga requisitos que hagan más exigente o gravoso el ejercicio del derecho que como estaba establecido por la ley. Por ello, sin rechazar la idea de la colaboración reglamentaria, su alcance es más restrictivo que amplio. Ha llamado a su propuesta como 'reserva legal reforzada'[1081].

El tema en cuestión no es de fácil solución y se observa la tensión, tanto en la doctrina como la jurisprudencia. Por un lado, se encuentra la defensa de los derechos fundamentales, por tanto sus límites sólo podrán establecerse, cuando son razonables y en el marco que establece la Constitución, por la ley. No obstante, también es cierta la complejidad del mundo contemporáneo, fenómeno al cual el derecho debe hacer frente. En ocasiones, el conflicto genera un problema más de hecho que normativo, pues ¿cómo se pueden regular extensivamente todas y cada una de las esferas de una realidad determinada por ley?

Por lo mismo, comparto la opinión de ZÚÑIGA, quien sostiene que la relación entre la ley y la potestad reglamentaria no es una relación rígida o mecánica, sino más bien dialéctica; ya que en conexión con la garantía del principio de reserva de ley, se atribuye al legislador la limitación y regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, pero con ligazón directa con las directrices políticas que están llamadas a ejercer una influencia relevante en las reglas de hermenéutica constitucional[1082]. En la actualidad, la jurisprudencia, además de reforzar el concepto de ley, refuerza el la potestad reglamentaria en el ámbito de la administración económico – financiera del Estado y se inclina por una concepción de reserva de ley relativa, admitiendo que ésta recoja las referencias normativas de orden formal y material de tipo esencial, y que el reglamento de ejecución pueda contener referencias normativas de tipo accidental y necesarias para la total ejecución o cumplimiento de la ley[1083].

Por último, quisiera realizar un comentario en relación al caso llamado "catalíticos", en atención a que se trata de un DS que pretende restringir la circulación de coches con sello verde en días de preemergencia ambiental en la ciudad de Santiago.

[1081] *Cf. Ibíd*., pp. 162 – 163.

[1082] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F. (2001): "Apostillas. Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de la Germanización al Practicismo)", *op. cit.*, (III. Conclusiones: apuntes sobre *obiter dicta* y *ratio decidendi*).

[1083] *Cf. Ibíd.*

Una aclaración previa. Las restricciones de vehículos para controlar la contaminación atmosférica han sido ordenadas en Chile desde hace bastante tiempo por DS (1986). Incluso, un proyecto de ley que pretendió facultar al Presidente para decretar restricciones a la circulación de coches fue declarado inconstitucional en esa parte por el TC[1084]. Según FERMANDOIS, "el precedente era claro; ni aún con una ley el TC había tolerado prohibiciones a la circulación de vehículos motorizados"[1085].

Con todo, en 2001 el Ejecutivo dicta un DS que dispone incluso la restricción de circulación de coches con sello verde (catalíticos) en días de pre emergencia ambiental[1086]. Por ello, se presenta un requerimiento por inconstitucionalidad, el que es deducido por un grupo de senadores para impugnar el acto administrativo[1087].

La primera observación crítica que se puede realizar a la sentencia es que el TC señala que no le corresponde emitir pronunciamiento sobre el mérito (el fondo) del conflicto constitucional[1088], sin embargo, termina resolviendo sobre éste, pues afirma que, a pesar de que las normas legales en que se funda el DS no cumplen totalmente los requisitos de determinación y especificidad, la medida de restricción de vehículos de motor (incluidos los de sello verde) es excepcional para casos de emergencia y pre emergencia ambiental y destinada a proteger el derecho más preciado cual es la vida humana y la integridad física y psíquica. En definitiva, el TC chileno se pronuncia sobre el fondo del conflicto y además sostiene una doctrina de 'cuasi' constitucionalidad del DS N°20 de 2001[1089].

[1084] *Cf.* STCCh, rol 185, de 28 de febrero de 1994, considerando 12º.

[1085] FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico, op. cit*., p. 183.

[1086] *Cf.* DS 20, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22 de enero de 2001, *Diario Oficial*, Nº 36.937, Santiago, 12 de abril de 2001.

[1087] *Cf.* STCCh, rol 325, de 26 de junio de 2001.

[1088] "Estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual" (*Ibíd*., considerando 38º).

[1089]"En función de analizar la constitucionalidad del decreto, debe entrarse a determinar si el mandato legal que pretende singularizar el reglamento, cumple o no con las exigencias de determinación y especificidad, lo que debe hacerse en primer término respecto de las disposiciones de la Ley de Bases del Medio Ambiente… Como la Región Metropolitana se encuentra en situación de saturación y también de latencia, según el contaminante de que se trate, obedeciendo el mandato del artículo 44 de la Ley Nº

Una segunda observación se refiere a la ponderación de derechos que realiza el TC. A pesar de la curiosa fórmula de 'cuasi constitucionalidad' del DS, el TC recurre a una jerarquización de los derechos fundamentales para admitir el DS, por cuanto, en el fondo, la prohibición de circulación de coches con sello verde protege el "derecho más preciado cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas". Sin embargo, a pesar de existir distintos 'tipos' de derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), "los bienes jurídicos que cada uno de estos derechos reconoce, todos tienen la misma jerarquía y condición de iusfundamentalidad, la cual está dada por su recepción en la Constitución del Estado y no por valores o principios que trasuntan dichos bienes jurídicos. Aceptar que hay una jerarquía de derechos en función de principios y valores es una puerta abierta a la 'tiranía de los valores'"[1090].

Cuando se produce un conflicto entre derechos fundamentales, la colisión se da entre derechos que tienen la misma jerarquía y lo que deben realizar los poderes públicos es aplicar reglas de interpretación e integración normativa que los resuelvan. En este caso, existe un conflicto que debió resolverse conforme a una interpretación de la Constitución que tenga presente la 'fórmula política' imperante, pues todo Estado tiene una concepción política imperante que supone la adopción de un conjunto de decisiones presentes en el 'pacto constitucional' (en Chile, Estado Democrático, de Derecho, Unitario, en Régimen Presidencialista y un proyecto determinado en la Constitución económica y social). Entonces, cuando se produce un conflicto entre un

19.300, se dictó a su respecto el correspondiente plan de descontaminación y prevención, el que es necesario revisar y actualizar periódicamente. Continúa afirmando que producto de esta actualización, se puso al día el aludido plan, mediante la modificación de la citada norma de emisión, eliminando la excepción que favorecía a los vehículos con "sello verde". Enfatiza que en virtud de esa decisión, la restricción a estos vehículos sólo puede ser aplicada en el Gran Santiago, en situaciones de pre-emergencia y emergencia ambiental, subrayando la íntima vinculación entre estas situaciones y el riesgo de salud para la población… De esta suerte, ponderando la indispensable flexibilidad con que debe contar el Administrador para hacer frente a situaciones ambientales constantemente cambiantes, que hay que analizar en una perspectiva esencialmente dinámica, y que miran a la preservación de la salud y, a la postre, a la conservación de la vida humana, debe concluirse que en función de estos muy particulares factores y aplicando criterios hermenéuticos finalistas, las normas de la Ley Nº 19.300, miradas en su conjunto, *si bien no cumplen a cabalidad* con el principio de "reserva legal", resultan aceptables en este caso" (considerandos 42º y 43º. La cursiva es mía). En relación a la sentencia, véanse los comentarios críticos de FERMANDOIS y ZÚÑIGA: FERMANDOIS, A., *Derecho Constitucional Económico*, *op. cit*., p. 185; ZÚÑIGA URBINA, F. (2001): "Apostillas. Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de la Germanización al Practicismo)", *op. cit.*. (IV. Apostillas a sentencia del Tribunal Constitucional sobre restricción a catalíticos: *obiter dicta* y *ratio decidendi*).

[1090] ZÚÑIGA URBINA, F. (2001): "Apostillas. Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (de la Germanización al Practicismo)", *op. cit.*. (IV. Apostillas a sentencia del Tribunal Constitucional sobre restricción a catalíticos: *obiter dicta* y *ratio decidendi*. 2. *Ratio decidendi*, letra i).

derecho civil y un derecho económico – social, lo que debe resolverse en ese conflicto es el interés individual versus el interés público. Por tanto, el desarrollo legislativo de los derechos debe tener como telón de fondo una concepción previa acerca del Estado y sus funciones. De este modo, los intereses públicos confieren la medida de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad a la intervención regulatoria del Estado en el campo de los derechos[1091].

En este caso concreto, el fondo de las medidas administrativas han justificado un sacrificio de la forma. No obstante, por legítimas que sean las razones que impulsan a la actuación del órgano administrativo, nada autoriza que para ello deba violentarse la Constitución. Pero, al mismo tiempo, no es razonable acudir a criterios rígidos y originarios para interpretar la Carta Fundamental. Recordemos que la Constitución tiene un techo ideológico abierto, por tanto, ella da cabida a distintas sensibilidades políticas que comprenden e interpretan el fenómeno de lo público de manera distinta. Y en la dialéctica libertad – igualdad, pueden existir acercamientos diferentes. De ahí que no extrañe que para los defensores acérrimos de la libertad, la restricción de circulación de los coches catalíticos supone una violación flagrante de los derechos personales. Claro, si leemos a HAYEK nos daremos cuenta que la función social que le cabe al Estado es una ilusión, por tanto, es un razonamiento equivocado suspender una libertad por un eventual (e indemostrable) bien común.

Sin embargo, esa lectura puede – y debe – ser matizada, toda vez que el *factum* social lo exige. No vivimos solos sino que *con – vivimos* y esta imposición (que no es optativa) supone sacrificios cualitativos al ejercicio de la libertad. En esta sentencia se manifiesta un problema jurídico, pero también se trata de un problema político y de la lectura que se puede realizar acerca del rol del Estado en la vida social. Por lo mismo, la tensión ley – reglamento no es aséptica, sino una tensión compleja en que coinciden razones jurídicas, pero también políticas. Entonces, tratándose de la reserva de ley, me

[1091] *Cf. Ibíd*. Incluso, ZÚÑIGA señala que "cuando el artículo 19 N° 24 reconoce el derecho de propiedad consagra la cláusula de 'función social' propia del constitucionalismo social y admite que el legislador pueda establecer limitaciones para asegurar la función social del derecho. En la función social está comprendida la conservación del patrimonio ambiental, es decir, desde este punto de vista el derecho a propiedad puede ser legítimamente limitado en pos de salvaguardar el patrimonio ambiental. Por consiguiente, cuando se establece una restricción a los vehículos catalíticos se está velando por el interés general de la nación. Y las limitaciones que se impetren al derecho de propiedad y a los titulares de este derecho en vehículos motorizados, deben ceder en su derecho de propiedad en razón de esos bienes jurídicos".

inclino por acoger su versión relativa, dado que favorece una legítima y razonable flexibilidad de actuación al legislador y a la Administración.

5. Mecanismos de protección de la libertad de empresa y en especial el Recurso de Amparo Económico (RAE).

En este apartado me esforzaré por señalar los mecanismos de protección más importantes de la libertad de empresa. Si bien se han revisado algunos elementos garantistas del art. 19 Nº 21 de la Constitución, ahora se trata de analizar cómo se encarnan en la praxis las medidas de tutela de este derecho fundamental. Son varias las alternativas, pero me detendré principalmente en el RAE, ya que se trata de un medio defensa cuyo bien jurídico tutelado, en principio, sería la libertad de empresa. Para ello, en primer lugar analizaremos brevemente algunos mecanismos de protección jurisdiccional que existen para protegerla y luego abordaré el análisis de la acción en cuestión.

5.1. Mecanismos jurisdiccionales complementarios de protección de la libertad de empresa.

Un primer mecanismo de protección jurisdiccional de la libertad de empresa lo encontramos en el control de constitucionalidad de las leyes efectuado por el TC (art. 93 Nº 1. 3 – 4). Para este caso es necesario distinguir la fuente legal que se está controlando, porque es diferente si se trata de una LOC, de un proyecto de ley en trámite o un DFL[1092]. Sin embargo, a los efectos de lo que aquí interesa, en otra parte de este trabajo hemos sido testigos de cómo el TC, autorizado y legítimo intérprete de la Carta Fundamental, por la vía del control de constitucionalidad ha revisado diferentes leyes desde la perspectiva del estatuto de la libertad de empresa en tanto que derecho

[1092] Si se trata del Nº 1 del art. 93 (LOC, ley interpretativa de la Constitución o normas de un tratado que versen sobre materias propias de aquellas), el control es obligatorio, debiendo la Cámara de origen enviar al TC el proyecto una vez que quede totalmente tramitado por el Congreso (art. 93 inc. 2). En el caso del Nº 3 (cuestiones que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley), el TC sólo puede conocer la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros, siempre que sea formulado antes de la promulgación (art. 93 inc. 4). Tratándose del Nº 4 (constitucionalidad de un DFL), la cuestión puede ser promovida por el Presidente, después de que la Contraloría lo haya rechazado por inconstitucional. También puede ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un DFL que se impugne por inconstitucional.

fundamental, *V.g.* la Ley de Medioambiente. Ahora bien, en estos casos se trata de un control jurídico y no fáctico, habida cuenta de que la naturaleza del TC es ser un Tribunal de Derecho, quedando excluido un control del fondo de la situación.

Un segundo mecanismo, también ante el TC, es el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal que se aplique en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial (art. 93 Nº 6)[1093]. En este caso se trata de leyes vigentes que pueden entrar en colisión con la libertad de empresa. Sin embargo, el pronunciamiento del TC sólo es válido respecto del caso concreto, sin perjuicio del valor de precedente que genera una declaración de inaplicabilidad[1094].

El tercer mecanismo con que cuenta el TC, y relacionado con el requerimiento por inconstitucionalidad, es el examen de constitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, el cual, para ser declarado inconstitucional debe ser aprobado por la mayoría de cuatro quintos de sus integrantes (art. 93 Nº 7)[1095]. En este caso, el procedimiento se encuentra en la Ley Orgánica del TC chileno[1096] y señala, a grandes rasgos que la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el TCCh actuando de oficio o por medio de acción pública (art. 47 letra Ñ). En el caso que se declare admitido a tramitación este examen, la resolución y el requerimiento deben ponerse en conocimiento de la Cámara de Diputados, Senado y Presidente de la República, quienes podrán formular observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes (arts. 46 R y S). Ahora bien, "la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o

[1093] Aquí, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto (art. 93 inc. 12).

[1094] Un ejemplo sobre la importancia de este requerimiento lo encontramos en la STCCh, rol 976, de 26 de junio de 2008. Si bien el caso se relaciona más directamente con el derecho a la protección de la salud, tiene connotaciones económicas, toda vez que afecta a las ISAPRES, que son S.A. que funcionan como empresas de seguro en materia de sanidad, por lo mismo verán restringidas sus facultades para establecer tablas de riesgo en el cobro de las primas. Este mismo requerimiento fue aceptado en tres ocasiones más: *Cf*. SSTCCh, rol, 1218, de 7 de julio de 2009, rol 1273, de 20 de abril de 2010 y rol 1287, de 8 de septiembre de 2009.

[1095] En este caso, "una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio" (art. 93 inc. 13).

[1096] *Cf*. Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, *Diario Oficial*, Nº 30.968, Santiago, 19 de mayo de 1981.

los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento" (art. 47 V)[1097].

Este examen de constitucionalidad es una novedad en el derecho constitucional chileno y fue incorporado en la reforma de 2005. Lo que busca es darle importancia al precedente como agente de control constitucional, ya que el requerimiento de inaplicabilidad sólo tiene efectos entre las partes, por tanto no produce efecto *erga omnes*. Sin embargo, cuando son varias las sentencias que declaran inaplicable un precepto constitucional, existe el imperativo de la revisión sustantiva de la norma cuestionada, de ahí la necesidad de un examen en abstracto de la ley eventualmente inconstitucional[1098].

Si bien se trata un mecanismo nuevo, el TC ha tenido oportunidad de resolver un caso por esta vía y está directamente relacionado con las ISAPRES como instituciones de seguro y la tabla de factores de riesgo establecida en el art. 38 ter de la Ley de Isapres. Este caso se relaciona con la libertad de iniciativa económica, en la medida que las Instituciones de Salud Previsional se desenvuelven como empresas, y por cuanto la celebración de los contratos de salud, se realiza una estimación de los riesgos que suponen maternidad, edad o vejez, lo que dio pie a diferencias arbitrarias.

En todo caso, aquí el problema no radica en las Isapres sino en la ley, toda vez que aquellas estaban autorizadas expresamente por ésta para modificar los planes de salud en la medida que un afiliado se encontraba en la situación de riesgo descrita. Y no se trata de regulaciones legales establecidas en la dictadura, sino han sido confirmadas en la democracia, siendo su última reforma en 2005. Por ello, el TC ha señalado que la evolución que ha tenido la regulación de las tablas de riesgo "da cuenta de que de la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos"[1099]. Por ello, en un examen de constitucionalidad que supone la tensión dialéctica entre diversos derechos

[1097] Para mayores detalles del procedimiento, véanse los arts. 47 Ñ – Y de la LOC del TC.

[1098] Sobre este punto, *Cf.* PFEFFER URQUIAGA, E.: "La Introducción del 'precedente': un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica". En: *Estudios Constitucionales*, año 4, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2006, pp. 185 – 194; ZÚÑIGA URBINA, F.: "Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente". En: *Estudios Constitucionales*, año 4, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2006, pp. 161 – 169.

[1099] STCCh, rol 1.710, de 6 de agosto de 2010, considerando 75º.

fundamentales, el TC acertadamente declaró inaplicable parte del art. 38 ter de la Ley de Isapres[1100].

Por ello, y con efectos generales, el examen de constitucionalidad puede convertirse (y de hecho lo está siendo) en un importante mecanismo de protección de la libertad de empresa y de los derechos fundamentales en general. Pero sobre todo, va a suponer en Chile un cambio en la cultura jurídica, "hasta ahora legicentrista y privatista y la aceptación de la primacía del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución… (que) debe ejercer su potestad en armonía con el principio democrático y el Estado de derecho… (y en el que) el ciudadano moderno encuentra en el TC un espacio para la formación de la voluntad política, sometiendo a control de constitucionalidad los actos de poder"[1101].

Un cuarto mecanismo de control y en el específico ámbito de la libre competencia, es el que corresponde al Tribunal de la Libre Competencia (TDLC). A este órgano jurisdiccional le corresponde la misión de promover y proteger la libre competencia en los mercados, previniendo, corrigiendo o prohibiendo cualquier hecho o acto que la impida, restrinja o entorpezca o que tienda a producir esos efectos y sancionando a quienes atenten contra ella[1102]. Para lograr ese cometido, el TDLC cuenta con diversas atribuciones y puede adoptar medidas y/o sanciones frente a los atentados

[1100] "En el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las de prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos; como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 *no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente* y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental (considerandos 143º - 144º. La cursiva es mía). La fundamentación específica para la tensión entre derechos, puede verse en los considerandos 145 º - 162º de la referida sentencia).

[1101] ZÚÑIGA URBINA, F.: "Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente", *op. cit*., p. 169.

[1102] *Cf.* arts. 1 – 4 del DFL 1 del año 2005, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, *Diario Oficial,* Nº 38.104, Santiago, 7 de Marzo de 2005.

que afecten la competitividad en los diversos mercados[1103]. En este caso, no se trata de un mecanismo constitucional, ni tampoco cabe un examen de constitucionalidad de las normas, sino que su cometido se sitúa en la órbita de la economía y el derecho mercantil, pero, qué duda cabe, sus resoluciones son de capital importancia para la libre iniciativa económica en tanto que derecho fundamental.

Tratándose de la libertad de empresa, al revisar su contenido esencial, he señalado que, a pesar de la dificultad que supone determinar la esencia de un derecho, para este caso, mercado y competencia forman parte integrante de su núcleo básico. Por lo mismo, estos elementos no sólo constituyen una garantía para el despliegue de la libertad de empresa, sino también suponen un límite en la actividad de emprendizaje económico, ya que es posible encontrar acciones que, a pesar de entrar en la esfera de desarrollo de la iniciativa económica, sí atentan contra el mercado o la posibilidad de competir legítimamente y, frente a tales acciones, deberán tomarse las medidas que correspondan para restablecer un mercado sano y con una justa competencia entre todos los competidores.

Un ejemplo paradigmático en la materia es el caso de las farmacias. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) en 2008 comenzó una investigación por eventual colusión de precios entre las mayores cadenas farmacéuticas chilenas, Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand, detectándose subidas concertadas en los precios de muchos medicamentos. La FNE presentó un requerimiento en el TDLC contra las tres cadenas, que finalmente llevó a Farmacias Ahumada, en 2009, a reconocer los hechos que se le imputaban, por lo que fue sancionada con una multa cercana al millón de dólares[1104].

[1103] En cuanto a las atribuciones, le corresponden entre otras, prevenir la comisión de atentados contra la libre competencia en las actividades económicas y conocer situaciones como abusos de posición dominante, acuerdos para fijar precios o repartirse el mercado, competencia desleal, precios abusivos y otros; dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella. Ahora bien, para cumplir su cometido, cuenta con medidas y sanciones que puede aplicar, *V.g.* modificar o poner término a contratos, convenios o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la ley sobre libre competencia; ordenar la modificación o disolución de las sociedades u otras personas jurídicas que hubieren intervenido en los actos contrarios a libre competencia; aplicar multas hasta por € 12 millones por atentar contra la libre competencia; también podrá aplicar las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de hechos, actos o convenciones que juzgue contrarios a la competencia (*Cf. Ibíd.*, arts. 18 y 26).

[1104] Las otras cadenas hicieron reserva de derechos y hasta el momento el proceso sigue vigente, sin embargo, han sido desestimados por los Tribunales de Justicia sendos recursos de las cadenas que no han avenido en el proceso, tanto por la CS como por el TC. Al respecto, *Cf.* TDLC, causa rol C 184 – 08, Audiencia de Conciliación, Santiago 9 de abril de 2009; SCS, rol 3344 – 2009, de 31 de agosto de 2009; STCCh, rol 1416 – 09, de 14 de julio de 2009.

Por tanto, y desde la perspectiva de la protección de los elementos sustantivos de la libertad de empresa, el rol que en la materia cabe al TDLC es de vital importancia para permitir un mercado sano y que favorezca el despliegue de la libre iniciativa económica por senderos legítimos y en condiciones de igualdad de oportunidades.

Antes del análisis del RAE, quisiera finalizar este apartado con una reflexión sobre el recurso de protección en tanto mecanismo jurisdiccional de protección de la libertad de empresa.

El recurso de protección es una acción constitucional, ya que lo que se persigue es impetrar la actuación del órgano para que ejerza jurisdicción y solucione el conflicto sometido a su conocimiento. No se trata de un recurso procesal propiamente tal, ya que los recursos son los medios que concede la ley a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto[1105]. Se

Entre muchos casos, también pueden verse otros como STDLC Nº 103 – 2010, de 8 de septiembre de 2010, que acoge la demanda presentada por Comercial Arauco en contra de Distribución y Servicio D&S, condenándola al pago de una multa de 65.000 euros, por realizar actos de competencia desleal consistentes en publicidad comparativa engañosa con la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. Junto con imponer la multa, el TDLC ordenó a la empresa multada abstenerse, en lo sucesivo, de incurrir en conductas de competencia desleal contrarias a la libre competencia (considerandos 48º. 55º); STDLC, Nº 97 – 2010, de 4 de marzo de 2010. En esta sentencia se acogen diversas demandas interpuestas por Voissnet en contra de Telefónica – Chile y la condenó al pago de una multa de tres millones de euros aproximadamente, toda vez que la empresa multada, al condicionar contractualmente la venta de banda ancha a la contratación del servicio telefónico, atando comercialmente a dicha oferta conjunta un determinado número de minutos de tráfico de voz, con precios implícitos negativos para éstos últimos, configura una conducta que excluye a competidores en el mercado de la telefonía. Además, el TDLC ordenó a Telefónica comercializar por separado cada uno de los servicios que integren sus ofertas conjuntas. Por consiguiente, y mientras Telefónica sea dominante en el servicio de banda ancha, no podrá vincular a ésta ningún otro producto o servicio, debiendo en consecuencia mantener una oferta de banda ancha que no esté vinculada a otros servicios. Asimismo, la demandada deberá establecer para sus ofertas conjuntas precios que no tengan por objeto restringir la libre competencia y sean superiores, a lo menos, al precio de venta por separado del producto o servicio integrante de mayor valor (considerandos 73º – 84º).

[1105] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial". En: *La Revista de Derecho*, Nº 2, Universidad Central, Santiago, 2001, p. 265.

encuentra consagrado en la Constitución chilena en el art. 20[1106], complementado con el Auto Acordado (AA) de la CS sobre tramitación del Recurso de Protección[1107].

Como se puede observar, es posible interponer esta acción para proteger la libertad de empresa, por cuanto el Nº 21 del art. 19 está considerado dentro de los derechos protegidos y tiene por finalidad obtener el restablecimiento del imperio del derecho, cuando un particular o autoridad comete actos arbitrarios o ilegales que produzcan privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Además, a pesar de que existió una jurisprudencia inicial que postulaba la incompatibilidad entre esta acción y el RAE[1108], a partir de 1995, la jurisprudencia ha sostenido la convergencia entre ambas acciones, por cuanto no se trata de mecanismos excluyentes[1109].

[1106] Dice el art. 20 que "el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24°, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

[1107] *Cf.* Auto Acordado S/N, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, de 24 de junio de 1992. *Diario Oficial*, Nº 34.302, de 27 de junio de 1992. Conviene recordar que los Auto Acordados son normas dictadas por los tribunales superiores de justicia en el ejercicio de sus facultades económicas, para regular ciertas materias que no han sido suficientemente precisadas por la ley o cuya regulación es necesaria para velar por el cumplimiento y el buen funcionamiento del servicio judicial.

[1108] Al respecto, *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial". En: *Estudios Constitucionales*, año 5, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2007, pp. 107 – 108.

[1109] "Para proteger los derechos de los particulares en materia empresarial, y con el fin de promover el efectivo respeto a estos derechos, el constituyente lo incluyó (a la libertad de empresa) entre los protegidos con la acción de protección. Pero, considerando que tal recurso no los salvaguardaba plenamente y en toda su magnitud, el legislador fue más allá y quiso establecer un recurso jurisdiccional que permitiera hacer más efectiva la garantía constitucional de la libertad económica" (SCA (Santiago), rol 3.899 – 94, de 26 de enero de 1995, considerando 4º. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 177, Legalpublishing, Santiago, 1995, pp. 21 – 22. En sentencia de 1998 se desarrolla de mejor manera esta nueva tendencia, señalando que "no obstante que la garantía constitucional en comento se encuentra amparada por el recurso de protección, nada obsta a que también se halle resguardada por el recurso de amparo económico, puesto que ambas acciones son perfectamente compatibles y pueden interponerse conjunta o simultáneamente. Ambos cautelan la libertad económica… la parte final del inciso 1º del artículo 20 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción de protección es sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, lo que abunda las consideraciones anteriores y hace que ambas acciones sean perfectamente compatibles (SCS, rol 2.837, de 3 de septiembre de 1998, considerandos 4º y 5º. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 219, Legalpublishing, Santiago, 1995, p. 57.

Sin embargo, el recurso de protección presenta algunas dificultades para la efectiva cautela de los derechos fundamentales, puesto que el plazo de interposición es de quince días "contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos"[1110]. Esto significa que la parte eventualmente afectada goza de un plazo muy breve para deducir la acción, con las dificultades que supone disponer de un término breve para preparar una estrategia jurídica, pero además existe el peligro de 'saneamiento' de la eventual infracción que produce privación, perturbación o amenaza a un derecho, por no haber sido interpuesto es el plazo establecido por el Auto Acordado. Esta fue una de las razones en las cuales se basa la creación del RAE.

Con todo, esta acción es una eficaz herramienta de protección de los derechos fundamentales y, cómo no, de la libertad de empresa, ya sea porque su procedimiento es ágil, como también por la amplitud con que se encuentran establecidas las causas que autorizan su interposición[1111]. Sin embargo, ciertas cuestiones de procedimiento, establecidas en el AA de la CS permiten dudar de la eficacia de esta herramienta, especialmente por el examen de admisibilidad que realizan los miembros del Tribunal[1112], pues está redactado en términos tan amplios que constituye un peligro cierto la eventual arbitrariedad en que podrían incurrir los jueces, ya que ni siquiera se les exige fundar debidamente sus decisiones.

Además, siendo facultad del legislador "establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos" (art. 19 Nº 3, inc. 4), es razonable sostener que el AA de la CS no se ajusta a la Constitución, aun cuando se señale que es fruto de ejercicio de las facultades económicas concedidas por la misma Constitución (art. 82), puesto que la regulación procedimental contenida en el AA no es puramente accidental, sino que contiene materias relevantes y sensibles, *V.g.* plazo

[1110] Auto Acordado S/N, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, *op. cit*., Nº 1.

[1111] Sobre esta acción constitucional, *Cf*. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El recurso de protección en Chile". En: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 157 – 180. Para bibliografía específica, véase la nota al pie Nº 2.

[1112] "Presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisible desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día" (Auto Acordado S/N, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, *op. cit*., Nº 2).

breve o examen de admisibilidad peligrosamente superficial. En este caso, la norma emanada de la CS afecta directamente al derecho establecido en el Nº 3 del art. 19[1113].

En todo caso, y para finalizar este apartado, el recurso de protección es una herramienta adicional para proteger la libertad. Y no es la última, porque además existen otros medios no jurisdiccionales, pero eficaces en sede administrativa, y, por supuesto, el Recurso de Amparo Económico, que es lo que analizaré a continuación.

5.2. Génesis del Recurso de Amparo Económico (RAE).

El origen del RAE se encuentra en un proyecto de ley de septiembre de 1989, por medio del cual se pretendía regular la actividad y participación productiva del Estado y sus organismos. Con la finalidad de defender la institucionalidad económica presente en la Carta de 1980 y, especialmente, el principio de subsidiariedad en materia económica, el proyecto contempla una serie de normas, especialmente en cuanto al rol que cabe al Estado en la economía, pero en lo que nos ocupa, "establece un recurso jurisdiccional para hacer efectiva la garantía constitucional de la libertad económica"[1114].

En todo caso, es necesario señalar que este mecanismo jurisdiccional formaba parte de un proyecto de ley relativo al Estado empresario, que contemplaba, además del RAE, unas normas generales aplicables a toda la legislación sobre actividad empresarial del Estado y la fijación, en forma definitiva el ámbito empresarial de la actividad del Estado. La Junta de Gobierno, integrada por militares y órgano legislador de la época, acordó el desglose del proyecto y sólo terminaron transformándose en Ley los artículos 5 y 6 del proyecto. El primero establecía la obligación del Estado a enajenar los derechos que adquiera o reciba a cualquier título, en ciertas sociedades y en determinadas condiciones; el segundo, establece el RAE[1115].

Tratándose del RAE, durante la "discusión" del proyecto de ley, se presentaron diversos informes. Uno de ellos es el emitido por los Ministros del Interior, Economía y

[1113] Sobre este punto, *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El recurso de protección en Chile", *op. cit*., pp. 172 – 179.

[1114] VARAS ALFONSO, P.: "Amparo Económico", *op. cit*., p. 47.

[1115] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., p. 263. En cuanto al art. 5 del proyecto, *Cf.* Ley 18.965, impone al Estado la obligación que indica, *Diario Oficial*, Nº 33.617, Santiago, 10 de marzo de 1990.

Hacienda, de 14 de julio de 1989. Cuando analizan el art. 6, señalan que ese artículo "establece un recurso jurisdiccional para denunciar y resolver las infracciones a la norma constitucional sobre libertad económica"[1116].

Señala el informe que "el antecedente inmediato sobre la norma propuesta encuentra su razón de ser en la protección que deben disponer las personas frente a la realización por el Estado o sus organismos de actividades empresariales con infracción a los arts. 1 y 19 Nº 21 de la Constitución"[1117]. Y, si bien reconoce que existen otras vías jurisdiccionales para la defensa de los particulares, como el recurso de inaplicabilidad y el de protección, "ambas acciones están concebidas para situaciones que, por su naturaleza, no se ajustan en toda su magnitud a las necesidades de protección de los derechos de los particulares en materia empresarial"[1118]. Por ello, ante la insuficiencia de los actuales recursos contemplados por la Constitución para la defensa del principio de subsidiariedad y la libertad de empresa, "ha llevado a la concepción de una acción que pueda interponer cualquier persona, sin posibilidad de ser desistida"[1119].

De la génesis del RAE, es posible sostener que su origen obedece a establecer una acción jurisdiccional de defensa de la libertad de empresa y del principio de subsidiariedad – entendido éste desde su vertiente restrictiva y negativa – frente a las eventuales actividades desmedidas por parte del Estado empresario. Es decir, se trata de un mecanismo dirigido a proteger y prevenir las conductas que atenten contra el inc. 2 del art. 19 de la Constitución, que establece el marco del Estado empresario.

Es importante anotar esto, ya que la jurisprudencia ha sido vacilante en esta materia, toda vez que en un primer momento lo entendió así, luego en una etapa intermedia señaló que el RAE estaba dirigido a proteger ambos incisos del art. 19 Nº 21, para finalmente, y en época reciente, regresar a la interpretación original que reserva

---

[1116] VARAS ALFONSO, P.: "Amparo Económico", *op. cit*., p. 50. Desde ya adelanto que el RAE no es un recurso propiamente tal, sino que más bien es una acción.

[1117] *Ibíd*., p. 50.

[1118] *Ibíd*., p. 51. Agrega el Informe que la "ineptitud del recurso de inaplicabilidad 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 diversas dificultades como, por ejemplo, el reducido plazo para interponerlo, el 'saneamiento' 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, sin consideración a que el interés general exige la efectividad del principio de subsidiariedad" (*Ibíd*., p. 51).

[1119] *Ibíd*., p. 51.

esta acción para los excesos del Estado empresario que atentan contra la libre iniciativa económica de los particulares. Esta nueva interpretación no ha sido pacífica y ha generado, como tendremos ocasión de ver, polémica por una eventual regresión desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, regresión que, adelantando una opinión, no es tal, sino simplemente recompone una correcta y justa interpretación del RAE desde la perspectiva del sistema mismo de derechos fundamentales[1120].

5.3. Aspectos procedimentales.

Dice el artículo único de la ley 18.971[1121] que "cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile (inc. 1). El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados (inc. 2). La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más 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 (inc. 3). Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas (inc. 4). Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado" (inc. 5).

En el análisis procedimental de esta disposición, primero me detendré en su naturaleza, a saber, ¿se trata de un recurso o de una acción legal? Luego se verá el tema del plazo, posteriormente el de los sujetos, para finalizar con el Tribunal competente y las normas complementarias de procedimiento, que se encuentran en el AA sobre tramitación del recurso de amparo. En cuanto al objeto o contenido reclamable por el

[1120] Para la génesis, también *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990 – 1995)". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 57/58, Universidad de Chile, Santiago, 1995, pp. 263 – 265; GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción". En: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de derecho constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago, 2009, pp. 97 – 98.

[1121] *Cf.* Ley 18.971, establece recurso especial que indica, *Diario Oficial*, Nº 33.617, Santiago, 10 de marzo de 1990.

RAE, será analizado en el apartado siguiente, pues se trata de una cuestión que en estos momentos está siendo de una viva polémica.

En cuanto a la naturaleza del RAE, su denominación en cuanto 'recurso' se debe a la denominación empleada por la ley que lo crea: "establece *recurso* especial que indica". También se origina en el hecho de que su procedimiento es el del Recurso de Amparo (*habeas corpus*)[1122]. Sin embargo, no estamos en presencia de un verdadero recurso; más bien se trata de una acción, en este caso legal, por cuanto no se trata de 'recurrir' contra una resolución judicial ante un tribunal superior, sino simplemente se persigue reclamar la actuación de un órgano para que ejerza jurisdicción y solucione el conflicto sometido a su conocimiento[1123].

Tratándose del plazo, señala la ley que es de "seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción" (inc. 3). Este cómputo debe hacerse desde que se produce la infracción. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante entre una concepción objetiva o subjetiva[1124], lo que queda en evidencia en los casos más complejos. Por lo general, la Corte Suprema ha mantenido que el plazo es objetivo, ya que empieza a correr desde que se produce la infracción[1125].

[1122] ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., p. 265.

[1123] *Ibíd*., p. 265. En idéntico sentido, *Cf.* NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El recurso de protección en Chile", *op. cit*., pp. 160 – 161.

Valga una aclaración en este punto, porque el sistema de recursos es diferente en el caso de Chile y España. En Chile, el recurso se dirige contra resoluciones judiciales, por lo general de un tribunal inferior para que conozca el superior, sin perjuicio de existir recursos que son conocidos por el mismo Tribunal, como es el caso del recurso de reposición o el recurso de rectificación, aclaración o enmienda. Lo relevante es que se *recurren* decisiones de un juez. Por su parte, la acción "es una facultad que tienen las personas para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en orden a la protección, reconocimiento o declaración de un derecho, y que se traduce materialmente en el conjunto de actos procesales que colocan al juez en la situación de tener que dictar sentencia" (NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El recurso de protección en Chile", *op. cit*., p. 160). Por el contrario, en España, el recurso sirve para ambos casos, mientras que la palabra acción se refiere, más bien, a la fundamentación legal (y sustantiva) para interponer el recurso.

[1124] *Cf.* GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción", *op. cit*., p. 100.

[1125] *Cf. Ibíd*., p. 102. GÓMEZ recoge un par de sentencias que confirman ésta opinión: "por cuanto, como se expresó, la ley fija un plazo objetivo y determina la forma como éste ha de computarse, que lo es a partir de la fecha en que se hubiere producido la supuesta infracción y no, como se pretende, desde que se toma conocimiento de ella lo que importaría dejar al arbitrio de quienes pretendan formular una denuncia como la de autos, acomodar una fecha que haga viable la referida denuncia" (SCS, rol 5.099, de 29 de diciembre de 2003. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 29317).

No obstante, la jurisprudencia vacila en los llamados actos administrativos de trámite y definitivos, que son típicos en el caso de las licitaciones públicas. El criterio que se ha mantenido es que "si la infracción está contenida o proviene del acto de adjudicación, el plazo debe contarse desde esa fecha. Si, en cambio, se impugna el contrato que es consecuencia de la licitación y adjudicación, el plazo debe contarse desde el acto trámite que lesiona y no desde el acto terminal"[1126]. Y esto mismo se puede apreciar en otro caso, en el cual la base del rechazo del RAE se cuenta a partir de la toma de conocimiento del acto impugnado (la notificación personal al requirente)[1127].

Con todo, para computar el plazo, se debe estar a la fecha en que se produce la eventual lesión (concepción objetiva), independientemente de que existan casos en los cuales la jurisprudencia haya acogido la concepción subjetiva. Lo anterior, por varias razones: la primera, porque se aviene con la letra de la ley que señala "desde que se haya producido la infracción". La segunda, porque otorga mayor seguridad jurídica y reduce el espacio de discrecionalidad de los Tribunales para examinar el *animus* de los reclamantes. Por último, se trata de un término lo suficientemente amplio para intentar el RAE.

En cuanto a los sujetos, es necesario distinguir entre los legitimados activos y pasivos[1128]. Tratándose del sujeto activo, será el que ejerce la acción, el que comparece ante los Tribunales solicitando el reconocimiento de su derecho. Ahora bien, la ley señala que "cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21…el actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados" (inc. 1). Esto indica que se está frente a una acción 'popular', es decir, se reconoce a cualquier persona para la defensa de un interés, por lo que cualquier persona, puede ejercer, en

[1126] GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción", *op. cit*., p. 105. Ejemplos de estos casos pueden verse en la obra citada en las notas 11 – 13, pp. 105 – 106.

[1127] "en el presente caso, el acto agraviante para la denunciante está constituido por la imposición de la sanción pecuniaria, por medio de una resolución que se le notificó el día 14 de enero del año 2003, fecha que en realidad corresponde al mismo día, pero del año 2002 – fecha, además de dictación del acto administrativo -, por lo que el plazo respectivo debe computarse a partir de esta última fecha, esto es, el 14 de enero del año 2002… se encontraba ya cumplido en exceso el término para deducir el mismo" (*Ibíd*., p. 110).

[1128] Un análisis genérico de los sujetos del recurso puede verse en ARÓSTICA MALDONADO, I.: "Acción de amparo Económico. Acerca del recurrente y el recurrido". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 182, Legalpublishing, Santiago, 1995, pp. 7 – 14.

principio, el RAE en defensa del interés público o de su interés privado, cuando se sienta lesionado por una infracción[1129].

Sin embargo, esta afirmación debe ser relativizada, toda vez que los Tribunales han señalado que el ejercicio de la acción "debe suponer (para que prospere) que exista alguien afectado en su derecho"[1130]. En los casos sobre los cuales se ha pronunciado la CS, se trata de asuntos respecto de los cuales se admitía el RAE respecto de los dos incisos del art. 19 Nº21, jurisprudencia que ha ido mutando desde mayo de 2009, como tendremos ocasión de ver[1131].

Con todo, a los efectos del análisis de la legitimación activa, siguen siendo argumentaciones relevantes. Así pues, la CS ha señalado que "constituye un requisito básico de la denuncia de amparo económico, por el primer inciso del Nº 21 del art. 19 de la Carta Fundamental, la circunstancia de que haya un perjudicado determinado y específico a quien o a quienes se haya alterado en su legítima actividad económica… la denuncia de amparo requiere entonces de la existencia de perjudicados precisos, *con interés comprometido y actual en los hechos denunciados*"[1132].

En el caso de las asociaciones gremiales, la CS también ha sostenido que no es suficiente que aleguen un interés, sino es necesario precisar el derecho de quien ha sido afectado[1133].

[1129] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., p. 270; NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial", *op. cit.*, p. 101.

[1130] GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción", *op. cit*., p. 115.

[1131] Por esta razón, en 2001 ZÚÑIGA sostenía que tratándose del interés, era necesario distinguir si se trataba del inc. 1 ó 2 del art. 19 de la Constitución (*Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., p. 270).

[1132] GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción", *op. cit*., p. 116 (la cursiva es mía). Por ello la Corte señala que "se debe poner en conocimiento del tribunal la identidad de quien o quienes han sufrido un inconveniente en su actividad, cuál es el giro específico en que se desempeñan, y la naturaleza concreta de los perjuicios causados para determinar la efectividad de tener un interés actual, aun cuando el denunciante carezca de él" (*Ibíd*., p. 116).

[1133] "La denuncia de amparo económico requiere, la existencia, por una parte, de perjudicados precisos, con interés comprometido y actual en los hechos denunciados, en cuanto se trata del inciso 1º de la norma constitucional invocada, lo que se desprende del análisis de los dos primeros incisos del artículo único de la ley Nº 18.971 y particularmente, del segundo, que prescribe que 'el actor no necesitará tener interés actual en los hechos', lo que debe ser interpretado en el sentido de que, siendo la presente una acción popular, se debe poner en conocimiento del tribunal la identidad de quién o quiénes han sufrido un perjuicio y tengan, por lo tanto, interés actual, aun cuando el denunciante carezca de él. Además, se observa que la denuncia planteada no cumple con los referidos requisitos, en cuanto señala como afectada a una asociación gremial, de quien no resulta posible sostener que haya visto alterada una actividad

En relación al sujeto pasivo, lo entenderemos como aquél que eventualmente ha infringido la libertad de empresa, es decir, el sujeto infractor. Digo lo anterior, porque para algún autor, sujeto pasivo será el Tribunal respecto de quien se solicita una actuación[1134]. Aquí, infractor podría ser cualquier persona, pero, dada la actual jurisprudencia que sostiene la CS, será principalmente el Estado o cualquiera de sus organismos.

En todo caso, también pueden existir asuntos en que hay una eventual falta de legitimación pasiva. Efectivamente, se debe poner especial cuidado en la entidad reclamada, sobre todo si se trata de un órgano estatal, toda vez que puede no ser aquella la que debería responder frente a los hechos denunciados[1135].

Finalmente, en el caso del Tribunal competente, dice la ley que lo será "la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia… Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada".

Dos comentarios al respecto: el primero, es que la acción se interpone en una Corte de Apelaciones, que la conoce en un procedimiento inquisitivo, sumarísimo,

económica que obviamente no ejerce, puesto que dicha entidad tiene una naturaleza de carácter gremial y no se relaciona con el desarrollo de tareas propias del transporte, sin perjuicio de que quienes la conforman puedan individualmente ejercerlas, pero que en la situación planteada, no se indican como afectadas" (SCS, rol 2.951, de 9 de septiembre de 2002, considerandos 6º y 7º. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 25878).

[1134] *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit.*, p. 271.

[1135] Un ejemplo es el que se produce entre una empresa pesquera y el Fisco por la restitución de una bonificación tributaria de la cual son merecedoras ciertas empresas que desarrollan su actividad en zonas extremas de Chile. Son políticas tributarias de incentivo a la instalación y, por tanto, como fuentes generadoras de empleo en los territorios más aislados de Chile. Al no recibir la restitución de un bono por una determinada cantidad, la empresa denuncia por medio de un RAE al Fisco, a quien reclama que está afectando su libre iniciativa económica, toda vez que al no restituir la cantidad reclamada, ésta se ve seriamente afectada. Al responder el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco, entre otras razones alega la "falta de legitimidad pasiva para ser recurrido en estos autos. En efecto, sostiene que lo relativo a la bonificación es administrado por el poder ejecutivo a nivel de Intendencia Regional y el pago es controlado por Tesorería Regional, sin que el Fisco, como tal, intervenga en la gestación de la actuación administrativa cuestionada con el recurso" (Vistos, párrafo anterior al antepenúltimo). La Corte rechaza la excepción puesto que "correspondiendo en definitiva a fondos del erario nacional los que el recurrente solicita le sean pagados como consecuencia de los actos de las autoridades denunciadas, que tilda como infracciones a la garantía constitucional, se rechazará el primero de esos puntos previos, es decir, la falta de legitimación pasiva alegada por el recurrido Fisco de Chile" (SCA (Punta Arenas), rol 263, de 25 de septiembre de 2004, considerando 4º. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 31302). En todo caso, este recurso fue revocado por la CS (SCS, rol 4.598, de 28 de octubre de 2004. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 31302).

concentrado y sin mayores formalidades[1136]. El segundo, es que la sentencia definitiva que emita la Corte de Apelaciones es susceptible del recurso de apelación ante la Corte Suprema. Sin embargo, en el supuesto de que no se deduzca la apelación, de todas maneras conocerá en segunda instancia el máximo Tribunal, ya que la sentencia debe ser consultada[1137].

Las reglas procedimentales de la acción de amparo económico se pueden encontrar en la misma ley 18.971, en el art. 21 de la Constitución chilena y en el AA de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de amparo[1138].

5.4. ¿Se trata de una acción que protege la libertad de empresa y previene contra la actividad empresarial del Estado o se dirige sólo a la actuación del Estado empresario?

El tema que ahora ocupa no es fácil, especialmente porque en la actualidad la CS ha mudado de criterio en cuanto al objeto de protección del RAE. Con todo, antes del análisis de este problema, es necesario tener presente que, aparte de los mecanismos jurisdiccionales de cautela de la libertad de empresa ya revisados, el RAE y el recurso de protección son mecanismos complementarios y en ningún caso antagónicos. Digo esto, porque será en sede de protección donde de mejor y más eficaz forma se pueden proteger las eventuales infracciones a la libertad de empresa[1139].

[1136] Se trata de un procedimiento inquisitivo, ya que es el Tribunal quien va dando curso progresivo al proceso; es sumarísimo, puesto que sólo se realizan las actuaciones imprescindibles y los plazos para realizarlas son muy breves, *V.g.* el plazo para dictar sentencia definitiva es de veinticuatro horas; es concentrado, porque sus etapas son simples y están dispuestas de manera que suceden simultáneamente; y es no formal, porque no se precisan requisitos de forma para su interposición, ni tampoco en el término probatorio (*Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., p. 275).

[1137] En el derecho procesal chileno existe la figura de la 'consulta', que consiste en un trámite ordenado por la ley, en virtud del cual una sentencia que no ha sido apelada, el tribunal de primera instancia está obligado a 'elevarla' para que lo revise un tribunal de segunda instancia. A pesar de que en Chile, por lo general rige el principio dispositivo, en este caso el principio cede, puesto que el Tribunal superior obligatoriamente deberá conocer un asunto sometido a su conocimiento, aunque no exista petición de parte.

[1138] *Cf.* Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo, de 19 de diciembre de 1932. En: QUINZIO FIGUEIREDO, J.M.: *Justicia Constitucional en Chile*, UNAM, México D.F., 2000, pp. 91 – 94.

[1139] Sobre el punto, *Cf.* GUZMÁN SUÁREZ, L.: "Paralelo entre el recurso de protección y el recurso de amparo económico". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 182, Legalpublishing, Santiago, 1999, pp. 49 – 67. Puede verse también SCS, rol 935 – 98, de 3 de septiembre de 1998. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 219, Legalpublishing, Santiago, 1998, considerandos 4º y 5º. p. 57.

Frente a la pregunta acerca del contenido que protege el RAE, se pueden distinguir tres etapas en la aplicación y hermenéutica de esta acción legal.

En un primer momento, las Cortes han entendido que esta acción sólo comprende el inciso 2 del art. 21 de la Constitución, es decir, es un mecanismo de cautela ante los eventuales desbordes del Estado empresario. Esta primera etapa ha recibido el nombre de tesis histórica, por cuanto tiene como fundamento el origen histórico de la norma legal que primitivamente contemplaba la acción[1140] o etapa inicial de interpretación restringida, por cuanto el RAE sólo se limita al inc. 2 del art. 19 de la Constitución[1141]. Durante los primeros cinco años de vigencia del RAE, ésta fue la interpretación que postularon los Tribunales chilenos[1142].

La segunda etapa, se caracteriza por un giro de la jurisprudencia, por cuanto sostiene que el RAE protege ambos incisos del art. 19 de la Constitución. Esta es la llamada tesis literalista[1143] o etapa intermedia de interpretación amplia[1144]. Esta es la tendencia que siguió la jurisprudencia hasta 2009[1145].

[1140] *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial", *op. cit.*, p`. 104.

[1141] *Cf.* HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista". En: *Estudios Constitucionales*, año 8, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2010, pp. 444 – 445.

[1142] "un caso como el que habría afectado al requirente debe ser reclamado por medio del recurso establecido en el artículo 20 de la Constitución y no por el de la ley 18.971; este último debe entenderse creado para proteger otras situaciones cubiertas por el artículo 21 Nº 19 del texto constitucional, como es la que se contempla en su inciso segundo" (SCA (Santiago), rol 785 – 91, de 17 de abril de 1991. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 130, Legalpublishing, Santiago, 1991, considerando 6º, p. 42); "este recurso especial está relacionado con el derecho del Estado y sus organismos para desarrollar actividades empresariales o participar en ellas, en otras palabras, se refiere a lo establecido en el inciso segundo del artículo 21. Por consiguiente, no se relaciona con el inciso primero del referido artículo que protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que de conformidad a lo establecido en el artículo 20 de la Carta Fundamental, está resguardado por el recurso de protección" (SCA (Santiago), rol 738 – 92, de 6 de mayo de 1992. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 143, Legalpublishing, Santiago, 1992, considerando 9º, p. 65).

[1143] *Cf.* NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial", *op. cit.*, p`. 105.

[1144] *Cf.* HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista", *op. cit.*, p. 445.

[1145] "del tenor literal claramente manifestado en el texto de la ley 18.971, aparece que el recurso ampara la garantía constitucional estableciendo acción popular para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional completa, ya que no hace distinciones entre sus dos incisos" (SCA (Santiago), rol 3899 – 94, de 26 de enero de 1995. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 177, Legalpublishing, Santiago, 1995 considerando 5º, p. 22); "que la ley 18.971 estableció el recurso especial de amparo, para denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile, sin hacer distinción alguna entre las diversas situaciones planteadas en ambos incisos del señalado número 21… las argumentaciones vertidas por la recurrida para concluir que el amparo económico sólo es procedente cuando se ha

La tercera etapa se está dando en la actualidad y es inaugurada por la CS en el caso "González Illanes con Municipalidad de Santiago"[1146]. En esta sentencia, la Corte Suprema ha señalado que si bien el art. único de la ley 18.971 "denota claridad en su tenor literal, no ocurre lo mismo con su sentido, que resulta ambiguo en cuanto a la finalidad que tuvo en vista el legislador"[1147], por lo que para dar una interpretación correcta a la materia, es necesario acudir a otros principios de interpretación más allá del elemento gramatical, como son el lógico – histórico y el sistemático[1148].

Dice la sentencia que desde la perspectiva histórica, "el legislador instituyó un mecanismo de tutela jurisdiccional destinado a amparar a los particulares en su derecho a la libertad económica cuando ella resulte afectada por la actividad del Estado llevada a efecto con infracción a las regulaciones que sobre la materia se establecen en el artículo 19 Nº 21 inciso 2º de la Constitución Política; determinación que, de seguro, obedeció al convencimiento de quienes propiciaron el establecimiento de dicho cuerpo normativo en orden a que el recurso de protección contemplado en el artículo 20 de la misma Carta carecía de la aptitud requerida para constituir un resguardo con la eficacia suficiente respecto de la intangibilidad que debe ostentar dicha garantía esencial"[1149].

Aun más, desde la perspectiva sistemática, también se puede llegar a la misma conclusión. Mientras el recurso de protección establece una acción a favor de quien, como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de terceros, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos, en el RAE, cualquier persona puede denunciar las infracciones al artículo 19 Nº 21, sin que el actor necesite tener interés actual en los hechos a que se refiere la denuncia. Crea así

---

producido una infracción al inciso segundo del artículo 19 número 21 de la Carta Fundamental, no llevan al convencimiento de esta Corte en cuanto que así deba resolverlo, variando por lo demás con ello la jurisprudencia establecida por esta Sala especializada" (SCS, rol 2.546, de 10 de enero de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 187, Legalpublishing, Santiago, 1996, Vistos, párrafos 2 – 3, p. 49). En igual sentido, *Cf.* SCA (San Miguel), rol 186 – 97, de 17 de diciembre de 1997. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 211, Legalpublishing, Santiago, 1998, considerando 2, p. 35; SCS, rol 835 – 00, de 28 de marzo de 2000. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 237, Legalpublishing, Santiago, 2000, considerando 3º, p. 26; SCA (Valparaíso), rol 558 – 00, de 19 de diciembre de 2000. *Gaceta Jurídica*, Nº 247, Legalpublishing, Santiago, 2000, considerando 9º, p. 40.

[1146] *Cf.* SCS, rol 501 – 09, de 9 de diciembre de 2008. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 41887.

[1147] *Ibíd*., considerando 5º.

[1148] *Ibíd*., considerando 6º.

[1149] *Ibíd*., considerando 10º.

la ley una acción popular, que refleja el deseo del legislador en orden a amparar el derecho a la libertad económica cuando tales vulneraciones provengan de la actividad empresarial del Estado quebrantando las normas de Orden Público Económico[1150].

Las reacciones a este fallo no se han hecho esperar y las críticas apuntan, especialmente a que el tenor de la ley es claro, por lo tanto, no se debe desatender, que no es evidente que la intención del legislador para el RAE haya sido proteger sólo el inciso 2 del art. 19 Nº 21 de la Constitución. Pero, además, la Corte está vulnerando los criterios de interpretación constitucional que se fundan en los derechos fundamentales, principalmente el principio *pro homine*[1151].

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

En cuanto al argumento de la literalidad de la ley, HERNÁNDEZ es categórico para afirmar que la disposición que establece el RAE no distingue "entre los dos

[1150] *Cf. Ibíd.*, considerando 11º. Continúa la sentencia dando razones para considerar que el RAE no es el medio idóneo para cautelar el inc. 1 del art. 19 Nº 21: "existen fundadas razones que conducen a descartar el amparo económico como instrumento idóneo para dispensar protección al derecho a desarrollar una actividad económica lícita contemplado en el artículo 19 Nº 21 inciso 1º de la Carta Fundamental. La primera estriba en la imposibilidad de estimar como criterio racional que una persona directamente afectada por la vulneración de dicha garantía de treinta días para deducir el recurso de protección, en tanto que un tercero sin interés actual alguno en la materia cuente para ello con un plazo de seis meses. Enseguida, el diseño con que el referido cuerpo legal reguló el amparo económico impide considerarlo como un remedio eficaz disponible a favor de un particular para la salvaguarda de la garantía en referencia, desde que no se entregó al órgano jurisdiccional la facultad de adoptar providencias cautelares prontas e inmediatas para brindar resguardo al afectado, como sí se establecen tratándose del recurso de protección" (*Ibíd.*, considerando 12º). "(esas) razones resultan aptas para producir en estos sentenciadores el suficiente grado de convencimiento en orden a la inidoniedad del recurso de amparo económico para salvaguardar la garantía fundamental reconocida en el artículo 19 Nº 21 inciso 1º de la Carta Fundamental".

Esta sentencia da inicio a la nueva jurisprudencia, criterio que ha sido confirmado posteriormente: *Cf.* SCS, rol 1.188 – 16 de abril de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 41952; SCS, rol 650 – 09, de 22 de abril de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 42000; SCS, rol 1.709 – 09, de 27 de abril de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 41953; SCS, rol 1.655 – 09, de 7 de mayo de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 41993; SCS, rol 2.537 – 09, de 27 de mayo de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 42091; SCS, rol 5.438 – 09, de 8 de julio de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 42629; SCS, rol 4.462 – 09, de 4 de agosto de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 42403; SCS, rol 5.971 – 09, de 10 de septiembre de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 42615;; SCS, rol 6.959 – 09, de 10 de diciembre de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 43086; SCS, rol 9.458 – 09, de 28 de diciembre de 2009. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 43099; SCS, rol 3.573 – 10, de 8 de junio de 2010. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 44886.

[1151] *Cf.* HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista", *op. cit*., pp. 447 – 456; NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 360, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 7 – 27.

párrafos que comprende el precepto constitucional. Luego, *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*"[1152]. Por su parte, NOGUEIRA señala que "no es correcto por los operadores jurisdiccionales recurrir a la intención del legislador cuando la norma legal en su tenor gramatical es claro, aun si recurriéramos a la interpretación privatista del Código Civil, cosa que sería inadecuado ya que estamos en el ámbito del derecho procesal constitucional, el Código Civil sólo posibilita recurrir a la intención o espíritu del legislador 'para interpretar una expresión obscura de la ley', lo cual no es el caso de la disposición analizada, donde la Sala Constitucional en su posición de mayoría reconoce en el fallo en análisis que la disposición es literalmente clara' en el considerando tercero de la sentencia analizada"[1153].

En relación al argumento de que la intención original del legislador era proteger mediante el RAE sólo la actividad del Estado empresario, en opinión de HERNÁNDEZ, la ley no aporta indicios inequívocos en torno a esa intención y para ello este autor recurre, de manera muy forzada, a ciertos documentos en los cuales pretende descansar su afirmación, y digo forzada, porque más parece apelación retórica que alegación sustantiva[1154].

Con todo, el argumento de mayor peso que sostienen los autores es aquél que afirma que esta nueva propuesta hermenéutica constituye una regresión desde la perspectiva del respeto y promoción de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que además yerra la CS al aplicar a materias constitucionales los criterios de interpretación establecidos en el CC chileno, más propios del área privatista. Para defender esta opinión recurren a las reglas de interpretación del derecho constitucional, entre las que

---

[1152] HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista", *op. cit.*, p. 448.

[1153] NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico", *op. cit*., p. 16.

[1154] *Cf.* HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista", *op. cit*., p. 448. Vg. Señala el autor que es "ilustrativo, en esta perspectiva, el Acta con que la Junta de Gobierno aprobó los dos proyectos, donde, refiriéndose en particular al recurso plasmado en la primera, se señala simplemente: 'su texto contempla la creación de un recurso especial para garantizar los derechos de los particulares frente a las infracciones que pudieran cometerse a la norma del Nº 21 del art. 19 de la Constitución'" (*Ibíd*., pp. 448 – 449). Digo que es retórica, porque no sólo omite al explicar la historia de la ley, el Informe Técnico de los Ministros, que es el documento más contundente para explicar la razonabilidad del RAE, sino porque fuerza la opinión de la Junta a fin de que realicemos una interpretación literal de esa acta.

destaca el principio *favor persona* o *pro homine*[1155] y a la normativa internacional en materia de derechos humanos.

No comparto la crítica sostenida por ambos autores, ni tampoco los argumentos que utilizan para criticar la sentencia. Pero vamos por partes.

En cuanto al criterio literal, si bien no hay distinción de incisos en la protección del art. 19 Nº 21 de la Constitución, ello no significa que el tenor de la ley es claro, ni que los criterios del derecho civil sean los adecuados para interpretar la Constitución.

En relación a la claridad de la ley, si sólo aplicáramos el criterio gramatical, el RAE se tornaría en un recurso ambiguo desde la perspectiva de la finalidad perseguida por el legislador, por cuanto de los documentos fundamentes es posible llegar a una conclusión distinta, por lo que es necesario acudir a otros principios de interpretación más allá de la letra de la ley, como son el lógico – histórico y el sistemático.

Al mismo tiempo, si bien las reglas de interpretación del CC pueden ser útiles, no son suficientes cuando se trata de materias relacionadas con el derecho constitucional y, principalmente, de los derechos fundamentales.

En cuanto al argumento de que la historia de la ley no es clara para establecer que el propósito original del legislador era garantizar el orden público económico y prevenir frente a eventuales excesos del Estado empresario, HERNÁNDEZ hace una lectura intencionada de la historia y omite los principales documentos que efectivamente dan cuenta de ese propósito. Asimismo, el autor fuerza la comprensión de ciertos textos, para hacerles decir lo que él quiere entender. Baste revisar el Mensaje de la Ley, el Informe Técnico de los ministros del Interior, Economía y Hacienda y el Informe Nº 6583/110/17 de la Primera Comisión Legislativa para concluir que el RAE quiere proteger a las personas, ante los excesos del Estado en su actuación como empresario[1156].

[1155] *Ibíd*., pp. 455 – 456; NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico", *op. cit*., pp. 15 – 16. Este último incluso señala que "tal trasgresión explicitada en los fallos anteriores por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se concreta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias sobre amparo económico mediante la interpretación realizada en el último tiempo que priva de eficacia y efectividad al recurso de amparo económico a diferencia de la interpretación realizada en la década anterior por la misma Corte Suprema sobre la misma materia, que efectivamente cautelaba el derecho fundamental, en una interpretación 'favor homine' o 'favor persona', dotándolo de eficacia y efectividad, haciéndolo idóneo, conforme a su objeto y fin" (*Ibíd*., p. 17).

[1156] *Cf.* VARAS ALFONSO, P.: "Amparo Económico", *op. cit*., pp. 47 – 56.

Ahora bien, reconozco que recurrir a la historia no es suficiente para mantener un criterio interpretativo. Si así fuera, caería en un originalismo hermenéutico que he criticado sostenidamente a lo largo de estas páginas. Lo que sí quiero defender es que la historia de la ley que establece el RAE tiene un propósito, el cual difiere del que sostiene HERNÁNDEZ y con el que pretende persuadirnos. ¿Puede cambiar? Por supuesto, siempre y cuando existan buenos, atendibles y razonables argumentos.

La apelación al sistema de derechos fundamentales y los criterios interpretativos que a ellos corresponde constituyen el argumento de mayor calado. Y razones no faltan, ya que la libertad de empresa, como hemos señalado, es un derecho fundamental y, por tanto, digno de respeto, promoción y protección.

Sin embargo, la tesis que defienden HERNÁNDEZ y NOGUEIRA tiene un problema, a saber, que critican la nueva jurisprudencia desde una perspectiva de clausura operativa del sistema de derechos fundamentales (sistema cerrado), mientras que lo que caracteriza a los derechos es su relación dialéctica y la apertura cognitiva (sistema abierto). Razonan como si el RAE fuera un silogismo: la libertad de empresa es un derecho fundamental; el RAE protege el art. 19 Nº 21; *ergo*, sólo puede referirse a ambos incisos, porque se trata de un derecho fundamental, interpretación que más se aviene al principio *pro homine*. No obstante, este razonamiento cerrado no permite observar la tensión con otros derechos y el hecho de que la libertad de empresa sí se encuentra debidamente protegida. No advierten que desde la perspectiva del complejo sistema, la nueva tendencia jurisprudencial es la interpretación que más se aviene con un modelo de igualdad y de relación razonable entre derechos, deteniéndose ambos sólo en el caso aislado e intentando convencernos de que la libertad de empresa va a quedar en la indefensión, cuestión nada más alejada de la realidad.

Hasta antes de la mutación de criterio de la CS, la jurisprudencia hizo del RAE una 'súper protección', lo que es reflejo de una lectura del modelo económico social que se ha impuesto en Chile y que es de cuño neoliberal. Al parecer, para esa corriente interpretativa, no eran suficientes las herramientas que existen para proteger la libre empresa, sino que es necesario reforzarla y nada mejor que ampliar la original intención del legislador. Y eso llevó a una sobreprotección de la libertad de empresa, lo que no se cohonesta con un sistema democrático contemporáneo que pone el acento en la estructura social del sistema político. De ahí el problema que presenta la propuesta de interpretación en código de sistema cerrado, como es la de DOMÍNGUEZ y NOGUEIRA,

que no permite ni favorece la apertura cognitiva del sistema de derechos fundamentales[1157].

Por eso comparto la nueva interpretación de la Corte Suprema en torno al RAE, porque reconoce implícitamente la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales para proteger la libertad de empresa, y excluye de su ámbito de aplicación, hacia el futuro, las acciones que se funden en hipótesis de atentados contra la libre competencia o competencia desleal, sea por parte de particulares o por empresas públicas, ya que corresponderá a otros Tribunales resolver esos asuntos. Por tanto, al recurso de protección del art. 20 de la Constitución chilena le cabe un importante papel de garantía de este derecho fundamental, como también a los otros medios que preservan el legítimo – y razonable – ejercicio de la libre iniciativa económica por parte de las personas.

6. Análisis crítico sobre la libertad de empresa en la Constitución chilena.

En este último apartado pretendo realizar un análisis crítico del estatuto de la libertad de empresa en el derecho constitucional chileno, valorando los aspectos positivos, pero, especialmente, anotando los desafíos que se imponen desde la perspectiva de su interpretación e implementación.

La libertad de empresa, a diferencia de Cartas anteriores, cuenta con un expreso reconocimiento en la Constitución chilena, lo que permite sostener que se trata de un derecho fundamental y, como tal, cuenta con los mecanismos jurisdiccionales necesarios para protegerla ante su eventual desconocimiento o violación. Esto es muy importante, habida cuenta de que en la historia reciente de Chile, la libertad de empresa junto al derecho de propiedad sufrieron una sistemática violación, especialmente por parte de la Administración del Estado, lo que, unido a una multiplicidad de causas fue lo que provocó la quiebra del sistema democrático y el golpe de Estado de 1973.

[1157] Ya en 2001, ZÚÑIGA criticaba el cambio de paradigma interpretativo de la CS: *Cf.* ZÚÑIGA URBINA, F.: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial", *op. cit*., pp. 307 – 309. RUIZ – TAGLE se preguntaba el "por qué muchos de los recursos de amparo económico son interpuestos por asociaciones gremiales o agrupaciones que defienden una estructura de mercado determinada. Muchas veces esta forma de mercado es favorable a un determinado grupo de personas que quieren defender sus privilegios y continuar desarrollando sus negocios de modo tradicional" (CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, *op. cit*., p. 339).

Ahora bien, del análisis de la libertad de empresa, se advierten algunas dificultades, asociadas principalmente a su interpretación e implementación en derecho.

En primer lugar, se advierte que en Chile existe escasa literatura sustantiva sobre la libre iniciativa económica consagrada en la Constitución. Abundan los trabajos descriptivos y, cuando nos topamos con reflexiones analíticas, éstas se enfrentan al tópico desde una perspectiva conservadora y de defensa de una estructura económico – social de marcado corte neoliberal. De hecho, la principal obra de Derecho Constitucional Económico (FERMANDOIS), es claramente tributaria, desde sus 'bastidores filosóficos', de una manera de comprender el sistema social asociado a los postulados 'anarco liberales' y monetaristas, además de una concepción antropológica rígidamente individualista. En este trabajo he dialogado permanentemente con ese autor y he anotado las discrepancias que me merecen sus reflexiones.

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

En tercer lugar, se advierte una simplicidad en la interpretación que hacen, tanto cierta parte de la doctrina como la jurisprudencia chilena, del principio de subsidiariedad, limitando su comprensión a la propuesta negativa del principio. Fundan su propuesta en una lectura parcial de la Doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica y en las opiniones de los integrantes de la Comisión de Estudios, con los problemas de legitimidad que supone recurrir a esta fuente, pero especialmente porque el entendimiento del principio es más complejo que la simple propuesta de un Estado abstencionista en el ámbito económico[1158].

En cuarto lugar, se advierte la tensión entre las diferentes cosmovisiones que existen sobre la libertad de empresa, que podemos sintetizar en la histórica tensión entre la libertad y la igualdad. Esto se muestra con especial fuerza en la interpretación del principio de subsidiariedad, pero también en la inteligencia del contenido esencial de

[1158] Recurrir a la historia en el trabajo de la Comisión de Estudios sigue siendo un elemento recurrente en la jurisprudencia chilena, hasta el día de hoy. Al respecto, *Cf.* SCS, rol 3.573 – 10, de 8 de junio de 2010. En: *Base de datos Legalpublishing*, N° Legal Publishing: 43987.

este derecho y en el caso de la reserva de ley como elemento garantista de la libre iniciativa económica. Las posturas defendidas están condicionadas por las cosmovisiones de sus defensores, lo cual no es novedad, porque se trata de temas que no son inmunes a la influencia de la argumentación desde una perspectiva de la teoría política.

En quinto lugar, el art. 19 Nº 21 de la Constitución chilena es una disposición compleja en su estructura, pues no sólo protege la libertad de empresa (libre iniciativa económica en su lenguaje), sino que también establece el rol que cabe al Estado en la economía, principalmente en cuanto actúa como empresario. El inc. 1 asegura claramente la libertad de empresa, con unos límites establecidos en términos de cláusula abierta. Y se trata, sin duda, de un derecho fundamental. No obstante, el inc. 2 contiene una autorización al Estado y a sus organismos para que, eventualmente, puedan desarrollar actividades empresariales.

Una adecuada interpretación de este inciso sólo la podemos realizar si lo entendemos en directa relación con el inciso primero, por cuanto la libre iniciativa económica de los particulares puede verse perjudicada por una actuación empresarial desmedida de parte del Estado. Por ello, establecer el inc. 2 del art. 19 Nº 21 supone una regulación excesiva para formar parte de una Constitución, que es más bien reflejo de una sobrerreacción normativa frente a los antecedentes históricos inmediatos. La libertad de empresa puede quedar igualmente protegida de los excesos del Estado empresario sin necesidad de contar con el inciso segundo, por cuanto las limitaciones a la actuación estatal pueden quedar perfectamente atribuidas a la ley. Más bien, el propósito de una norma de esta naturaleza es la 'seguridad' – y de pasada provocar petrificación normativa – de que el Estado está constreñido en su actuar como agente económico. Un ejemplo de que la libertad de empresa también se reconoce y resguarda, en términos más sobrios y fundamentales (aunque también algo ambiguo) lo encontramos en el art. 38 de la CE, que se limita a establecer el marco fundamental, que es el ámbito propio en el cual se desenvuelve una Constitución.

En sexto lugar, la intención original de los redactores de la Constitución era establecer un estatuto de la libertad de empresa que respondiera a un determinado modelo político, que encuentra en el despliegue radical del valor de la libertad su principal apoyo. De ahí que este derecho, emerja como un 'súper derecho' que, asimismo goza de 'megaprotección'. Ya se han visto los mecanismos jurisdiccionales con los que cuenta su defensa, que también son aptos para otros derechos

fundamentales, pero además es posible encontrar otras vías de defensa, que lo hacen especial y privilegiado en relación a los otros, y me refiero especialmente al RAE, una acción constitucional que nace el último día del gobierno dictatorial, reforzando la opción político – social que se impuso en esos años y cuya herencia aun pervive[1159].

En todo caso, el devenir del RAE ha sido a tientas, y en casi treinta años de vida ha experimentado tres importantes criterios de interpretación en relación a su contenido. Y no sería aventurado afirmar que en no pocas ocasiones ha sido una herramienta que instrumentaliza en sede jurisdiccional la especial cosmovisión liberal presente en la Constitución chilena.

Finalmente, en Chile el derecho de propiedad y la libertad de empresa son el *sancta sanctorum* de los derechos fundamentales. Sin embargo, comienza a aparecer alguna literatura que no sólo critica la opción político – social original de la Carta, sino que a partir de la misma Constitución, en un esfuerzo interpretativo teleológico y contextual, propone una lectura de esos derechos desde una perspectiva social, con criterios que beben del constitucionalismo contemporáneo, muy propio del desarrollo que tuvo lugar en Europa tras el término de la II Guerra Mundial.

Si bien el camino es largo y arduo, sostengo que una hermenéutica abierta, que considere los signos de los tiempos y con carácter evolutivo cuadra perfectamente con el art. 19 Nº 21 de la Constitución chilena, toda vez que se trata de una disposición con un techo ideológico abierto y que debe ser armonizada con otras disposiciones en el marco del complejo sistema de derechos fundamentales. Y ese ha sido el propósito permanente que ha motivado el trabajo de este capítulo.

[1159] Efectivamente, la Ley 18.971 fue publicada el 10 de marzo de 1990. El 11 de marzo se produce el cambio de gobierno, en el que asume la Presidencia de la República PATRICIO AYLWIN. Como nunca en su historia, el Diario Oficial del día 10 de marzo de 1990 publicó quince leyes. Además, se publicaron los resultados de control de constitucionalidad de diez proyectos de ley, trámite fundamental para que las leyes pueden tener vigencia (*Cf. Diario Oficial*, Nº 33.617, Santiago, 10 de marzo de 1990). De hecho, el TC chileno, entre el 5 de enero de 1990 y el 8 de marzo de 1990, realizó 22 controles de constitucionalidad; el resto del año hizo sólo uno, el 21 de noviembre. Como podemos observar, el trabajo en los días finales del régimen dictatorial fue 'frenético'.

CAPÍTULO VII: ANÁLISIS COMPARATIVO AL ESTATUTO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO Y LOS DESAFÍOS DESDE LA PERSPECTIVA DE UN ESTADO SOCIAL.

Llegados a este punto, queda realizar un análisis comparativo entre el estatuto de la libertad de empresa en el derecho español y el chileno. Será una reflexión en base a contrapuntos, principalmente porque el enfoque de este trabajo tiene como presupuesto una reflexión crítica acerca de los fundamentos de la libertad de empresa en Chile. Lo anterior, porque es en el derecho español donde se encuentran elementos que iluminan una propuesta diferente para la comprensión y reinterpretación de la libre empresa en el derecho chileno. Por tanto, los desafíos para Chile son enormes, partiendo de una nueva definición en relación al Estado y una apertura cognitiva en todo lo relativo a la Constitución Económica y, cómo no, en relación a la libertad de empresa en particular.

La reflexión que sigue está estructurada en tres partes, tal como ha sido el desarrollo de este trabajo, tanto para el derecho español como el derecho chileno: una comparación desde la perspectiva del Estado Social, otra desde la Constitución Económica, para finalizar con la libertad de empresa.

Además, a modo de preámbulo, dejaré constancia de las diferencias que existen entre ambos sistemas desde la perspectiva de la génesis de la Constitución, cuestión central para comprender por qué devienen las Cartas de una forma u otra. Advierto, desde ya, que los elementos que forman parte de esta reflexión final se encuentran a lo largo del trabajo, por lo que me limitaré a realizar un análisis inductivo y deductivo a fin de de plantear los desafíos que se imponen al derecho constitucional chileno.

1. La importancia de la deliberación democrática en la génesis de una Constitución.

Se ha repetido en innumerables ocasiones que la CE de 1978 es la Constitución del "consenso". Ahora bien, según MORISI, la CE está condicionada por su irrupción en un momento histórico determinado, a saber, el tránsito de un sistema político autoritario a uno democrático, pero ésta se da en una dinámica lineal y cuya continuidad se expresa en el otorgamiento de la primacía a la racionalización de lo nuevo más que en el rechazo a lo antiguo. Asimismo, los cambios en la estructura social, económica y cultural se producen en sintonía con los cambios que se viven en Europa. En atención a estos cambios, el consenso parece asumir un significado autónomo hasta constituir una clave interpretativa como reconocimiento del doble postulado de acogida de un modelo

económico que abraza el capitalismo y la pretensión de participación social y económica en el control de la economía[1160].

Para lograr ese propósito, desde el procedimiento de gestación y aprobación de la CE se advierte el anhelo de dotarla de una legitimidad democrática que permitiera su aceptación mayoritaria por la rica y plural comunidad política del Estado español.

En junio de 1977 se celebran las primeras elecciones democráticas en cuarenta años para elegir a los representantes del Parlamento y aunque éste no poseía el título de "Cortes Constituyentes", conocidos los resultados electorales, los partidos políticos piden al Gobierno que ponga en marcha un proceso para una nueva Constitución.

El primer paso es la creación de una Ponencia de diputados que debía elaborar un Anteproyecto que sería discutido posteriormente en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso. Tanto la Ponencia como la Comisión estuvieron integradas en proporción a los resultados obtenidos en las elecciones.

El trabajo de la Ponencia se realiza entre agosto y diciembre de 1977, culminando con la publicación del Anteproyecto de Constitución en enero de 1978. Publicado el Anteproyecto se abre un plazo para la presentación de enmiendas.

Como es posible adivinar, no fue una discusión pacífica y en ella confluyen las diferentes cosmovisiones sobre el devenir de la sociedad, especialmente en materia económica. Con todo, esta tensión es reflejo del consenso con que se elabora el texto constitucional, que recoge las diferentes visiones que cohabitan en la comunidad y lo plasman normativamente. ¿Por qué? Porque la Constitución es democrática y desde esa perspectiva debe ser representativa del pueblo, con la natural pluralidad que reside en él.

La Ponencia emite un Informe en abril de 1878 y pasa a la Comisión. En un principio, se opera con el mecanismo de aprobación por mayoría, lo que, obviamente, beneficiaba a los sectores de derecha por su representación en la Comisión. Sin embargo, la Unión de Centro Democrático (UCD) decide cambiar de táctica y se abre al diálogo con la importante minoría socialista: se abre la estrategia del consenso, lo que permitirá la aprobación de la CE[1161].

[1160] *Cf.* MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", *op. cit.*, pp. 379 – 384.

[1161] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española op. cit.*, p. 45.

Desde la perspectiva del trabajo de la Ponencia, se ha sostenido que en un primer momento fue estrategia de UCD 'acorralar' al PSOE, generando un acuerdo lo más amplio posible con la minoría catalana y

Por su parte, en el caso de Chile se dan muchos elementos que permiten sostener no sólo la ilegitimidad de la Carta, sino la ausencia de un verdadero proceso de deliberación política en su gestación. Por de pronto, la Junta militar asumió todo el poder, incluso autoatribuyéndose el poder constituyente y asumiendo desde el principio la tarea de elaborar una nueva Carta. Para ello, designa una Comisión para que estudie, elabore y proponga un Anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado.

Esta Comisión, prolonga sus sesiones entre 1973 y 1978 y estaba integrada principalmente por profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, cercanos a la derecha chilena. En esta Comisión no cupo la representación de los sectores de centro o siquiera de centro izquierda del escenario político chileno. Se trata entonces de un pluralismo limitado, "pero tan limitado, que estaba en ese límite en que no puede tener sentido hablar de pluralismo. Se trataba de un caso en el cual el adjetivo (limitado), destruye al sustantivo (pluralismo)"[1162].

La primera etapa de elaboración de la Carta culmina con la presentación de un Anteproyecto el que pasa al Consejo de Estado, para finalmente ser revisado por la Junta militar. En agosto de 1980 el general Pinochet anunció que la Junta de Gobierno, en ejercicio de su potestad constituyente, había aprobado la nueva Constitución y que convocaba a la ciudadanía a un plebiscito para ratificarlo[1163], el cual se realiza en septiembre de 1980, con un resultado favorable a la opción SI a la nueva Constitución.

El 11 de septiembre de 1973, la irrupción militar provoca una quiebra político – institucional, pero también un cisma para la interpretación de la historia chilena. La intervención golpista supone una larga interrupción del sistema democrático en vistas a imponer una refundación del Estado de Chile[1164]. De ahí la necesidad de terminar con la

---

buscando, al tiempo, una cierta actitud de buena disposición de parte del PCE. Esta estrategia quería provocar que el PSOE, con límites por la derecha y la izquierda, adoptara una actitud más colaboradora y ceder en determinados puntos, a fin de lograr un acuerdo con la UCD. Sin embargo, esta estrategia seguida por la UCD, suponía un peligro por la marginación del principal partido de oposición (PSOE) y el déficit de legitimidad que aquello podría significar para la futura Constitución (*Cf.* GALLEGO – DÍAZ, S. – CUADRA, B. DE LA, *Crónica secreta de la transición*, *op. cit.*, p. 40. Ambos atribuyen esta estrategia a HERRERO DE MIÑÓN).

[1162] CHAPARRO, P. – CUMPLIDO, F.: "El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar – autoritario chileno. Estudio de dos casos", *op. cit.*, p. 39.

[1163] En cuanto a la necesidad de la consulta popular. ¿Para qué? El poder constituyente radica en la Junta, por lo que bastaría su voluntad para que la Carta pueda entrar en vigor.

[1164] "Se trata de un proyecto de restructuración global que rompe violentamente con la tradición de la sociedad chilena, tanto en el nivel de las relaciones económicas como en cuanto a la naturaleza del Estado

Constitución de 1925 y elaborar una nueva Constitución que responda a los nuevos paradigmas en los cuales descansará la institucionalidad.

Si bien pueden realizarse críticas formales (procedimiento de aprobación original y su entrada en vigor casi diez después de su promulgación) y sustantivas (especialmente los "enclaves autoritarios y sincretismo ideológico), lo que quiero dejar en evidencia es cómo el proceso de elaboración de una Constitución no es indiferente en cuanto a los frutos obtenidos tras el procedimiento.

Por una parte, a pesar de las críticas que se puedan realizar, el consenso como opción metodológica permitió que el Estado español se otorgara una Carta Fundamental, no sólo con un importante nivel de legitimidad, sino principalmente fuera reflejo de las diferentes sensibilidades que cohabitan en la comunidad. Por el contrario, en Chile no hubo deliberación y se *impuso* un paradigma determinado, con pretensiones naturalistas y sin posibilidad de plasmar en la Carta la rica diversidad que caracteriza a una sociedad. Y para ello, los autores originales de la Constitución (la Junta) se valieron de un procedimiento que se caracterizó por la homogeneidad de visiones de los integrantes en las diversas etapas y por establecer un blindaje normativo – constitucional para dificultar la reforma futura de aquellos aspectos claves de la institucionalidad.

De ahí que valore positivamente el proceso de elaboración de la CE, porque por más críticas que se puedan realizar, favoreció la irrupción de un modelo político que considera las diferentes cosmovisiones sociales para el desarrollo de la comunidad política. En Chile, a pesar de las reformas que se han realizado en treinta años de vigencia de la Constitución, la Carta Fundamental aún no es manifestación de la natural diversidad social. Y en ello, importancia capital le cabe a su origen no democrático y la presencia de una rigidez normativa que hace difícil la reforma de la Constitución.

2. La eficacia de la cláusula del Estado social para la interpretación de la Constitución.

Como se ha visto, la CE señala expresamente que "España se constituye en un Estado social" (art. 1.1.). Que el Estado español sea definido como social supone que se

---

e, incluso, las concepciones ideológico culturales predominantes" (VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar *op. cit.*, p. 65).

deben cumplir ciertos propósitos que encarnen operativamente esa declaración. Y en eso existe una diferencia cualitativa con la realidad chilena, puesto que en la puerta de entrada de la CE se están estableciendo imperativos que permiten el despliegue de los derechos de las personas, principalmente los de naturaleza social.

El carácter social del Estado supone, por de pronto, que es necesario cumplir una función asistencial, que es más que la pura beneficencia, en que el Estado se transforma en gestor de prestaciones y servicios para asegurar las condiciones mínimas de existencia. Es lo que se ha llamado la *procura asistencial*, que crea un espacio vital efectivo para el individuo, que supone la existencia de medios puestos a su alcance y que mejoran sus condiciones de vida (sanidad, educación, transporte, áreas verdes, cultura, etc), aunque no posea sobre ellos un derecho de dominio personal[1165]. Pero también debe cumplir una función de intervención y tutela de la economía, lo que convierte al Estado en planificador incluso empresario en el proceso económico[1166].

Como se dijo en otra parte de este trabajo, "la originalidad y significación de la fórmula 'Estado social y democrático de derecho' no radica en los términos que contiene tomados cada uno de ellos aisladamente… ni tampoco en una simple agregación o superposición… sino en la integración de los tres términos en una totalidad conceptual que define a un tipo de Estado relativamente complejo constituido por la unidad de tres componentes vinculados entre sí por relaciones directas o indirectas, más o menos complicadas según los casos y las coyunturas concretas"[1167]. Por ello, cada uno de los términos, a pesar de su autonomía, se encuentran vinculados con los demás mediante relaciones de coordinación que establecen limitaciones a su desarrollo y amplían sus posibilidades de realización. Entonces, el componente social no puede desarrollarse ni autoritaria ni arbitrariamente, sino mediante métodos democráticos y, sometido al derecho, siendo, por su parte, el principio democrático la garantía de que los intereses sociales serán atendidos por el legislador y la Administración[1168].

[1165] *Cf.* GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, op. cit.,* pp. 83 – 84.

[1166] *Cf. Ibíd.,* p. 84.

[1167] GARCÍA – PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo, op. cit.,* p. 103.

[1168] *Cf. Ibíd.,* p. 103. En el mismo sentido *Cf.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al régimen constitucional español, op. cit.,* p. 324.

Con todo, la materialización de un Estado social es realidad y tarea. No agota su funcionalidad en la declaración semántica sino se proyecta hacia el futuro. Es evidente que, en el devenir de la historia, habrá momentos en que la materialización práctica de su contenido será más accesible que en épocas marcadas por las crisis, sobre todo económicas, sin embargo, la aspiración del Constituyente por generar un estadio en que igualdad material y justicia social, debe ser patrimonio de todos y no de grupos privilegiados.

Para que esto sea posible, es necesaria la actuación de un Estado fuerte que canalice las demandas sociales – en una economía de mercado –, porque en la dialéctica Estado – sociedad, que se decanta hacia una relación horizontal y de interacción recíproca, no serán ni la beneficencia pública ni la virtud ciudadana las que permitirán que se hagan operativos los anhelos del Estado social, sino las políticas efectivas, que suponen la interacción de lo privado y lo público.

En el caso de la Constitución chilena, ésta encuentra fundamento en diversas vertientes teóricas, como la Doctrina de la Seguridad Nacional, la filosofía escolástica o el neoliberalismo, pero es la influencia de esta última la determinante para comprender el entramado político y social presente en la Carta chilena. Y este predominio se advierte principalmente en la configuración del rol para el Estado en materia económica, la preeminencia de los derechos de propiedad y libertad de empresa y el énfasis en la dimensión de libertad de otros derechos, devaluando los aspectos sociales.

Si bien esta corriente justifica sus postulados en la "cientificidad" con que son construidos, no es menos cierto que su axioma de mercantilizar todas las dimensiones sociales no deja de ser autoritario y con pretensiones de universalidad: ¿es necesariamente la economía de mercado garantía de eficiencia y espacio de despliegue de la libertad de las personas? No necesariamente, porque hay ciertas esferas en las cuales el puro mercado no basta para generar políticas públicas que beneficien a los ciudadanos. No se puede desconocer que existen actividades y sectores de los cuales el Estado no puede ausentarse. El problema es que el neoliberalismo cree que todo puede ser entregado a la iniciativa privada, y desconoce que pueda existir justicia social y políticas redistributivas.

Con todo, no se pueden desconocer las bondades del neoliberalismo. Por un lado, se trata de una teoría que funda, las más de las veces, seria y científicamente sus postulados. Además, el énfasis en la libertad y el ser humano debería llevar a una promoción y protección de los derechos humanos. Incluso es posible advertir la

valoración que realiza de la pluralidad y diversidad existente en la sociedad, ya que al fomentar la iniciativa y la multiplicidad salen a la luz recursos que no verían la luz sino cuando las personas tienen un espacio de actuación libre en busca de sus fines[1169]. Sin embargo, la radicalización de postulados necesita matices en búsqueda de una síntesis.

No niego la relevancia de la economía de mercado como eficaz modelo económico que debe regir en los destinos de la sociedad. También valoro la postura que tiende a reducir el tamaño del Estado e ir aligerándolo de actividad empresarial, como asimismo la relevancia de las políticas de control de la inflación. Sin embargo, insisto en que no todo puede ser mercantilizado, especialmente porque el desarrollo de los derechos sociales no se produce con la pura liberalidad (y asistencialidad). Y es ésta una esfera propia y singular en la cual debe desplegar su fuerza un Estado, porque producir una mejora en las condiciones de vida de los menos favorecidos supone implementar políticas sociales en que él puede intervenir de manera directa, *V.g.* sanidad, educación, vivienda, seguridad social, transporte público o cuidado del medio ambiente, entre otros.

Y Chile ha sido un precursor en la implementación de un modelo neoliberal, que ha ido ganando fuerza y adeptos en diversas parte del mundo, incluso en la UE. Los desafíos que se imponen frente al empuje neoliberal son el cuidado de las políticas que protegen el tejido social y no olvidar que como sociedad debemos aspirar a una equiparación en las condiciones de vida de los menos favorecidos. No se trata de una defensa de un sistema de igualdad real, pero sí de promoción y movilidad social de los pobres. Como señala ÁLVAREZ – URÍA, "es preciso supeditar el mercado autorregulado a los imperativos democráticos del Estado social"[1170] y frente a esto, en Chile, existe una deuda enorme. El costo social que supuso la implementación de los postulados neoliberales tardó años en repararse y quienes lo asumieron fueron, principalmente, los más pobres. Si bien, en los últimos veinte años, en Chile ha habido progresos desde la perspectiva del desarrollo humano, ello ha sido posible gracias a la matización de las radicales políticas económicas vigentes durante la dictadura militar[1171].

[1169] FERRERO MUÑOZ, I., *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal op. cit.*, pp. 113 – 114; FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad, op. cit.*, p. 254.

[1170] ÁLVAREZ – URÍA, F.: "Estado social versus neoliberalismo", *op. cit.*, p. 23.

[1171] *Cf.* OTTONE, E. – VERGARA, C.: "La desigualdad social en América Latina y el caso chileno", *op. cit.*, pp. 80 – 90.

Por tanto, es posible sostener que la Constitución chilena vigente no bebe de un modelo de Estado social, sino es más bien reflejo de las ideas neoliberales en lo relativo al entramado social, sin perjuicio de la influencia de la filosofía cristiana en el Capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad. Y, de hecho, es esta presencia normativa de las ideas cristianas lo que ha llevado a algunos autores a señalar que en Chile se ha producido una recepción del Estado social[1172]. Sin embargo, éste no es el sendero por el que transita la Carta chilena, lo que se ve reflejado principalmente en el precario desarrollo de los derechos sociales.

Es cierto, además, que los derechos sociales precisan de gasto público y no basta su declaración normativa para que se materialicen. Con todo, lo que prima, frente a estos derechos, es la cosmovisión política. Por ejemplo, si bien la Ley Fundamental de Bonn no contiene un catálogo de derechos, no hay duda que Alemania se caracteriza por una alta protección social. Por ello, la protección de los derechos sociales será distinta si nos enfrentamos a este tema desde la perspectiva de un Estado social o un Estado abstencionista (o neoliberal).

Si bien es claro que el problema de las desigualdades sociales es un tema complejo, no está claro que, si los individuos son puestos en situación de igualdad de oportunidades, el desarrollo personal y la superación de la pobreza dependan del esfuerzo y empeño de cada uno. Tras ese postulado se esconde un voluntarismo que es desmentido por la realidad.

Asimismo, no quiero decir que la herramienta económica para superar las desigualdades pase por un retorno a la planificación. Al contrario, se ha demostrado la eficacia de la economía de mercado. El crecimiento del PIB, el control de la inflación y la libre iniciativa económica privada son herramientas indispensables para mejorar, no sólo los índices de competitividad, sino que permiten progreso social y mejores indicadores de desarrollo humano.

No obstante, no es suficiente y, dado que los pobres existen y no lo son por opción sino más bien por dificultades en la estructura de la sociedad, es el Estado el

[1172] El autor que ha trabajado más detenidamente este asunto es, como lo señalamos en su oportunidad, SOLARI ALLIENDE. Sobre el punto, *Cf*. Capítulo V, punto 1 "Algunos antecedentes sobre la sociabilidad del Estado en la Constitución chilena" del presente trabajo. Esta propuesta es atrevida y digna de ser tenida en cuenta, sin embargo, se trata de una postura minoritaria y discutible. Y la discutibilidad no pasa porque discrepe de la instauración en Chile un Estado social, sino porque los argumentos en que funda su posición chocan con una interpretación sistemática de la Carta y con las variantes de un constitucionalismo más teleológico que originalista

encargado de generar políticas redistributivas, porque los criterios mercantiles por sí solos se muestran incapaces de producir mejores resultados en los indicadores de desarrollo humano. Y eso es una opción política. Por tanto, dotar de contenido material a los derechos sociales supone una visión en cuanto al rol del Estado.

Lo mismo que los derechos de primera generación o políticos son conquistas culturales, en que el reconocimiento y respeto de su ejercicio supone una opción ideológica que implica un deber de abstención del poder estatal para favorecer el despliegue de la persona, lo mismo ocurre para los derechos sociales, que por su particular contenido precisan la acción positiva del Estado. Y la intensidad de la actuación estatal dependerá de la cosmovisión con la cual se construya la sociedad, partiendo de la base de que debe tratarse de una sociedad ordenada, estable y con altos niveles de probidad y transparencia, requisitos que son difíciles de reunir, pero que hacen posible que la 'encarnación' de un Estado social sea una posibilidad y no una utopía o declaración programática de la Constitución.

Por lo mismo, la fórmula 'Estado social' cumple una función hermenéutica que permite la comprensión y actualización de sus postulados.

Esta cláusula, al figurar en la Constitución, excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, lo que supone "adecuar el disfrute efectivo de los diferentes derechos a las posibilidades reales de cada sector de la sociedad, reforzando, sí, unas veces su aprovechamiento en referencia a los sectores menos privilegiados, pero también restringiendo otras el alcance el alcance de esos derechos (función social de la propiedad) en razón de la posición social prevalente de sus titulares"[1173].

De ahí que valore positivamente la existencia de la cláusula 'Estado social' en la CE, la que ha significado una opción política para el desarrollo social. Además, conviene recordar que el art. 1 de la CE tiene un sentido dinámico, porque el establecimiento del ordenamiento constitucional es una operación, integradora, estimativa y transformadora, no limitándose ese dinamismo al momento de la transición de un régimen político autoritario a otro democrático, dado que el dinamismo constitucional es permanente. "Una Constitución se está haciendo, y rehaciendo, continuamente, conservando su misma estructura formal sin necesidad de reformarla de

[1173] GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, *op. cit.*, p. 102.

acuerdo con los preceptos específicos que controlan su revisión. Una Constitución viva se autorrealiza, se integra, se transforma a sí misma y transforma la realidad social"[1174].

La apertura de los conceptos constitucionales unida a una lectura de la sociedad y Constitución dinámica, permite que la interpretación pueda ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas y evitar el peligro de una petrificación del derecho, peligro latente y del que no pocas veces pecan los sistemas jurídicos. Lo anterior, porque aún existen concepciones que, en ocasiones, por temor a los efectos de lo desconocido no se abren a la mutación de paradigmas, fenómeno tan propio de cualquier sociedad en un tiempo histórico determinado. Que la realidad social va cambiando no es un descubrimiento copernicano. La dificultad estriba en una lectura adecuada de la realidad y de la necesaria adaptación a los tiempos nuevos.

Se puede afirmar que el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad. No es inocuo plantear un determinado modelo de interpretación en vez de otro. Si se bebe de una fuente flexible, las cláusulas abiertas pueden ser determinadas evolutivamente en su contenido material, pero, si la fuente es restringida, se quedará atrapado por la tradición y el momento inicial del pacto, por más razonable que sea y no es posible, por la *original intent* o la buena fe, superar criterios que tácitamente pueden estar siendo superados por la realidad. Y esto ocurre en materia de la conceptualización del Estado social, siendo necesario interpretar esta problemática con criterios amplios, extensivos y abiertos a la constante evolución de la sociedad.

La solemne puerta de entrada a la CE, con su rico contenido, no puede quedar en un anhelo o entregado a la voluntad de los programas políticos contingente, sino debe ser el marco básico con el cual comparar la constitucionalidad de las normas jurídicas que tienen relación con el sistema económico y social. Por ello comparto lo que señala PECES – BARBA: "no cabe duda de que el Estado social y democrático de Derecho no es un modelo acabado y cerrado, sino abierto, por construir. Supone, en alguno de sus aspectos, un horizonte utópico, lo cual no quiere decir imposible, porque la utopía es sólo una verdad prematura"[1175].

[1174] LUCAS VERDÚ, P.: "Estado social y democrático de derecho", *op. cit.*, p. 156. Esta misma idea es defendida por DÍAZ REVORIO, *Cf.* DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional, op. cit.*, pp. 128 – 132.

[1175] PECES –BARBA, G., *Los valores superiores, op. cit.*, p. 65.

Reflexionar sobre el Estado social no es novedoso, ni siquiera original. Ríos de tinta han corrido en Europa tratando esta materia. Sin embargo, en Chile se debe avanzar hacia una definición expresa de la sociabilidad del Estado, en que la fórmula cumpla una función que permita una nueva comprensión y actualización de las obligaciones para el Estado. Si la Constitución chilena llegase a afirmar que el Estado de Chile es un Estado social (y no sólo democrático), una definición de esa naturaleza no estará ahí de modo estático sino que habría de suponer una mutación significativa en torno al rol que cabe al Estado en la economía, y no se tratará de una involución a modelos de planificación central, pero sí pondrá de relieve que el Estado no sólo vela subsidiariamente, entendida ésta en su vertiente restrictiva y abstencionista. Hay sectores de la economía que bien pueden sustraerse de la competencia y no ocurrirá nada, *V.g.* transporte público, regulación eficaz de la industria de farmacias, sistema educativo, principalmente universitario, etc.

Es cierto que todas las parcelas de la vida pueden ser objeto de análisis económico y que en ellas rija el mercado, sin embargo, no significa que mejore la vida en común. Chile está en condiciones de dar un salto al desarrollo, pero éste no llegará si no viene acompañado de mejoras en los índices de desarrollo humano. Si miramos la experiencia de los países de Europa, y principalmente la realidad española, la intervención del Estado es fundamental para la marcha de la economía. Basta dar un vistazo a los informes del PNUD para darse cuenta de que el camino a recorrer ha de suponer una cierta ruptura con el capitalismo radical. Y no se trata de abandonar los postulados liberales, sino que bebiendo de ellos, es posible, enfatizando la libertad, manifestar también una preocupación por la igualdad.

3. La Constitución Económica como manifestación de una opción política y la necesidad de un sistema interpretativo abierto.

La fórmula 'Estado Social' de derecho integró, en una fórmula unitaria, el principio de los derechos individuales – expresados en el campo económico por el derecho de propiedad y las libertades de iniciativa económica – con el principio de solidaridad, transformación que implica superar la separación entre Estado y sociedad. El Estado deja de ser árbitro neutral de la actividad privada de los particulares, que sólo establece reglas dentro de las cuales los particulares pueden actuar libremente. Al contrario, se hace responsable de que se mantengan las condiciones fácticas de las que

depende el mercado y el equilibrio social y económico de la sociedad. Estas condiciones ya no son obra de una legalidad natural, que sólo puede ser alterada por actos humanos sino producidas por la actividad normativa del Estado cuando el mismo proceso natural de la libertad económica las ha deteriorado[1176].

Por ello, las Constituciones contemporáneas, aparte de su natural contenido político, formulan jurídicamente una Constitución económica para ordenar la actividad económica, en que no se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales, sino también de considerar una regulación general que regule la economía nacional en sus grandes aspectos. Pero este tema, como tantos en derecho constitucional, no es de fácil determinación, ya que hay voces que postulan la apertura de la Constitución y que ésta debe ser neutral, y sin embargo, otros señalan que, por el bien de la convivencia social, no puede haber neutralidad económica. Por su parte, algunos otorgan al Estado un papel corrector de la economía frente a la emergencia de un liberalismo que se quiere imponer sin límites; otros prefieren un rol subsidiario del Estado, retrocediendo incluso a las manifestaciones económicas propias del siglo XIX. Y esta tensión se produce en el caso de la CE[1177].

De ahí que se pueda afirmar que a una Constitución no le es ajena la economía. La Constitución, además de ser norma fundamental, es también la norma básica de todo el ordenamiento jurídico. "Ya no sólo es la Constitución política (del Estado) sino la Constitución jurídica (de la Nación). Por ello, en el terreno de la economía la Constitución de ahora… amplía considerablemente su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico y determinando las posiciones que en ese sistema ocupan los sujetos privados y los poderes públicos. La regulación de la economía ha pasado a ser parte, pues, de la materia constitucional"[1178].

Dice el art. 38 de la CE que "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". Está de más decir que la adición de esta norma no fue sencilla y que contó con numerosos detractores desde posiciones políticas diversas. Unos, desde posiciones de izquierda, porque constituía la elevación a principio

[1176] *Cf.* DUQUE, DOMÍNGUEZ, J.: "Iniciativa privada y empresa", *op. cit.*, pp. 65 – 66.

[1177] Sobre este punto, *Cf.* "Capítulo II, 2.2. Normatividad económica en la Constitución", de esta investigación.

[1178] ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, *op. cit.*, p. 6.

constitucional el capitalismo como forma económica[1179]. Otros, desde la derecha, pues critican la desnaturalización de la economía de mercado o, en el mejor de los supuestos, cuando el Estado interviene en la economía, sólo lo puede realizar de manera subsidiaria[1180].

Pero lo que quiero destacar de la Constitución Económica de la CE es que se esfuerza por conciliar las distintas sensibilidades mantenidas por los grupos parlamentarios constituyentes. La Carta adscribe formalmente a la economía de mercado (art. 38), sin embargo, esta declaración sólo pudo consagrarse gracias a la ambigüedad que encierra. En el mismo art. 38 se declara que "los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación", norma que se desarrolla más ampliamente en los arts. 128, ordinales 1 y 2 y 131.1[1181].

Como señala FONT GALÁN, la ambigüedad en la determinación del sistema socio – económico ha sido la fórmula de consenso buscada por el constituyente para poder llegar a una Constitución. Si hubiera habido claridad en este tema, puede que se hubieran obtenido dos textos constitucionales irreconciliables. Tal vez la crítica a la ambigüedad evoca la nostalgia de un sistema de economía de mercado puro y liberal sustentado en el mito de la certeza jurídico-constitucional, al tiempo que conjura el peligro que supone la aceptación constitucional de un sistema socialista[1182].

Con todo, la afirmación de una economía de mercado abierta no significa que en la Constitución económica cabe cualquier sistema económico, pues la flexibilidad del sistema se produce dentro de unos límites constitucionales que deben ser respetados. No hay espacio, a menos que la Constitución se reforme, para programas que ignoren los elementos sociales del modelo constitucionalizado, al modo de una economía liberal

[1179] *Cf.* JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, *op. cit.*, p. 57.

[1180] *Cf. Ibíd.*, pp. 58 – 59.

[1181] Se ha dicho que en estas materias la CE es ambigua, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que redactores de la Constitución de diversas tendencias manifiesten su conformidad con el precepto contenido en el art. 38. Al respecto, en esta investigación *Cf.* "Capítulo II. 2.2. Normatividad económica en la Constitución".

[1181] *Cf.* FONT GALÁN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, *Constitución económica y derecho de la competencia*, *op. cit.*, p. 138.

[1182] *Cf. Ibíd.*, pp. 138 – 139.

con pura autorregulación, como tampoco para un sistema de economía centralizada que ignora abiertamente la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado[1183].

La economía de mercado es el núcleo económico de la CE y se puede afirmar que, independiente de la fuerza política que detente el poder en un momento determinado, el consenso mayoritario de la comunidad apunta a que sea el mercado el principal actor del sistema económico, sin olvidar sus insuficiencias, que autorizan la intervención del Estado en la marcha de la economía. Por tanto, "la intervención de los poderes públicos no queda ya subordinada a la inexistencia de iniciativa privada"[1184]. El Estado puede intervenir (habilitación constitucional de iniciativa pública económica establecida en el art. 128.2), respetando la lógica del mercado y asumiendo que la actividad económica estatal en ningún caso se puede inspirar como fin directamente perseguible, en la obtención del lucro, sino en la satisfacción de intereses generales, conforme a lo exigido en el art. 103[1185].

Asimismo, conviene recordar que las Constituciones establecen la regulación básica del Estado y muchas de sus concepciones no están definidas de antemano, porque se trata de cláusulas abiertas. Conceptos como moral u orden público son concepciones dinámicas, cuyo contenido material será determinado por el intérprete, en que a pesar de la claridad de sus palabras, están condicionadas por su contexto histórico y por cómo la sociedad va evolucionando para comprender estas nociones. En definitiva, para interpretar la Constitución no existe una sola propuesta, por lo que no puede entenderse sino como norma abierta a una realidad social dinámica y plural.

Incluso en este trabajo se han revisado algunos casos que han sido resueltos por los Tribunales de Justicia en materia económica. En ellos se puede observar la complejidad que supone la interpretación de las cláusulas abiertas, porque es indudable que las normas de la Constitución económica están redactadas en términos de apertura y que es el método tópico el que se utiliza para decidir: dialéctica argumentativa y esfuerzo de racionabilidad[1186]. Algunas de las definiciones aportadas por el TC (*V.g.*

[1183] Sobre este punto, en este trabajo *Cf.* "Capítulo II. 2.3. El modelo económico en la Constitución".

[1184] QUADRA – SALCEDO, T. DE LA: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público", *op. cit.*, p. 54.

[1185] *Cf. Ibíd.*, p. 60.

[1186] Sobre este punto, en este trabajo *Cf.* "Capítulo II. 3.2. Algunos ejemplos de interpretación jurisprudencial de las cláusulas abiertas".

libertad de expresión, contenido esencial, proporcionalidad) son descritas con tal nivel de amplitud que pueden admitir la mutación comprensiva del contenido de las normas, sin que suponga cambio en la doctrina sostenida.

En el caso de la CE, los diversos actores que se han enfrentado a este tema no son inmunes a las ideas políticas que fundan tal o cual punto de vista sobre el binomio Constitución – Economía. Por tanto, al asumir una posición no se debe temer a los condicionamientos que supongan las convicciones personales, con tal de que sean razonables y fruto de un proceso reflexivo. Porque es cierto que hay tensión entre iniciativa pública y privada en la economía, economía de mercado y planificación, sin embargo, lo que debe quedar excluido como propuesta acorde con la CE es un modelo de economía centralizada o con participación del Estado empresario con reglas que violen el principio de igualdad y no discriminación.

Tratándose de la Constitución chilena, a pesar de no establecer explícitamente un sistema económico, ésta ha constitucionalizado la economía de mercado, lo cual es propio de las Constituciones contemporáneas. Por lo mismo, se puede afirmar que la Constitución no es neutra en su apartado económico social.

Esa opción se ve reflejada en diversas disposiciones como son el establecimiento de la libertad de empresa como un derecho fundamental (art. 19 Nº 21), la no discriminación en materia económica (art. 19 Nº 22), la regulación del derecho de propiedad (art. 19 Nº 24) o la situación en que se encuentran, las materias que son objeto de ley y su proceso de formación, en que la Constitución "restringe la aplicación de instrumentos de política fiscal que su utilizan junto a políticas monetarias en una economía social de mercado, como es el manejo de impuestos y gastos sean corrientes o de transferencias, privilegiando el equilibrio fiscal y la estabilidad de la moneda"[1187].

Con todo, a pesar de la gran reforma del año 2005, en el plano económico social, persisten los paradigmas impuestos en la Carta original promulgada en 1980, ya que aún se encuentran los componentes ideológicos de ese tiempo, originariamente autoritarios, neoliberales y iusnaturalistas, que apuntan a una refundación del capitalismo[1188].

[1187] GUERRERO BECAR, J.L., "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica", *op. cit.,* p. 147.

[1188] Como señala ZÚÑIGA, "el Constituyente originario proyecta una herencia perdurable en lo económico – social, bajo un signo ideológico neoliberal, que es una Constitución Económica y una Constitución Social centradas en ciertos componentes torales… (siendo uno de ellos) el concepto restringido de Estado empresario del art. 19 Nº 21" (ZÚÑIGA URBINA, F.: "Vieja – Nueva Constitución *op. cit.,* p. 357).

Por tanto, tratándose de la Constitución Económica, varios son los pilares en los cuales descansa. Por de pronto, el principio de subsidiariedad, el derecho de propiedad y la libertad de empresa, pero, como se ha dicho, entendidos desde una perspectiva neoliberal, lo que ha sido aceptado mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia nacional[1189]. Esto significa que se propone una interpretación del principio de subsidiariedad que consiste en un rol abstencionista de parte del Estado.

Puede ser que la imposición de este modelo sea fruto de una sobrerreacción a las políticas económicas que rigieron en Chile en las décadas de los sesenta y setenta, ya que se ha puesto el énfasis en que la ordenación de la economía requiere simplemente de liberalización comercial, estabilidad económica y correcta fijación de precios, asumiendo que los mercados privados por sí solos distribuirán eficientemente los recursos, generando un fuerte y dinámico crecimiento, implicando esta visión una sobrevaloración de la capacidad de autoregulación de los mercados[1190]. No obstante, se trata de una propuesta restrictiva, con pretensiones de universalidad y que puede ser contradicha a partir de la experiencia comparada, principalmente al ser confrontada con la CE.

Esta propuesta, parte de una concepción socio – antropológica que supone la primacía del individuo sobre la sociedad, pero desde una perspectiva que trae consigo un individualismo radical[1191]. Un postulado de esa naturaleza culmina con una propuesta de intervención para el Estado de carácter excepcional, temporal, y que revela una falla en la estructura social que debe, en definitiva, repararse.

Por lo mismo, no es extraño que esta vertiente interpretativa suponga que todos los sectores sociales pueden quedar sometidos a la prestación de servicios económicos por los particulares, incluidas actividades sensibles como la educación, vivienda,

[1189] Al respecto, véase en este trabajo "Capítulo V. 2.1.1. Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal".

[1190] *Cf.* ESTÉVEZ VALENCIA, J.: "Visión sobre la Constitución Económica *op. cit.*, p. 99; MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico", *op. cit.*, p. 209.

[1191] *Cf.* en este trabajo, "Capítulo V. 2.1.1. Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal".

sanidad, seguridad social, transporte, etc, porque finalmente todas las esferas del mundo de la vida pueden ser asumidas por la iniciativa económica privada[1192].

Ahora bien, es posible afirmar que la Constitución Económica no es un concepto neutro, sino que se funda en una teoría política y que su orientación responde a una visión del mundo y la sociedad de la comunidad política en un momento determinado. Aunque la Constitución chilena establece una economía de mercado, su concreción "dentro de ese marco, admite variables, que en cada momento se concretan conforme a la 'ideología' económica de los distintos y sucesivos detentadores del poder"[1193].

Asimismo, aunque la Constitución Económica se relaciona con la Constitución, no se agota su entendimiento en la pura positividad de sus normas, ya que también en la Carta Fundamental es posible encontrar la consagración de valores y principios, *V.g.* la promoción de los derechos sociales (muchos de ellos establecidos en el art. 19), asociados a la dignidad de la persona (art. 5), el bien común como un fin del Estado, o la primacía de la persona humana, pero entendida no como lo desarrolla la doctrina escolástica, sino como una conquista de la modernidad, que implica la emancipación de figuras autoritarias, y que, al mismo tiempo, reclama la protección del individuo.

Por lo mismo, el concepto de Constitución Económica es contingente y se desarrolla bajo un lenguaje equívoco. La imposibilidad de predicar certeza y estabilidad de su significación axiológica no implica su inutilidad, puesto que se puede reorientar su comprensión hacia principios alternativos mediante una labor interpretativa[1194]. Y en esta labor a los jueces les corresponde una función que puede implicar que, en ocasiones, se encuentren en la frontera para reconducir la interpretación considerando la apertura conceptual y la natural evolución de la sociedad[1195].

[1192] GUZMÁN expresamente así lo señala: "la subsidiariedad es aplicable a todos los campos de la vida social"[1192] (ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz, op. cit.*, p. 56).

[1193] MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico op. cit.*, p. 72.

[1194] *Cf.* PEREIRA FREDES, E.: "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización", *op. cit.*, p. 170.

[1195] Y algo de eso se está observando en Chile con la interpretación que está realizando el TC a propósito de la ley de Isapres. En la sentencia del TC aparece que el respeto y promoción de los derechos sociales configuran un criterio hermenéutico vinculante para la generación de políticas públicas – y también para la elaboración de leyes – en áreas sensible para un mejor desarrollo humano, especialmente de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

La apertura de los conceptos constitucionales, unida a una lectura dinámica de la sociedad y la Constitución, permite que la interpretación pueda ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas y evitar el peligro de una petrificación del derecho, peligro latente y del que no pocas veces pecan los sistemas. Que la realidad social va cambiando no es un descubrimiento copernicano. La dificultad estriba en una lectura adecuada de la realidad y de la necesaria adaptación a los tiempos nuevos.

Por ello resulta razonable postular que el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad. No es inocuo plantear un determinado modelo de interpretación sobre otro. Si bebemos de una fuente flexible, las cláusulas abiertas pueden ser determinadas evolutivamente en su contenido material, pero, si nuestra fuente es restringida, quedamos atrapados por la tradición y el momento inicial del pacto, momento que, por razonable que se presente, puede que no supere los paradigmas sociales que están cambiando constantemente. Y esto es lo que ocurre en materia de conceptualización de las cláusulas económicas de la Constitución chilena, siendo necesario interpretar esta problemática con criterios amplios, extensivos y abiertos a la constante evolución de la sociedad.

En ese sentido, resulta ilustrativa la propuesta de la CE, que a pesar de su aparente ambigüedad, ha permitido instalar un modelo político económico en el que conviven, con no poca tensión, los elementos centrales de un sistema económico basado en el mercado, con elementos propios de un papel interventor (y colaborador) del Estado en la marcha de la economía.

4. El estatuto de la libertad de empresa en el derecho español y chileno: diálogo e imposición.

El artículo 38 de la CE establece que la libertad de empresa se despliega en el mercado, con limitaciones y en el marco de la economía general. Por tanto, se puede afirmar que en la Constitución no existe una configuración concreta de cada mercado, sino que es marco de intervenciones diversas. Con todo, las intervenciones sobre los mercados no pueden desfigurar su principal característica: el intercambio. De ahí que la Constitución sea un límite al pluralismo, pues que si bien el mercado consiente un cierto

grado de intervención, no habrá mercado cuando la actividad económica del Estado deviene en planificadora.

En todo caso, la comprensión del mercado tiene límites, que podríamos clasificar en límites por exceso y por defecto. Por exceso, la CE no permite un sistema de mercado puro, con una economía altamente liberalizada, tanto porque España se constituye en un Estado social, como por el reconocimiento de iniciativa económica al Estado. Por defecto, no puede desnaturalizarse el mercado, de manera tal, que devenga en una economía planificada y centralizada. Hay intervención de los poderes públicos, pero el corazón del modelo descansa en la iniciativa privada.

Asimismo, la libertad de empresa es un derecho fundamental, creado por la Constitución, lo que supone una triple operación. La primera es que en cuanto a su alcance y contenido general, vincula a todos los poderes públicos. La segunda es que sólo por ley se puede regular su ejercicio. La última, es que las leyes que regulan su ejercicio deben respetar su contenido esencial[1196].

En el caso de la reserva de ley, ésta desempeña un papel necesario en relación a los derechos fundamentales. Por un lado, cumple una función positiva, ya que éstos sólo adquieren plenitud cuando legalmente se desarrollan las condiciones de su ejercicio. Por otro, la ley realiza la función de preservar el pluralismo político, pluralismo que se ha de garantizar incluso en materia de derechos. Al mismo tiempo, constituye una protección de los ciudadanos frente a un eventual uso abusivo y arbitrario de las potestades públicas. Sin embargo, reconociendo la importancia de la reserva legal, esto no quiere decir que todas las esferas de la libertad de empresa se encuentran sustraídas a la actividad de normas infralegales, pudiendo el reglamento ser un eficaz colaborador.

El análisis sobre el contenido esencial de un derecho fundamental no es cosa fácil. Por un lado, se presenta el anhelo de encontrar una esfera irreductible que trascienda las categorías de tiempo y espacio, pero por otro, también se impone la realidad que muestra que los derechos siempre pueden modificarse y limitarse. A pesar de las mutaciones históricas, ¿queda un espacio indisponible? ¿Es la esencia de los derechos una categoría supra espacio/temporal? Como se trata de un tema polémico, la reflexión sobre el contenido esencial supone un análisis de la razonabilidad de sus límites, es decir, revisar si hay un espacio sujeto a limitación, o si éstos son pertinentes, cuáles son las condiciones que lo permiten. Y esa tensión se presenta en el caso de la

[1196] *Cf.* JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, *op. cit.*, p. 25.

libertad de empresa, habida cuenta del importante rol que cabe al Estado como agente económico.

A pesar del notable esfuerzo que realizan los autores por encontrar un espacio intocable para la libertad de empresa, se podría sostener que la respuesta adecuada a esta cuestión está dada por la propuesta de la teoría relativa. Como señalan PAZ – ARES Y ALFARO, parece inútil el esfuerzo por tratar de delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa. "La desazón proviene del hecho de que, por mucho que reduzcamos el contenido de la libertad de empresa, siempre puede haber razones que legitimen al legislador para no respetar ni siquiera ese ámbito"[1197].

Por ello encuentro una respuesta adecuada en la teoría de la proporcionalidad, que exige el cumplimiento de tres condiciones: que la medida sea necesaria, adecuada y proporcionada. Hecho ese análisis y cumplidas las condiciones, en ese momento, y atendido el caso concreto, podría estimarse que la norma legal es constitucional porque respeta el contenido esencial de la libertad de empresa.

La libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo[1198]. Por lo mismo, si la libertad de empresa es un derecho fundamental como cualquier otro, la ponderación que deben realizar los intérpretes exige el cumplimiento de todos y cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad.

Asimismo, como la CE es fruto de un importante consenso y, para que el acuerdo fuera posible, los defensores de las diferentes sensibilidades han tenido que relativizar sus propias convicciones con la finalidad de materializar una Carta representativa de la pluralidad social y política de la sociedad española.

[1197] PAZ – ARES, C. – ALFARO ÁGUILA REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", *op cit.*, p. 394.

[1198] Y así la ha afirmado el TC en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa: STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987: "desde el punto de vista de lo que prescribe el art. 38 de la Constitución, la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de *deberes positivos* a su titular…" (FJ 5, párrafo 8º. Las cursivas son mías); "(la) libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la Constitución no puede exonerar del cumplimiento de la función social de la propiedad, de lo que se sigue que las limitaciones legítimamente derivadas de esta última no infringen en ningún caso el contenido esencial de la libertad de empresa" (FJ 5, último párrafo).

Tratándose de la libertad de empresa, se manifiesta la tensión que supone conciliar visiones liberales extremas y socializantes. De ahí que el art. 38 haya sido calificado como una disposición ambigua, puesto que junto a la constitucionalización de la economía de mercado establece la posibilidad de una actividad planificadora a cargo del Estado.

Por lo tanto, este derecho no puede ser entendido de manera radical, en el sentido de que la iniciativa privada es absolutamente soberana en el sistema económico. Al contrario, tiene límites y se manifiestan en la Constitución. Por un lado está la iniciativa pública económica, por otro la facultad planificadora del Estado, pero también está presente el Estado social como una cláusula que establece el ejercicio de los derechos con marco de referencia. Como ha señalado GARCÍA - PELAYO, "aparte de las intervenciones implícitas en la idea del Estado social, la Constitución contiene algunos preceptos destinados a concretizarlo"[1199].

La definición del Estado como Estado social implica añadir, a sus funciones naturales, las destinadas a crear las condiciones vitales que ni la persona ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, lo que se traduce en ciertas intervenciones del Estado en el orden económico[1200].

El art. 1 de la CE constituye al Estado, lo configura, normativa e institucionalmente en el nivel fundamental y es la base en que reposa todo el ordenamiento jurídico. No se trata de una mera afirmación ideológica sin aplicación inmediata y práctica, sino que ofrece un criterio hermenéutico para la Constitución y la irradia por completo. La fuerza del Estado social se transmite a lo largo de la Constitución, siendo un freno a los excesos liberales, que anhelan colonizar todos los espacios del mundo de la vida. De ahí que el interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la CE permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa.

Es sabido que el sistema de economía de mercado, en el que a la libertad de empresa le cabe un destacado papel, es el mejor de los modelos conocidos para el desarrollo económico de un país. Y no sólo es un sistema eficiente, sino que, aplicado con correcciones, es un medio que puede garantizar una mejora sustantiva de los

[1199] GARCÍA – PELAYO, M.: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución, *op cit.*, p. 2869.

[1200] *Cf. Ibíd.*, p. 2869.

sectores menos favorecidos de la comunidad. El problema reside en que existen posturas y políticas fácticas que interpretan que toda realidad puede ser mercantilizada. De ahí que Estado social y los derechos sociales sean un freno a la tentación o irrupción radical de un liberalismo al modo del siglo XIX. Por ello, el Estado social, a pesar de los años, crisis y cuestionamientos constantes a los que se ha visto sometido, no ha perdido ni actualidad ni eficacia. Y para el caso de la libertad de empresa, un derecho como cualquier otro, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad, lo cual se refleja de manera elocuente tratándose de la CE.

En el caso de la Constitución chilena, el estatuto de la libertad de empresa es muy diferente, tanto por su historia como por su contenido, en el que se advierte la influencia de la corriente neoliberal a la hora de su comprensión sustantiva. La Constitución chilena ha sido diseñada para estimular la economía de mercado y la competencia, con una fuerte protección de los derechos y libertades económicas, y que ha redundado en una interpretación para un papel del Estado de carácter abstencionista, por lo que su poder regulador ha quedado disminuido.

Lo anterior ha dado pie a conductas empresariales "depredadoras" del propio mercado, en que los órganos del Estado poco han podido realizar ante los disminuidos instrumentos jurídicos con los que cuentan, producto de su conceptualización como un Estado subsidiario ajeno casi por completo al proceso económico[1201].

En todo caso, la libertad de empresa, al igual que en el caso de la CE, es un derecho fundamental, tanto por su ubicación espacial en el texto de la Constitución como por su propio contenido, que corresponde a cualquier persona, sea física y jurídica y también cuenta con los mecanismos de protección de reserva de ley y respeto al contenido esencial. Por de pronto, el respeto al contenido esencial se manifiesta con un carácter garantista en la medida que establece un límite al legislador para actuar en la esfera de derechos fundamentales y la reserva de ley es una garantía de exigencia normativa de rango legal para tratar temas relevantes.

Ahora bien, del análisis de la libertad de empresa, se advierten algunas dificultades, asociadas principalmente a su interpretación e implementación.

[1201] *Cf.* FERRADA BÓRQUEZ, J.C.: "La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas", *op cit.*, pp. 47 – 53.

En primer lugar, es posible advertir una lectura parcial y reduccionista del principio de subsidiariedad, tanto de cierta parte de la doctrina como la jurisprudencia chilena, limitando su comprensión a la propuesta negativa del principio. Fundan su propuesta en una lectura parcial de la Doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica y en las opiniones de los integrantes de la Comisión de Estudios, con los problemas de legitimidad que supone recurrir a esta fuente, pero especialmente porque el entendimiento del principio es más complejo que la simple propuesta de un Estado abstencionista en el ámbito económico[1202].

Asimismo, se advierte la tensión entre las diferentes cosmovisiones que existen sobre la libertad de empresa, que podemos sintetizar en la histórica tensión entre la libertad y la igualdad. Esto se presenta especialmente en la interpretación del principio al que hacíamos mención, pero también en la comprensión del contenido esencial de este derecho y en el caso de la reserva de ley como elemento garantista de la libre iniciativa económica. Las posturas defendidas están condicionadas por las cosmovisiones de sus defensores, lo cual no es novedad, porque se trata de temas que no son inmunes a la influencia de la argumentación desde una perspectiva de la teoría política, pero que conllevan el peligro del reduccionismo, al ser presentadas con pretensiones universalistas[1203].

En tercer lugar, el art. 19 Nº 21 de la Constitución chilena es una disposición compleja en su estructura, pues no sólo protege la libertad de empresa, sino que también establece el rol que cabe al Estado en la economía, principalmente en cuanto actúa como empresario. El inciso 1 asegura claramente la libertad de empresa, con unos límites establecidos en términos de cláusula abierta. No obstante, el inciso 2 contiene una autorización al Estado y sus organismos para que, eventualmente puedan desarrollar actividades empresariales.

Una adecuada interpretación de este inciso sólo se puede realizar si se lo entiende en relación con el inciso primero, por cuanto la libre iniciativa económica de los particulares puede verse resentida con una actuación empresarial desmedida de parte del Estado. Por ello, el inc. 2 del art. 19 Nº 21 supone una regulación excesiva para formar parte de una Constitución, que es más bien reflejo de una sobrerreacción

[1202] *Cf.* En este trabajo, "Capítulo V. 2.1.1. Algunas interpretaciones del principio de subsidiariedad: en la UE, la Doctrina Social de la Iglesia y la propuesta neoliberal".

[1203] *Cf.* "Capítulo VI. 4.1. Respeto al contenido esencial y 4.2. La reserva de ley".

normativa frente a la historia chilena reciente. La libertad de empresa puede quedar igualmente protegida de los excesos del Estado sin necesidad de contar con el inciso segundo, por cuanto las limitaciones al actuar estatal pueden quedar perfectamente reservadas a la ley. Más bien, el propósito de una norma de esta naturaleza es la 'seguridad' – y de pasada provocar petrificación normativa – de que el Estado está constreñido en su actuar como agente económico. Ejemplo de que la libertad de empresa también se reconoce y protege, en términos más sobrios y fundamentales, lo encontramos en el art. 38 de la CE, que se limita a establecer el marco fundamental, que es el ámbito propio en el cual se desenvuelve una Constitución.

En cuarto lugar, la intención original de los redactores de la Constitución era establecer un estatuto de la libertad de empresa que respondiera a un determinado modelo político, que encuentra en el despliegue del valor de la libertad su principal sostén. De ahí que este derecho, emerja como un 'súper derecho' que, asimismo, goza de megaprotección. Hemos revisado los mecanismos jurisdiccionales con los que cuenta su defensa, que también son aptos para otros derechos fundamentales, pero además es posible encontrar otras vías de defensa, que lo hacen especial y privilegiado en relación a los otros, especialmente el RAE, una acción constitucional que nace el último día del gobierno dictatorial, reforzando la opción político – social que se impuso en esos años y cuya herencia aun pervive[1204].

Por último, en Chile el derecho de propiedad y la libertad de empresa son el *sancta sanctorum* de los derechos fundamentales. Sin embargo, comienza a aparecer alguna literatura que no sólo critica la opción política – social original de la Carta, sino a partir de la misma Constitución, en un esfuerzo interpretativo teleológico y contextual, propone una lectura de esos derechos desde una perspectiva social, con criterios que beben del constitucionalismo contemporáneo, muy propio del desarrollo que nace en Europa tras el término de la II Guerra Mundial.

Para finalizar, es necesario añadir que la economía de mercado se ha ido imponiendo en todos los sitios. Aunque se pretenda señalar que sus fundamentos son naturales y empíricamente verificables, tras la economía de mercado existe un marco teórico que la sustenta y encuentra sus raíces en el liberalismo ilustrado.

[1204] *Cf.* "Capítulo VI. 5.4. (El RAE) ¿Se trata de una acción que protege la libertad de empresa y previene contra la actividad empresarial del Estado o se dirige sólo a la actuación del Estado empresario?".

Los postulados liberales que han querido ser impuestos a economías menos desarrolladas, en ocasiones hunden sus supuestos en el "anarcoliberalismo". Al margen de sus acentos ideológicos, la ofensiva neoliberal, iniciada en América Latina en el Chile de los 70, redefine un modelo de desarrollo. En lugar de privilegiar las demandas sociales, el nuevo modelo pone todo su énfasis en el lado de la oferta productiva. Eliminar el intervencionismo estatal e imponer una economía de mercado tanto internamente (liberalización de precios y mercados) como externamente (apertura comercial y financiera) logra resultados positivos en términos macroeconómicos, disminuyendo el déficit fiscal y la inflación, pero el costo social de la implementación de esas medidas suele ser altísimo y tarda años en recuperarse[1205].

La caída de los socialismos reales ha tentado a muchos a ceder ante las premisas neoliberales y considerar al mercado como la única instancia racional capaz de ordenar la convivencia social. Reconocemos que el sistema de mercado impulsa una racionalidad instrumental que da a la sociedad un gran dinamismo, pero no debemos tomar esa racionalidad por *toda* la racionalidad. Como hemos señalado, opera en determinadas condiciones, que no siempre se encuentran presentes de manera homogénea en la sociedad.

La crisis del Estado social ha llevado a muchos a sostener la necesidad de su superación[1206]. Aunque es cierto que esta figura presenta dificultades, empezando por el alto coste de la financiación de las prestaciones que otorga, altas tasas impositivas que pueden suponer un déficit para una competencia eficaz, en ningún caso se trata de un modelo superado sino que tiene un hondo sentido transformador de la sociedad. Aunque existe diferencia entre los derechos sociales y los otros derechos, los derechos sociales no sólo tienen un valor político o ideológico, "sino que también jurídico, en cuanto criterio de interpretación del sistema y cláusulas generales, y en cuanto normas que determinan la inconstitucionalidad de aquellas leyes que se oponen a éstas"[1207].

De ahí que el Estado social, con hondas raíces en Europa, supone no sólo un correctivo del modelo de economía de mercado sino un mecanismo que permite encarnar en la *praxis* los propósitos descritos en el preámbulo de la CE: "garantizar la

[1205] *Cf.* LECHNER, N.: "El debate sobre Estado y mercado", *op cit.*, p. 238.

[1206] Sobre el punto, *Cf.* "Capítulo I. 3. Crisis del Estado Social".

[1207] ZAGREBELSKY, G.: "El Tribunal Constitucional italiano", *op cit.*, pp. 443 – 444.

convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo".

Por tanto, se deben desnaturalizar las premisas propuestas por la vertiente conservadora – neoliberal y aceptar que otras propuestas conceden al Estado la posibilidad de intervenir en la economía, cuando así lo exige el bien de la comunidad y también cuando se trata de esferas de la realidad especialmente sensibles para el desarrollo humano. Y en cuanto a áreas específicas, el Estado tiene un amplio espacio de actuación en las esferas de educación, sanidad, seguridad social o sistemas de transportes, porque aún cuando en éstas áreas los particulares también pueden tomar parte, el Estado no puede desatender su servicio en estos espacios tan determinantes para el desarrollo de los sectores menos favorecidos de la sociedad.

LANDERRETCHE sintetiza de buena forma lo que corresponde al Estado en la economía: "existe un campo no despreciable de acciones públicas que hacen posible corregir las fallas del mercado, perfeccionar su funcionamiento, contrarrestar sus efectos redistributivos no deseables y posibilitar la construcción de una sociedad de oportunidades, en la cual todos los ciudadanos tengan la posibilidad de construir una existencia digna"[1208].

Por lo mismo, he calificado a la libertad de empresa en este apartado como "diálogo e imposición".

En la CE, a pesar de todas las dificultades que supuso llegar a un consenso, éste permite una lectura del texto que es reflejo de la pluralidad existente en el interior de la sociedad. Por el contrario, en Chile, la libertad de empresa, que no ha sido reformada en treinta años, no sólo mantiene su redacción original sino que es hija de una vertiente ideológica, legítima como tantas otras, pero discutible en cuanto a los pilares que la sustentan. Y la rigidez del sistema constitucional chileno impide una mutación hacia estadios plurales que relativicen la cosmovisión liberal. Si bien asoman intentos, especialmente a propósito de la interpretación del principio de subsidiariedad, o una nueva comprensión para el RAE, lo que se precisa es una discusión sustantiva que refleje que las premisas en las cuales descansa actualmente la libertad de empresa no son verdades absolutas, indiferentes a las categorías de tiempo y espacio, sino que se trata de postulados discutibles, que permiten llegar a un consenso sobre ciertos límites que no pueden ser traspasados (competencia e intercambio), pero que pueden suponer

[1208] LANDERRETCHE, O.: "Notas sobre el rol del Estado en la Economía", *op cit.*, p. 206.

un rol del Estado más activo, especialmente en beneficio de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Por tanto, y a pesar de que el camino se presenta largo y fatigoso, postulo que una hermenéutica abierta, que considere los signos de los tiempos y con carácter evolutivo, se encuadra perfectamente en el art. 19 Nº 21 de la Constitución chilena, toda vez que se trata de una disposición con un techo ideológico abierto y que debe ser armonizada con otras disposiciones en el marco del complejo sistema de derechos fundamentales.

5. Algunos desafíos para el futuro de la Constitución chilena en el ámbito económico.

El sistema constitucional tiene desafíos de diversa índole. Por de pronto, persisten enclaves autoritarios que hacen difícil los cambios de instituciones que carecen de legitimidad democrática. Me refiero principalmente al régimen de quórums de aprobación de las leyes, el sistema electoral y la promoción y protección de los derechos humanos, ya que los derechos sociales, a pesar de pequeños avances por vía jurisprudencial, siguen siendo comprendidos de manera instrumental y más como una expectativa deseable que como un derecho sustantivo. Los pilares en los cuales descansa siguen tan vivos hoy como ayer. "A pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios. Este rasgo 'gatopardo' hace que la Constitución vigente sea la más reformada en la historia de Chile, y al mismo tiempo la más deficitaria en cuanto a su carácter democrático"[1209].

Tal vez la discusión sobre la pertinencia de una nueva Constitución, junto con superar el déficit de legitimidad de la actual Carta, permitiría una participación plural en su elaboración y hacer de ella un reflejo del verdadero consenso nacional para la marcha de la República. La actual Carta, sincrética en su apartado dogmático y autoritaria en la configuración del sistema político, no es representativa de la realidad compleja de la sociedad ni del sentir de todos los sectores sociales.

Por esta razón, urge revisar las concepciones teóricas que fundan la Constitución, las que a pesar de los años transcurridos siguen vigentes y gozan de buena

[1209] CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile, op cit.,* p. 137.

salud a pesar de la falta de consenso político al respecto, porque no se trata de teorías que habitan en los extramuros de la realidad, sino que son la fuente que da origen y sustento al entramado económico y social de la Constitución chilena.

Sin embargo, en este apartado, lo que nos ocupa es hacer una reflexión final en cuanto a los desafíos a la libertad de empresa y su relación con un Estado social en la Constitución chilena. Para ello, son tres los aspectos que quisiera analizar. El primero, la necesidad de asumir en la Constitución chilena los paradigmas de un Estado social. Lo segundo, acoger que la Constitución Económica es reflejo de la pluralidad política, y por tanto, que su comprensión está condicionada contextual y fácticamente. Por último, es necesario relativizar la radical interpretación sobre la libertad de empresa y comprenderla dentro del sistema de derechos fundamentales, con sus garantías, pero también con sus limitaciones.

En cuanto a lo primero, el Estado social es una fórmula que ha estado marcada por el éxito pues, con déficits y desafíos, ha permitido la convivencia pacífica entre economía de mercado y bienestar social. Y no sólo eso: la problemática que le dio origen sigue latente. Si bien es cierto que la economía, su lenguaje y códigos han tratado de explicar los fenómenos de la vida en común, el mero orden espontáneo – catalaxia en lenguaje hayekiano – no es el catalizador de una sociedad más igualitaria. Por ello es posible postular que el Estado social, con su caminar a tientas, no sólo no ha perdido eficacia sino que es necesario para responder a los desafíos sociales, especialmente en materia de igualdad y preocupación por los sectores más pobres de la sociedad.

Por lo mismo, y como he señalado a lo largo de este trabajo, en Chile se debe avanzar hacia una definición de la sociabilidad del Estado, en que esa fórmula cumpla una función que permita la comprensión y actualización de los postulados del Estado.

Si bien la mera definición de la sociabilidad del Estado no asegura el éxito ni una mejora del bienestar de los ciudadanos, el que esté presente en la Carta Fundamental supone un imperativo para todas las fuerzas sociales, pues la vara con la cual se midan las políticas públicas (y sociales) siempre deberá pasar por el examen de la fórmula de la sociabilidad del Estado. Asimismo, como he señalado, no se trata de una fórmula ni retórica ni estática, sino que al estar presente en la puerta de la Constitución, se supone que funda la institucionalidad de la República.

De aceptarse la definición para el Estado de Chile como un Estado social – y democrático de derecho – ésta cláusula puede estar presente tanto en el actual art. 4 de la Constitución, o, por supuesto, en una nueva Constitución, en que uno de los pilares en

los cuales reposa se funda en una comprensión del entramado político – social, que acoja la rica pluralidad política, pero también el hecho que el Estado, al estar al servicio de la persona, debe tener una especial preocupación por los sectores más vulnerables. Pero no sólo eso. También es posible reconocer que ciertos derechos sociales corresponden a todos los ciudadanos. De ahí que exista el imperativo de que la sanidad, el transporte o la educación corresponda a todos las personas que habitan en el territorio de la República, por el hecho de ser personas.

Para este cometido, el modelo de Estado social presente en la CE puede transformarse en un buen ejemplo de lo que debería suponer una transformación de la Carta Fundamental de Chile.

En segundo lugar, la Constitución Económica chilena no es neutra, sino hay supuestos que la fundan, entre los que destaca la economía de mercado y un cierto rol para el Estado en la economía. En este caso, los desafíos que debe enfrentar la Carta chilena son varios.

Por de pronto, es necesaria una reinterpretación del principio de subsidiariedad, ya que éste no tiene una sola expresión ni una sola interpretación. El problema radica que en Chile, este principio ha sido interpretado desde su configuración negativa, es decir, un Estado abstencionista, teniendo como soporte las reflexiones contenidas en la Doctrina Social de la Iglesia.

Como señala BIDART, "librar a las propias fuerzas de los particulares y de la sociedad el juego total de las relaciones económicas sin presencia alguna del estado es un canibalismo que no se condice con el significado del principio de subsidiariedad"[1210]. Esto no significa liberar a los particulares y las sociedades intermedias de su necesaria iniciativa, en ningún caso. Es más, la iniciativa económica privada, en el marco de una economía de mercado es esencial para el desarrollo y crecimiento de un país. El asunto radica en que la interpretación del principio de subsidiariedad realizado por la corriente iusnaturalista y neoliberal es, como ya lo hemos visto, insuficiente y temerario.

Ahora bien, la fundamentación del principio de subsidiariedad en la Doctrina cristiana puede colisionar con la natural pluralidad política que existe en una sociedad ya que ésta doctrina, por razonable que sea, es sólo una vertiente ideológica entre otras tantas que conviven en la comunidad.

[1210] BIDART CAMPOS, G.: "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino), *op. cit.,* p. 121.

Y aun cuando se reinterpretara de manera amplia el principio de subsidiariedad propuesto por el Magisterio de la Iglesia, el problema para la Constitución persistirá, ya que el Estado de Chile es laico y, se supone, abierto a las diferentes sensibilidades religiosas que integran la sociedad. ¿Puede entonces la Doctrina Social de la Iglesia considerarse una herramienta necesaria para la comprensión material del principio? La respuesta a esta pregunta merece especial cuidado, porque los postulados católicos pueden ser aceptados e incluso asumidos por un Estado, pero por su razonabilidad, en que la calidad de las argumentaciones es la que favorece su primacía, que en todo caso es contingente. Por tanto, el argumento de la mera autoridad pontificia o magisterial es insuficiente para justificar la aceptación de la propuesta; sólo podrán ser aceptados los postulados católicos, en la medida que se trate de postulados razonables y que, en el marco de un procedimiento deliberativo, por su calidad sustantiva ha logrado persuadir a la comunidad política de la necesidad de asumirlo de la forma en que así se propone.

Con todo, una interpretación sinóptica de la Doctrina Social de la Iglesia, como la que se ha presentado en esta investigación, que favorece la emergencia del principio de solidaridad y una participación activa del Estado, es atendible y razonable, insisto, no por la fuente de la cual emana sino por su contenido argumentativo y, por lo mismo, puede servir como referencia para la comprensión del principio de subsidiariedad, siempre y cuando entre en diálogo con otras posiciones.

Luego, es necesario asumir el carácter abierto de algunas instituciones que fundan el sistema económico presente en la Constitución. Desde ya, las cláusulas indeterminadas, pues se encuentran condiciones por su contexto (*V.g.* las del art. 19 Nº 21 o la función social de la propiedad, art. 19 Nº 24), pero también la comprensión de lo qué es una economía de mercado y el rol del Estado en la economía.

Finalmente, no desconozco la importancia de la economía de mercado en la Constitución Económica. Pero, como vimos para el caso de la CE, no hay una sola manera de comprender la economía de mercado, ya que su entendimiento está condicionado por las fuentes de las cuales se bebe, que son reflejo de la tensión libertad – igualdad. Es cierto, hay dos elementos nucleares: el intercambio y la competencia, pero el mayor desafío radica en otorgarle al Estado un lugar como colaborador en la marcha de la economía. No me cuento entre los que creen que todo dependa del orden espontáneo, por tanto, los poderes públicos pueden transformarse en correctores de las inequidades que produce el sistema. Y en Chile esto no es una cuestión menor, pues, como hemos visto, por razones ideológicas, a éste no sólo se le ha apartado, sino que la

intervención estatal parte del *a priori*, o prejuicio, que es innecesaria por cuanto todas las esferas de la realidad pueden ser encomendadas a la iniciativa particular, puesto que prestará los servicios de manera más eficiente. Basta sólo dar una mirada a ciertas instituciones emblemáticas del sistema económico chileno para desmentir esta afirmación, y me refiero especialmente al modelo de seguridad social, las Universidades privadas, el sistema educativo en general, el sistema de transporte, la televisión, entre otras. Observar la realidad española puede ilustrar acerca de la compatibilidad entre el sistema capitalista – porque nadie duda que España o Europa occidental son capitalistas – y un rol para el Estado en la economía.

En tercer lugar, he señalado que es necesario relativizar la interpretación que se ha dado a la libertad de empresa. No desconozco el carácter central de este derecho fundamental para la Constitución Económica, no obstante, he señalado que no se trata de un 'súperderecho', sino es otro más de los tantos derechos fundamentales que forman parte del sistema chileno. Por lo mismo, es un derecho que presenta ciertos límites, partiendo de los que el mismo art. 19 Nº 21 contiene, pero que, además, debe ser entendido dentro del contexto del sistema de derechos fundamentales. Entonces, no debe olvidarse la tensión dialéctica que existe entre ellos, que no están sujetos a jerarquía sino que sometidos al examen del principio de proporcionalidad.

Este punto es particularmente importante, porque ha existido la tendencia a analizar la libertad de empresa como un derecho aislado, en el que basta la revisión de su estructura interna para delimitar un problema. Un ejemplo es el que se dio a propósito de la ley de prensa, en la que para proteger el pluralismo informativo como parte del derecho que tienen los ciudadanos a ser informados, el legislador estableció ciertos límites a la propiedad de los medios de comunicación. El TCCh declaró inconstitucional las disposiciones que establecían esas limitaciones, porque era un atentado a la libre iniciativa económica. Si bien es más larga la fundamentación, lo que el TCCh ignoró es la relación – y tensión – entre derechos, cuestión medular para resolver en la actualidad cualquier conflicto entre derechos[1211].

Por tanto, la libertad de empresa es un derecho fundamental, ni más ni menos preciado que los otros derechos que contiene la Constitución y otros cuerpos normativos.

[1211] *Cf.* en este trabajo, "Capítulo VI. 3.1. Libertad de empresa y libertad de expresión".

Luego, en cuanto al rol del Estado empresario, el inc. 2 del art. 19 Nº 21 establece una serie de requisitos que autorizan su actuación. De más está señalar que este inciso responde a un principio ideológico que constitucionaliza y hace más rígida la actuación del Estado como empresario. Sin embargo, como señalé, se trata de una disposición innecesaria, por cuanto esas exigencias bien podrían encontrarse en las leyes. Además, si la libertad de empresa es un pilar de la Constitución, consecuencia inevitable es la restricción a la esfera de actuación del Estado en la economía, por cuanto no cabe la idea de un Estado planificador. Quisiera insistir en que esta disposición es más bien un resabio ideológico, como tantas otras manifestaciones de los postulados neoliberales presentes en la Constitución.

En tercer lugar, la libertad de empresa cuenta con diversos mecanismos de protección, mas, quisiera detenerme en el caso del RAE. Frente a su admisibilidad, como tuvimos ocasión de ver, la jurisprudencia hizo de esta acción una 'superprotección', lo que es reflejo de una lectura del modelo económico social que se ha impuesto en Chile y que es de cuño neoliberal. Al parecer, para esa corriente interpretativa, no eran suficientes las herramientas que existen para proteger la libre empresa, sino que era preciso reforzarla y nada mejor que ampliar la original intención del legislador, que era el establecer una acción que resguardase a los particulares de los eventuales excesos en la actividad empresarial del Estado. Y eso llevó a una hiper cautela de la libertad de empresa, lo que no se compadece bien con un sistema democrático contemporáneo que pone el acento en la estructura social del sistema político.

De ahí que comparta la nueva interpretación que la Corte Suprema chilena está realizando en relación al RAE, porque reconoce la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales para proteger la libertad de empresa, y excluye de su ámbito de aplicación las acciones que se funden en ataques contra la libre competencia o competencia desleal, ya que corresponderá a otros Tribunales resolver esos asuntos. Por tanto, al recurso de protección del art. 20 de la Constitución chilena le cabe un importante papel de garantía de este derecho fundamental, como también a los otros medios que preservan el legítimo – y razonable – ejercicio de la libre iniciativa económica por parte de las personas.

Finalmente, es necesario reconocer que la tendencia actual apunta a la privatización de la economía, con resultados que, en general, permiten celebrar la opción que se está desarrollando. Sin embargo, dejar al mercado como único (y

legítimo) interlocutor de la economía, no asegura calidad y eficacia en la prestación de servicios a los ciudadanos.

El modelo de Estado social del Estado español, a pesar de los años, crisis y cuestionamientos constantes a los que se ha visto sometido, no ha perdido actualidad ni eficacia. Y para el caso de la libertad de empresa, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad. De ahí la importancia de este estudio comparativo, por cuanto es posible sostener que en Chile se pueden aplicar las figuras constitucionales del derecho español, lo que tendrá efectos en la interpretación de la Constitución, pero especialmente en la implementación de las políticas públicas, que no podrán diseñarse sin considerar el carácter social en que se funda el Estado.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. En el Capítulo primero de este trabajo se efectúa un análisis del Estado Social. El calificativo de social para el Estado es fruto del tránsito de una concepción liberal a una más socializante. Recordemos que la primera entra en una profunda crisis tras el proceso de industrialización en masa, principalmente por las injusticias y diferencias sociales que este fenómeno provocó. Se produce un antagonismo clasista en la sociedad y se manifiesta una falta de libertad de naturaleza social, unida a la pérdida de espacio vital que genera el desarrollo industrial. Estos hechos plantean la exigencia de un Estado que intervenga en la sociedad, que asuma funciones de asistencia y redistribución, que opere activamente contra la desigualdad social, con la finalidad de que las garantías del Estado de Derecho (liberal) no sean meras declaraciones programáticas para los ciudadanos.

Se puede señalar que lo esencial del Estado Social consiste en que el orden existente (el modelo capitalista) no se reconoce como justo en principio, ni tampoco se admite que la sociedad quede sustraída a la intervención estatal. El nuevo Estado, apoyado por la idea intervencionista, va a trabajar prestando asistencia a los más débiles y conformando la vida social. Lejos de inhibirse en la actividad económica, ahora participa activamente como actor y como autoridad que controla, planifica e incluso corrige los desequilibrios económicos.

Con todo, el Estado social no es un concepto ajeno a la crítica. Una de las más importantes postula la incompatibilidad de los elementos liberales y sociales en una Constitución, por cuanto el espacio propio para el desarrollo de los derechos sociales es el que ofrece la Administración, dado que es ella quien se enfrenta con la realidad social del modo más directo y no puede esquivar sus exigencias.

Desde la postura neoliberal también se ha criticado esta fórmula, incluso señalando que el Estado social carece de significado preciso o de objetivo definido. Sin perjuicio de la legitimidad de una mínima intervención estatal para la asistencia social y ayuda a los más desfavorecidos, el neoliberalismo afirma que la actuación de los poderes coactivos para asegurar que determinados individuos obtengan ciertos bienes, implica una discriminación entre las personas, lo que no es compatible con una sociedad libre. De ahí su distancia con este modelo.

Desde luego, como toda obra humana, el Estado social no es inmune a la crisis, que puede identificarse con las dificultades provocadas por convulsiones económicas

concretas en algún momento de la historia, o con otras que más biense asocian a un déficit en la estructura de la fórmula. Incluso algún autor se pregunta sobre la pertinencia de seguir anclados en la defensa y reivindicación del Estado social cuando se han erosionado las bases de su identidad y viabilidad, pues esa relación entre economía y política ha sido superada en la práctica. Los fundamentos de tan radical afirmación son variados. Uno de ellos tiene relación con que alguno de los propósitos del Estado social (la conquista de la libertad e igualdad material reales) no se ha logrado implantar, generándose en la práctica una falta de realización histórica del Estado social.

SEGUNDA. Con todo, si bien el Estado social es una cláusula que no se encuentra presente en todas las Constituciones europeas, su impronta ha provocado que surgiese un Estado que presta un servicio de gran calidad a los ciudadanos. Independientemente del grupo político que gobierne un país, las conquistas y beneficios que suponen un Estado de bienestar no pueden ser eliminadas de la vida social europea.

Tratándose de la CE, su reconocimiento en el art. 1º ha de suponer un criterio hermenéutico para las normas jurídicas, es decir, el derecho no puede ser interpretado asépticamente sino que debe pasar por el cedazo de la cláusula de la sociabilidad del Estado y así hay jurisprudencia, especialmente del TC, que expresamente lo reconoce.

Ahora bien, la existencia de la cláusula no asegura el éxito del modelo de Estado social. De hecho existen Constituciones en las que, a pesar de reconocerla, la verificación empírica de sus resultados dista de resultar exitosa. Lo anterior, porque la coincidencia entre normatividad y bienestar ciudadano efectivo requiere, como elementos relevantes, estabilidad político – institucional y altos indicadores de transparencia y probidad en la Administración del Estado, cuestiones respecto a las cuales no todos los países están en condiciones de responder de manera eficiente. Basta con ver el divorcio que existe entre Constitución y realidad en algunos países latinoamericanos para concluir que las normas jurídicas, si no van acompañadas de políticas serias, corren el riesgo de transformarse en letra muerta.

TERCERA. En el segundo capítulo de este trabajo me he ocupado de la Constitución económica. Al término de la Segunda Guerra Mundial, se inicia una nueva etapa en el Derecho constitucional que apunta a consagrar en la Constitución normas sobre fines sociales o de rechazo del orden económico liberal sin trabas; con este propósito se incorporan medidas como un catálogo de derechos sociales o la previsión

de medidas de nacionalización de sectores productivos. Por esta razón, las Constituciones contemporáneas, aparte de su contenido político, formulan jurídicamente una Constitución económica para ordenar esa actividad, en la que no se trata sólo de regular los derechos económicos y sociales, sino también de considerar una organización que regule la economía nacional en sus grandes temas.

Tratándose de la CE, no fue fácil llegar a un consenso que reflejara las diferentes sensibilidades políticas de la época. Sin embargo, el Anteproyecto constitucional es reflejo de la pluralidad política existente en el Estado español de entonces. Ésta cuenta con numerosas disposiciones que relacionan derecho con economía. Ahora bien, para la Constitución económica de la CE no hay una interpretación unívoca aceptada por todos los actores sociales ya que hay visiones distintas: enfatizan unas los aspectos liberales y otras los sociales.

Tratándose del modelo económico en la CE, la economía de mercado es su marco, en el que la comprensión de su contenido puede ir desde una visión liberal radical a una postura de importante colaboración. En todo caso, independientemente de la fuerza política que detente el poder, el consenso mayoritario apunta a que sea el mercado el principal actor del sistema económico, pero sin olvidar sus insuficiencias, que autorizan la intervención del Estado en la marcha de la economía.

En todo caso, no bastará con incluir en la Constitución normativa económica. Junto a ello, debe existir un desarrollo efectivo de buenas prácticas sociales, estableciéndose mecanismos para el logro de los propósitos perseguidos.

CUARTA. Con todo, la nueva realidad que se empieza a vivir en Europa con la implementación del derecho de la UE, está provocando tensiones de diversa índole en el interior de los Estados y en relación al sistema de derechos.

Por una parte, encontramos la tensión entre el derecho nacional y el derecho de la UE: ¿qué es lo que ocurre con el derecho de la UE y las Constituciones nacionales?, ¿ha de primar el derecho de la Unión sobre los fundamentos políticos – y también económicos – que se han auto otorgado los pueblos?, ¿cuáles son los efectos desde la perspectiva de la intervención del Estado en la economía a la luz de la nueva perspectiva comunitaria? A partir de estas dificultades, algunos autores postulan que lo que se está produciendo es una mutación constitucional, sin seguir previamente el procedimiento de reforma, ya que la integración europea está provocando una traslación

del poder constituyente hacia instancias supranacionales, con todas las consecuencias que ello tiene en el tema objeto de este estudio.

Por otra, se puede afirmar que las políticas comunitarias han sido, por lo general, políticas de liberalización de mercados y de apoyo a la integración económica de las Naciones, en detrimento de una intervención económica del Estado necesaria para garantizar los derechos sociales de los ciudadanos en el marco del constitucionalismo del Estado social.

Las consecuencias de esto serán principalmente dos: la primera, es que se incrementará la maniobrabilidad para que las empresas persigan las legislaciones más favorables, de tal manera que la inexistencia de armonización legislativa en materia social puede provocar la desregulación en sede nacional o, incluso, la paralización de proyectos que conlleven un incremento de derechos para los trabajadores. En segundo lugar, y en cuanto a la intervención pública, no se produce un incremento de los poderes de intervención sobre el sistema económico capaz de compensar la hegemonía de la libertad de empresa. De hecho, se constata una pérdida de competencias del Estado en materia económica en favor de las correspondientes de la UE, cuestión no menor, sobre todo si se tiene en cuenta el escaso control democrático de las instancias comunitarias.

QUINTA. Si bien existen corrientes, como la teoría de sistemas, que postulan la clausura operativa de los diferentes sistemas, tratándose del Derecho y la Economía, es posible advertir la estrecha relación que existe entre ambas, siendo la CE una manifestación de cómo la economía se normativiza en su texto.

Pero no sólo se produce la positivización de ciertas perspectivas económicas, sino que además se materializa en el texto constitucional español una determinada misión para la economía que no responde a la más ortodoxa de las posturas liberales. Baste revisar la regulación constitucional del derecho de propiedad, al que se le reconoce una función social (art. 33.2), o la libertad de empresa, condicionada por exigencias derivadas de la economía general y, en su caso, de la planificación (art. 38) o la intervención del Estado como agente económico con atribuciones que exceden a la visión de un Estado meramente subsidiario (arts. 128.2, 130.1, 131).

Por tanto, la intervención de los poderes públicos no queda subordinada a la inexistencia de iniciativa privada. El Estado puede intervenir, respetando la lógica del mercado y, asumiendo que la actividad económica estatal en ningún caso puede tener

como finalidad la obtención del lucro, sino la satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

SEXTA. El capítulo tercero contiene un análisis de la libertad de empresa, pero relacionándola con un Estado Social.

Ahora bien, ¿qué significa, desde la perspectiva de la CE la expresión "en el marco de una economía de mercado"? Conviene anotar que una característica principal del mercado es el intercambio a través del mecanismo de los precios. Por tanto, en esta materia, la Constitución supone un límite, ya que si bien el mercado consiente un cierto grado de intervención pública, no habrá mercado cuando la actividad económica del Estado deviene en actividad de planificación total. Al mismo tiempo, junto al intercambio, debe destacarse como propio de una economía de mercado la competencia.

Tratándose de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa, ésta tiene el estatuto de derecho fundamental y, como cualquier derecho, cuenta con garantías y límites. Tratándose de las primeras encontramos la reserva de ley y el respeto a su contenido esencial.

En cuanto a la reserva de ley, ésta desempeña un papel necesario en relación a los derechos fundamentales. Por un lado, cumple una función positiva, ya que éstos sólo adquieren plenitud cuando se desarrollan legalmente las condiciones de su ejercicio. Y por otro, la ley realiza la función de preservar el pluralismo político. Asimismo, constituye una protección de los ciudadanos frente a un eventual uso abusivo y arbitrario de las potestades públicas.

Sobre el contenido esencial, dice el art. 53.1 CE que las leyes deben respetarlo. Si bien es sencilla y transparente esta declaración, no ha dejado de ser problemática su interpretación, principalmente por las diferentes visiones que existen para el análisis del contenido esencial de los derechos. Sin embargo, siendo este derecho de textura abierta, se debe compaginar la apertura económica con el hecho de que España se constituye en un Estado social. Estableciendo condiciones al ejercicio de la iniciativa económica, el Estado debe tratar de arbitrar soluciones a los posibles conflictos entre normas constitucionales, entre los que destaca la ponderación de intereses y el cuidado normativo en la configuración del ámbito de aplicación. Por lo mismo, la ponderación exige el cumplimiento de cada uno de los pasos que supone la aplicación del principio de proporcionalidad, siendo consciente de que la complejidad del mundo económico

impide dar soluciones *a priori,* ya que la regulación de los diferentes sectores de la economía no es simétrica.

SÉPTIMA. No es difícil imaginar la influencia que el derecho de la UE está teniendo en la comprensión de la libertad de empresa. Por ello, uno de los desafíos que aparece en el horizonte radica en la armonización de la esencia social de los Estados europeos con una liberalización de la economía. Este desafío es muy importante en la actualidad, especialmente por la interpretación que últimamente viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para el caso de algunos derechos sociales y su relación con las libertades de establecimiento y circulación, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de *dumping* social. El problema radica en que en un sistema económico de mercado altamente globalizado, resulta natural que las empresas busquen abaratar costes para ser más competitivas, y uno de los primeros derechos en verse afectado será el relativo a las condiciones de trabajo de las personas. En el espacio de la UE ya se está presentando este problema, principalmente desde la incorporación a la Unión de países con legislaciones laborales más flexibles y niveles de salarios mínimos más bajos.

OCTAVA. Se puede sostener que la economía de mercado es la herramienta más eficaz para el desarrollo de la economía social. Con todo, no basta la herramienta, sino que es necesario que se desarrolle en un marco de estabilidad política y transparencia institucional. La fragilidad de un Estado de Derecho es germen de permanentes crisis y los elevados niveles de corrupción no permiten un fácil y homogéneo desarrollo de las sociedades.

Con todo, la afirmación de una economía de mercado abierta no significa que en la Constitución económica quepa cualquier sistema económico. No hay espacio, a menos que la Constitución se reforme, para programas que ignoren los elementos sociales del modelo constitucionalizado, al modo de una economía liberal con pura autorregulación. Es cierto que la tendencia apunta a la privatización de la economía, con resultados que, en general, permiten celebrar la opción que se está desarrollando. Sin embargo, dejar al mercado como único (y legítimo) interlocutor de la economía, no asegura calidad y eficacia en la prestación de servicios a los ciudadanos.

La libertad de empresa puede tener límites, pero los que interesan a los efectos de esta investigación son los que derivan de la cláusula del Estado social. Y no cabe duda que la definición de Estado social que realiza la Constitución española condiciona,

no sólo la interpretación de este derecho, sino especialmente la implementación práctica de la iniciativa privada. Ésta es bienvenida y necesaria para el desarrollo de la economía nacional, pero limitada (y regulada). Aparece, entonces, el Estado social como criterio de discernimiento frente a eventuales vulneraciones de los derechos sociales.

NOVENA. El capítulo cuarto inaugura el análisis del derecho chileno y en ese apartado se presentan algunos antecedentes relativos a la Constitución chilena vigente. Hago este análisis, porque para comprender el modelo económico – social que está presente en Carta Fundamental, no se puede olvidar su origen, que es autoritario, fruto de una autoatribución del poder constituyente por parte de la dictadura, con un déficit sustantivo de legitimidad democrática y con falta de representatividad de las diferentes fuerzas que componen la sociedad chilena. Esto llevó a que, sin dificultad, se impusieran "enclaves autoritarios" que favorecieron la petrificación de la "institucionalidad" chilena hasta la actualidad, a pesar de las importantes reformas del año 2005.

Entonces, si la Constitución presenta este déficit de legitimidad y falta de pluralidad política, no es de extrañar la influencia de determinadas corrientes, en este caso el iusnaturalismo cristiano y el neoliberalismo, que por más razonables que se presenten, no se trata de posturas universalizables, sino que sus premisas deben ser discutidas y dialogadas con otras vertientes que relativicen la radicalidad de algunos de sus postulados, especialmente los relativos al ámbito económico. Como he señalado reiteradamente, no niego la relevancia de la economía de mercado como un eficaz modelo económico que debe regir en los destinos de la sociedad. También valoro la propuesta de reducción del tamaño del Estado e ir aligerándolo de la actividad empresarial, como asimismo la relevancia de las políticas de control de la inflación. No obstante, es necesario afirmar que no todo puede ser mercantilizado, como pretende persuadir la propuesta neoliberal, porque el desarrollo de los derechos sociales no se produce con la mera asistencialidad.

DÉCIMA. Por tanto, el Estado deviene en un importante actor para producir una mejora en las condiciones de vida de los menos favorecidos de la sociedad, puesto que es necesario implementar políticas sociales en las que él pueda intervenir de manera directa, *V.g.* sanidad, educación, vivienda, seguridad social, transporte público o protección del medio ambiente, entre otros.

Al mismo tiempo, la relativización extrema del sistema democrático que proponen algunos autores neoliberales, puede llevar a justificar cualquier sistema de gobierno en pos de la defensa de la libertad, sistemas entre los que encontramos a las dictaduras, con el peligro que supone para las personas la restricción o suspensión de los derechos fundamentales, como ha quedado demostrado en la historia chilena reciente.

Es cierto que la democracia no es un fin en sí misma. Se trata de una conquista cultural, en la que lo esencial es el proceso por el que llegan a tomarse las decisiones, más que las decisiones mismas, y el mecanismo de ese proceso debería ser la deliberación, encaminada a convencer con razones, no con la imposición ni tampoco la manipulación. Por ello, se puede sostener que es reduccionista la postura neoliberal que limita la democracia al proceso electoral. La democracia supone procesos electorales, pero es más que eso: se trata de un método que permite el discernimiento colectivo en un ambiente persuasivo, racional y de respeto a las fuerzas minoritarias.

Con todo, la Constitución Política chilena, en su estructura central no ha sido modificada en todos estos años y tiene un serio déficit democrático. Eso no significa que cuando llegue el momento de modificar la Constitución, especialmente su entramado político – social, se van a resolver los problemas sociales. Lo que permitirá una reforma constitucional es que los pilares en los cuales descanse deban ser más democráticos, más moderados en la valoración de la libertad y más operativos en la protección de los derechos sociales.

UNDÉCIMA. En el capítulo quinto he revisado la Constitución Económica chilena. El análisis parte de una reflexión sobre los antecedentes relativos a la sociabilidad del Estado. En esta parte me detengo en las opiniones de un autor, SOLARI, quien sostiene que la Constitución chilena recoge la fórmula del Estado social. No obstante, se trata de una postura minoritaria y, especialmente discutible, puesto que sus argumentos chocan con una interpretación sistemática de la Carta y con las variantes de un constitucionalismo más teleológico que originalista.

Con todo, el corazón del capítulo lo constituye el análisis del principio de subsidiariedad y del orden público económico.

Tratándose del principio de subsidiariedad, gran parte de la doctrina y jurisprudencia postulan un papel para el Estado que es ajeno al carácter polisémico que tiene este principio. En el caso de la interpretación neoliberal, ésta presenta dos notas: la primera es que basa sus postulados en una interpretación "libre" de la Doctrina Social

de la Iglesia y la segunda en que postula un rol abstencionista del Estado. Digo "libre" porque los autores asumen las posturas eclesiales, pero sólo en cuanto se refieren al rol pasivo del Estado, pero no cuando los documentos proponen la aplicación del principio de solidaridad.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad, no tiene una sola expresión ni una sola interpretación. Por de pronto, en la UE el principio es fuente de un proceso de profundización del sistema democrático, relacionado con temas de competencia. El problema radica en que en Chile, este principio ha sido interpretado desde la pura perspectiva económica y desde su configuración negativa. Afortunadamente, de un tiempo a esta parte han surgido voces que critican esta visión y que están favoreciendo una interpretación más moderada del principio, puesto que la subsidiariedad debe comportar un incentivo a la presencia del Estado en aquellos asuntos que, siendo de relevancia social, parecen desatendidos o insuficientemente satisfechos por la iniciativa particular y los grupos intermedios.

En el caso del Orden Público Económico, lo relevante es el entramado ideológico que lo funda, por lo que postulo que no se trata de un concepto neutro. Y aquí nuevamente discuto la propuesta neoliberal, dado que lo más relevante de sus consideraciones es la primacía del principio de subsidiariedad, entendida con un rol pasivo para el Estado, la sobrevaloración de la libertad de empresa y el derecho de propiedad y una interpretación rígida de la Constitución, por cuanto se acude permanentemente a la Comisión de Estudios para desentrañar el contenido de los preceptos, unido a un rechazo de la contingencia como criterio hermenéutico.

DUODÉCIMA. Con todo, en el caso de la Constitución chilena, a pesar de la reforma del año 2005, en el plano económico social persisten los paradigmas impuestos en la Carta de 1980, ya que aún se encuentran los componentes ideológicos de ese tiempo, originalmente autoritarios, neoliberales y iusnaturalistas. Sin embargo, es razonable postular que la Constitución Económica es una figura con un techo ideológico abierto, que se funda en acuerdos entre diversos que pueden fundar sus pretensiones a partir de sus diferentes cosmovisiones.

Como no me cuento entre los que sacralizan las bondades de la mercantilización de todos los espacios de la realidad, soy de los que considera que al Estado le corresponden ciertas actividades económicas, especialmente en función del respeto y promoción de los derechos sociales y de la superación de la pobreza, ya que,

aun cuando la economía de mercado funcione adecuadamente, nada garantiza que la distribución del ingreso resulte socialmente aceptable. Por ello es necesario afirmar que el Estado no puede desentenderse de ciertas necesidades sociales, que dejadas al libre arbitrio de la iniciativa privada, tal vez no llegarían nunca a satisfacerse en plenitud.

Chile es un ejemplo paradigmático de cómo las políticas neoliberales se introdujeron en todas las áreas, siendo la educación, seguridad social y sanidad – y añadiría el transporte público – ejemplos de cómo los criterios mercantiles pueden "colonizar" estas áreas. Sin embargo, su implementación ha supuesto un elevado coste social y los resultados de esas políticas han permitido una diferencia cada vez más acentuada entre los sectores sociales más acomodados y los menos favorecidos.

Por lo mismo, y como lo he sostenido a lo largo de este trabajo, en Chile se debe avanzar hacia una definición expresa de la sociabilidad del Estado, en la que la fórmula del Estado social cumple una función hermenéutica que permite la comprensión y actualización de los postulados del Estado.

La apertura de los conceptos constitucionales, unida a una lectura dinámica de la sociedad y la Constitución, permite que la interpretación pueda ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales, políticas o económicas y evitar el peligro de una petrificación del derecho. Que la realidad social va cambiando no es un descubrimiento copernicano. La dificultad estriba en una lectura adecuada de la realidad y de la adaptación a los tiempos nuevos. Por ello postulo que el sistema jurídico debe manifestarse abierto a esta problemática y generar la flexibilización de los criterios que por tanto tiempo han acompañado el devenir de la sociedad.

DECIMOTERCERA. El capítulo sexto contiene un análisis de la libertad de empresa en la Constitución chilena. Entre otras materias, reviso su contenido, distinguiendo los dos incisos del Nº 21 del art. 19, es decir, libertad de empresa propiamente dicha y estatuto del Estado empresario. Asimismo, realizo una breve comparación entre la libertad de empresa y otros derechos, junto con el análisis de sus mecanismos de protección, que pueden ser de naturaleza sustantiva (reserva de ley, respeto al contenido esencial) o adjetiva (mecanismos jurisdiccionales). En este último punto, destaca el Recurso de Amparo Económico, que en el último tiempo está viviendo un giro en la interpretación que ha hecho la Corte Suprema, pues se están restringiendo las materias sobre los cuales resulta procedente.

Con todo, se advierte la tensión entre las diferentes cosmovisiones que existen sobre la libertad de empresa, que podemos sintetizar en la histórica tensión entre la libertad y la igualdad. Esto se muestra con especial fuerza en la interpretación del principio de subsidiariedad, pero también en la inteligencia del contenido esencial de este derecho y en el caso de la reserva de ley como elemento garantista de la libre iniciativa económica, en que las diversas posturas están condicionadas por las cosmovisiones de sus defensores

DECIMOCUARTA. Asimismo, el art. 19 Nº 21 de la Constitución es una disposición compleja, pues no sólo protege la libertad de empresa, sino que también establece el papel que cabe al Estado en la economía. Una adecuada interpretación del inciso segundo supone relacionarlo directamente con el inciso primero, por cuanto la libre iniciativa económica de los particulares puede verse perjudicada por una actuación empresarial desmedida de parte del Estado. Por ello afirmo que el inc. 2 del art. 19 Nº 21 supone una regulación excesiva para formar parte de una Constitución, que es más bien reflejo de una sobrerreacción normativa frente a los antecedentes históricos inmediatos. La libertad de empresa puede quedar igualmente protegida de los excesos del Estado empresario sin necesidad de contar con esta disposición.

Además, la intención original de los redactores de la Constitución era establecer un estatuto de la libertad de empresa que encuentra en el despliegue radical del valor de la libertad su principal apoyo. Así entendido, este derecho asoma como un 'súper derecho' que goza de 'mega protección'. En todo caso, comparto la nueva interpretación de la Corte Suprema en torno al Recurso de Amparo Económico, porque reconoce la existencia de otros mecanismos jurisdiccionales para protegerla y excluye de su ámbito de aplicación las acciones que se funden en hipótesis de atentados contra la libre competencia o competencia desleal ya que corresponderá a otros Tribunales resolver esos asuntos.

Por último, se puede señalar que en Chile comienzan a vislumbrarse posiciones que no sólo critican la opción político – social original de la Carta, sino que proponen una lectura de la libertad de empresa relacionada con el entramado social. Por lo mismo, en este trabajo defiendo una hermenéutica abierta y de carácter evolutivo, que cuadra con el art. 19 Nº 21, pues se trata de una disposición con un techo ideológico abierto y que debe ser armonizada con otras disposiciones en el marco del complejo sistema de derechos fundamentales.

DECIMOQUINTA. Finalmente, el capítulo séptimo contiene el análisis comparativo de la libertad de empresa en el derecho español y chileno, además de describir algunos desafíos desde la perspectiva de un Estado social. Para ello, en cinco apartados reviso las principales diferencias entre ambas Constituciones y cómo el ejemplo de la CE puede resultar iluminador en relación con la Constitución chilena.

No obstante, antes de finalizar, quisiera insistir en un par de ideas en relación con este tema.

Primero. Valoro el consenso con el que se elaboró la CE, que favoreció la existencia de una Constitución con un importante nivel de legitimidad y que es reflejo de las diferentes sensibilidades que cohabitan en la comunidad. Por el contrario, en Chile al no existir deliberación, se *impuso* un paradigma determinado, con pretensiones naturalistas y sin posibilidad de plasmar en la Carta la rica diversidad que caracteriza a una sociedad. A pesar de las reformas realizadas, la Constitución aún no es manifestación de esta pluralidad y en ello, capital importancia le cabe a su origen no democrático y la presencia de una rigidez normativa que hace difícil su reforma.

Segundo. Si la Constitución chilena llegase a afirmar que Chile se constituye en un Estado social, se pondrá de relieve la función colaboradora y correctora del Estado frente a las insuficiencias de una economía de mercado. No se trata de una involución a modelos planificadores sino, a partir de la experiencia comparada, corregir las deficiencias en relación al rol del Estado en la economía.

Tercero. En Chile, la libertad de empresa no sólo mantiene su redacción original sino que es hija de una vertiente ideológica, razonable pero discutible en cuanto a los pilares que la sustenta. La rigidez del sistema constitucional chileno impide una mutación hacia estadios plurales que relativicen la cosmovisión liberal. Por ello, se impone la necesidad de una discusión sustantiva que refleje que las premisas en las cuales descansa actualmente la libertad de empresa no son verdades absolutas, sino que se trata de postulados relativos y que puede otorgarse un papel más activo al Estado, especialmente en beneficio de los sectores más pobres.

ÚLTIMA. Puede decirse que la hipótesis de este trabajo cuenta con un desarrollo sistemático a lo largo de estas páginas. Lo que he querido presentar, y reitero permanentemente es que, tratándose de la libertad de empresa, este derecho no puede ser entendido de manera autónoma o aislado de su contexto sociopolítico.

La fuerza del Estado social se transmite a lo largo de la Constitución, siendo esta cláusula un freno a los excesos liberales que anhelan colonizar todos los espacios de la realidad. El interés general, en conexión con los fundamentos sociales en los que se funda la CE, permite la protección de derechos sociales que pueden ser afectados por un ejercicio desmedido de la libertad de empresa, ya que todas las esferas sociales, incluso sectores sensibles como la educación, sanidad, sistema de pensiones, transporte, etc, pueden ser entregados a la pura iniciativa privada. El problema reside en que esa transferencia no garantiza un sistema justo y ni siquiera más eficiente.

De ahí que el Estado social, a pesar de los años, crisis y cuestionamientos a los que se ha visto sometido, no ha perdido actualidad ni eficacia. Y para el caso de la libertad de empresa, esta cláusula irrumpe frente a las corrientes que postulan la entrega a la iniciativa privada de todas las esferas de la realidad.

En este trabajo se observa la tensión entre quienes postulan la defensa de la competitividad y la iniciativa privada y quienes abogan por su limitación en vistas del interés general, porque en el fondo lo que está en juego es la calidad de vida de las personas y el respeto y promoción de los derechos fundamentales. Esto último, porque conviene recordar que derechos fundamentales no son sólo los de primera generación, sino también gozan de estatuto sustantivo los derechos sociales, que con el paso de los años han pasado de meras expectativas a auténticos derechos, situación que encuentra un reconocimiento no sólo constitucional sino que también ha sido confirmado por una abundante jurisprudencia sobre la materia, tanto en Europa como en España.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Documentos.

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES, *Anteproyecto de la Constitución*, Nº 44, Madrid, 5 de enero de 1978.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago, febrero de 1991.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, *Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura*, Santiago, noviembre de 2004.

DEPARTAMENTO DE EVALUACIÓN, MEDICIÓN Y REGISTRO EDUCACIONAL, *Compendio Estadístico. Proceso de admisión año académico 2010*, Universidad de Chile, Santiago, 2010.

DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Sesión Plenaria número 36*, Nº 107, Madrid, 11 de julio de 1978, pp. 4057 – 4139.

DIVISIÓN DE SEGURIDAD PÚBLICA (Ministerio del Interior), *Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana 2009*, Santiago, 2010. Disponible en internet: http://www.seguridadpublica.gov.cl/enusc_2009.html, [citado 30 Noviembre 2010].

JUNTA DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de* Chile, 11 de marzo de 1974. Versión disponible en Internet: http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0005.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

MEMO DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, Santiago, 16 de agosto de 1978. Disponible en internet: http://www.fundacionpinochet.cl/1024_768.html, [citado 30 Noviembre 2010].

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, *Resultados Nacionales SIMCE*, Unidad de Curriculum y Evaluación (UCE), Santiago, 2010.

PACTOS DE LA MONCLOA, *Colección Informe*, Nº 17, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, 4ª edición, Madrid, 1977.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2010*, PNUD, Nueva York, 2010.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 3ª, Santiago, 26 de septiembre de 1973.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 9ª, Santiago, 23 de octubre de 1973.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, Santiago, 25 de octubre de 1973.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 18ª, Santiago, 22 de noviembre de 1973.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 40ª, Santiago, 14 de mayo de 1974.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 45ª, Santiago, 13 de junio de 1974.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 340ª, Santiago, 15 de marzo de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 372ª, Santiago, 17 de mayo de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 384ª, Santiago, 14 de junio de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 388ª, Santiago, 27 de junio de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 389ª, Santiago, 27 de junio de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 393ª, Santiago, 4 de julio.

REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 398ª, Santiago, 11 de julio de 1978.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption perceptions Index 2010*, Transparency International, London, 2010.

2. Leyes y normas jurídicas en general.

2.1. Organizaciones internacionales.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS, Teherán, 13 de mayo de 1968.

CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE DERECHOS HUMANOS, Viena, 25 de junio de 1993.

2003/361/CE, Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 20 de mayo de 2003, pp. L 124/36 - L 124/41.

Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de junio de 2006, pp. L 177/1 - L 177/56.

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 349 - 372.

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de diciembre de 2006, pp. L 376/36 - L 376/68.

Protocolo (núm. 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 214 – 216.

TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 97 – 207.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. – URREA CORRES, M. (edit.), *Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 69 – 94.

2.2. Legislación española.

Decreto – Ley 10/1959, de 21 de julio (*BOE*, Nº 174, de 22 de julio de 1959).

Ley 1/1977, 4 de enero, para la reforma política (*BOE*, Nº 4, de 5 de enero de 1977).

Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (*BOE*, Nº 3, 3 de enero de 1979).

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (*BOE*, Nº 269, 10 de noviembre de 1995).

Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia (*BOE*, Nº 100, 26 de abril de 1997).

Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico (*BOE*, Nº 285, 28 de noviembre de 1997).

Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (*BOE*, Nº 170, 17 de julio de 1999).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE*, Nº 10, 12 de enero de 2000).

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (*BOE*, Nº 310, 27 de diciembre de 2002).

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*BOE*, Nº 71, de 23 de marzo de 2007).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE*, Nº 159, 4 julio de 2007

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE*, Nº 283, 24 de noviembre de 2009).

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*BOE*, Nº 308, 23 de diciembre de 2009).

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (*BOE*, Nº 79, 1 de abril de 2010).

2.3. Legislación chilena.

Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre tramitación y fallo del Recurso de Amparo, de 19 de diciembre de 1932. En: QUINZIO FIGUEIREDO, J.M.: *Justicia Constitucional en Chile*, UNAM, México D.F., 2000, pp. 91 – 94.

Auto Acordado S/N, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, de 24 de junio de 1992. *Diario Oficial*, Nº 34.302, de 27 de junio de 1992.

Bando Nº 5 de la Junta de Gobierno, 11 de septiembre de 1973. En: GARRETÓN MERINO, R. et al, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, LOM ediciones, Santiago, 1998.

Bando Nº 29, de 14 de septiembre de 1973. En: GARRETÓN MERINO, R. et al, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, LOM ediciones, Santiago, 1998.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen 008911, de 16 de marzo de 1994. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 165, Legal Publishing, Santiago, 1994, pp. 145 – 146.

Decreto 597, Ministerio del Interior, aprueba nuevo Reglamento de Extranjería, *Diario Oficial*, Nº 32.030, Santiago, 24 de noviembre de 1984.

Decreto 2.385, Subsecretaría de desarrollo regional y administrativo, fija texto refundido y sistematizado del decreto ley número 3.063 de 1979 sobre rentas municipales, *Diario Oficial*, Nº 35.620, Santiago, 20 de noviembre de 1996.

DL 211, reorganiza empresa periodística La Nación y deroga DFL Nº 241 de 15 de mayo de 1931, *Diario Oficial*, Nº 16.312, Santiago, 41 de julio de 1932.

DL 1, de 11 de septiembre de 1973, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, *Diario Oficial*, Nº 28.653, Santiago, 18 de septiembre de 1973.

DL 128, de 16 de noviembre de 1973, aclara sentido y alcance del artículo 1º del decreto ley Nº 1 de 1973, *Diario Oficial*, Nº 28.703, Santiago, 16 de noviembre de 1973.

DL 788, de 2 de diciembre de 1974, dicta normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente, *Diario Oficial*, Nº 29.019, Santiago, 4 de diciembre de 1974.

DL 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, *Diario Oficial*, Nº 29.208, Santiago, 19 de julio de 1975.

DL 1.319, de 31 de diciembre de 1975, Acta Constitucional Nº 1, crea Consejo de Estado, *Diario Oficial*, Nº 29.350, Santiago, 9 de enero de 1976.

DL 2191, de 18 de abril de 1978, concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala, *Diario Oficial*, Nº 30.042, Santiago, 19 de abril de 1978.

DL 2.974, establece normas especiales sobre créditos que se otorguen a pequeños empresarios agrícolas y relativos a la prenda agraria, *Diario Oficial*, Nº 30.543, Santiago, 19 de diciembre de 1979.

DL 3464, de 8 de agosto de 1980, aprueba nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito, *Diario Oficial*, Nº 30.738, Santiago, 11 de agosto de 1980.

DL 3465, de 8 de agosto de 1980, convoca al Plebiscito dispuesto en artículo final del decreto ley Nº 3.464 de 1980 y señala las normas a las cuales se sujetará, *Diario Oficial*, Nº 30.739, Santiago, 12 de agosto de 1980.

DL 3.472, crea el fondo de garantía para pequeños empresarios, *Diario Oficial*, Nº 30.756, Santiago, 2 de septiembre de 1980.

DL 3.500, establece nuevo sistema de pensiones, *Diario Oficial,* Nº 30.814, Santiago, 13 de noviembre de 1980.

DFL 274, Ministerio de Hacienda, crea una Empresa del Estado denominada Empresa de Abastecimiento de zonas aisladas, *Diario Oficial,* Nº 24.613, Santiago, 6 de abril de 1960.

DFL 523, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 600, de 1974, estatuto de la inversión extranjera, *Diario Oficial,* Nº 34.741, Santiago, 16 de diciembre de 1993.

DFL 3, fija texto refundido, sistematizado y concordado de la ley general de bancos y de otros cuerpos legales que se indican, *Diario Oficial,* Nº 35.944, Santiago, 19 de diciembre de 1997.

DFL 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, *Diario Oficial,* Nº 37.460, Santiago, 16 de enero de 2003.

DFL 1, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, *Diario Oficial,* Nº 38.104, Santiago, 7 de Marzo de 2005.

DS 1064, de 25 de octubre de 1973, que crea oficialmente la Comisión Constituyente, *Diario Oficial*, Nº 28699, Santiago, 12 de noviembre de 1973.

DS 20, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22 de enero de 2001, *Diario Oficial*, Nº 36.937, Santiago, 12 de abril de 2001.

Ley 16.615, modifica la Constitución Política del Estado, *Diario Oficial*, Nº 26.647, Santiago, 20 de enero de 1967.

Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, *Diario Oficial*, Nº 30.968, Santiago, 19 de mayo de 1981.

Ley 18.575, Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado, *Diario Oficial,* Nº 32.640, Santiago, 5 de diciembre de 1986.

Ley 18.700, aprueba la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, *Diario Oficial*, Nº 33.064, Santiago, 6 de mayo de 1988.

Ley 18.772, establece normas para transformar la Dirección general del Metro en Sociedad Anónima, *Diario Oficial,* Nº 32.284, Santiago, 28 de enero de 1989.

Ley 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, *Diario Oficial*, Nº 33.493, Santiago, 10 de octubre de 1989.

Ley 18.933, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el decreto con

fuerza de ley N° 3, de Salud, de 1981, *Diario Oficial*, Nº 38.616, Santiago, 9 de marzo de 1990.

Ley 18.965, impone al estado la obligación que indica, *Diario Oficial*, Nº 33.617, Santiago, 10 de marzo de 1990.

Ley 18.971, establece recurso especial que indica, *Diario Oficial*, Nº 33.617, Santiago, 10 de marzo de 1990.

Ley 18.989, crea el Ministerio de Planificación y Cooperación, *Diario Oficial*, Nº 33.723, Santiago, 19 de julio de 1990.

Ley 19.132, crea empresa Televisión Nacional de Chile, *Diario Oficial*, Nº 34.239, Santiago, 8 de abril de 1992.

Ley 19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, *Diario Oficial*, Nº 36.197, Santiago, 26 de octubre de 1998.

Ley 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, *Diario Oficial*, Nº 36.978, Santiago, 4 de junio de 2001.

Ley 19.857, autoriza el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, *Diario Oficial*, Nº 37.482, Santiago 11 de febrero de 2003.

Ley 19.947, establece nueva ley de matrimonio civil, *Diario Oficial*, Nº 37.862, Santiago, 17 de mayo de 2004.

Ley 20.000, sustituye la Ley Nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias prohibidas, *Diario Oficial*, Nº 38.088, Santiago, 16 de febrero de 2005.

Ley 20.255, establece reforma previsional, *Diario Oficial*, Nº 39.014, Santiago, 17 de marzo de 2008.

3. Jurisprudencia.

3.1. Unión Europea.

STEDH de 24 de febrero de 1994, *Nº* de recurso 15450/89 asunto Casado Coca contra. España. Puede consultarse una traducción de la sentencia en JIMENA QUESADA, L.: "La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos" En: *Revista General de Derecho*, *Nº* 600, Valencia, septiembre 1994, pp. 9485 – 9497.

STEDH de 9 de marzo de 1999, Asunto Klaus Lindner contra Alemania, *Nº* de recurso 32813/96.

STJCE de 19 de marzo de 1991, *República francesa contra Comisión*, asunto C-202/88, Recop. 1991, p. I – 01223, apartados 34 – 57.

STJCE de 18 de junio de 1991, *ERT y otro contra DEP y otros*, asunto C-260/89, Recop. 1991, p. I – 02925, apartados 13 – 45.

STJCE de 25 de julio de 1991, *Comisión contra Países Bajos*, asunto C-353/89, Recop. 1991, p. I – 04069, apartados 37 – 43.

STJCE de 17 de noviembre de 1992, *Reino de España, Reino de Bélgica y República Italiana contra Comisión*, acumulados C-271/90, C-281/90 Y C-289/90, Recop. 1992 página I-05833, apartados 28 – 38.

STJCE de 19 de mayo de 1993, *Procedimiento penal contra Paul Corbeau*, asunto C-320/91, Recop. 1993, p. I – 02533, FJ 12 – 21

STJCE de 27 de abril de 1994, *Ayuntamiento de Alemlo y otros contra NV Energiebedrijf Ijsselmij*, asunto C-393/92, Recop. 1994, p. I – 01477, FJ 46 – 49.

STJCE, de 14 de septiembre de 2006, *Alfa vita Vasilopoulos AE y otro contra Elliniko Dimosio*, Asuntos acumulados C - 158/04 y C - 159/04, Recop. p. I – 08135.

STJCE, de 11 de julio de 1974, *Procureur du Roi contra Benoît y Gustave Dassonville*, asunto 8 -1974, Recop. p. 00837 (caso Dassonville).

STJCE, de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto 120 – 78, (Cassis de Dijon), Recop. p. 00649.

STJCE, de 11 diciembre 2007, *Finnish Seamen's Union y otros contra OÜ Viking Line Eesti y otros*, asunto C-438/05, Recop. p. I - 10779.

STJCE de de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 341/05, Recop. p. I - 11767.

STJCE de 3 de abril de 2008, *Dirk Rüffert contra Land NiedersachsenLaval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C - 346/06, Recop. p. I – 01989.

3.2. Jurisprudencia española.

DTC 1/1992, 1 de julio de 1992.

DTC 1/2004, 13 de diciembre de 2004.

STC 5/1981 de 13 de febrero de 1981.

STC 11/1981 de 8 de abril.

STC 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.

STC 1/1982, de 28 de enero de 1982.

STC 12/1982, de 31 de marzo de 1982.

STC 70/1982 de 29 de noviembre de 1982.

STC 3/1983 de 31 de enero de 1983.

STC 111/1983, de 7 de diciembre de 1983.

STC 76/1983 de 5 de agosto de 1983.

STC 18/1984 de 7 de febrero de 1984.

STC 83/1984, de 24 de julio de 1984.

STC 107/1984, de 23 de noviembre de 1984.

STC 77/1985 de 27 de junio de 1985.

STC 86/1985 de 10 de julio de 1985.

STC 87/1985 de 16 de julio de 1985.

STC 88/1985, de 19 de julio de 1985.

STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987.

STC 115/1987, de 7 de julio de 1987.

STC 6/1988, de 21 de enero de 1988.

STC 49/1988, de 23 de marzo de 1988.

STC 45/1989 de 20 de febrero de 1989.

STC 103/1989, de 8 de junio de 1989.

STC 129/1989, de 17 de julio de 1989.

STC 181/1990, de 15 de noviembre de 1990.

STC 206/1990, de 17 de diciembre de 1990.

STC 135/1992, de 5 de octubre de 1992.

STC 84/1993, de 8 de marzo de 1993.

STC 94/1993, de 22 de marzo de 1993.

STC 225/1993, de 9 de julio de 1993.

STC 227/1993, de 9 de julio de 1993.

STC 31/1994, de 31 de enero de 1994

STC 127/1994, de 9 de mayo de 1994.

STC 31/1995, de 31 de enero de 1995.

STC 86/1996, de 21 de mayo de 1996.

STC 106/1996, de 12 de junio de 1996.

STC 182/1997, de 28 de octubre de 1997.

STC 11/2002, de 17 de enero de 2002.

STC 20/2002, de 28 de enero de 2002.

STC 169/2002, de 16 de julio de 2002.

STC 109/2003, de 5 de junio de 2003.

STC 137/2003, de 3 de julio de 2003.

STC 196/2004, de 15 de noviembre de 2004.

STC 189/2005, de 7 de julio de 2005.

STC 329/2005, de 15 de diciembre de 2005.

STC 112/2006, de 5 de abril de 2006.

STC 128/2007 de 4 de junio de 2007.

STC 92/2008, de 21 de julio de 2008.

STS, Sala de lo contencioso, de 5 de noviembre de 1999, Nº de Recurso: 229/1997.

STS, Sala de lo Social, de 17 de octubre de 2008, Nº recurso 1957/2007.

STS, Sala de lo Social, de 16 de enero de 2009, Nº de Recurso: 1758/2008.

3.3. Jurisprudencia chilena.

SCA (Santiago), rol 11.821 – 2003, de 5 de enero de 2004. En: *Ius et Praxis,* 2003, vol.9, Nº 2, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 237 – 293.

SCS, rol 6.853 – 2007, de 17 de abril de 2008.

SCA (Santiago), rol 785 – 91, de 17 de abril de 1991. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 130, Legal Publishing, Santiago, 1991, pp. 41 – 43.

SCA (Santiago), rol 738 – 92, de 6 de mayo de 1992. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 143, Legal Publishing, Santiago, 1992, pp. 63 – 66.

SCA (Santiago), rol 2762 – 91, de 15 de junio de 1992. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 144, Legal Publishing, Santiago, 1992, pp. 74 – 76.

SCA (Santiago), rol 3.899 – 94, de 26 de enero de 1995. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 177, Legal Publishing, Santiago, 1995, pp. 20 – 25.

SCA (Santiago), rol 2.798 – 94, de 4 de julio de 1995. En: *Base de datos Legal Publishing*, Nº legal publishing 13.696.

SCA (Santiago), rol 3899 – 94, de 26 de enero de 1995. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 177, Legal Publishing, Santiago, 1995, pp. 20 – 24.

SCA (Santiago), rol 4013 – 95, de 25 de mayo de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 192, Legal Publishing, Santiago, 1996, pp. 24 – 36.

SCA (San Miguel), rol 186 – 97, de 17 de diciembre de 1997. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 211, Legal Publishing, Santiago, 1998, pp. 32 – 39.

SCA (Valparaíso), rol 558 – 00, de 19 de diciembre de 2000. *Gaceta Jurídica*, Nº 247, Legal Publishing, Santiago, 2000, pp. 37 – 47.

SCA (Santiago), rol 11.821 – 2003, de 5 de enero de 2004. En: *Ius et Praxis*, 2003, vol.9, Nº 2, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 237 – 293.

SCA (Punta Arenas), rol 263, de 25 de septiembre de 2004. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 31302.

SCS, rol 2.546, de 10 de enero de 1996. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 187, Legal Publishing, Santiago, 1996, pp. 41 – 49.

SCS, rol 2.837, de 3 de septiembre de 1998. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 219, Legal Publishing, Santiago, 1995, pp. 57 – 58.

SCS, rol 935 – 98, de 3 de septiembre de 1998. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 219, Legal Publishing, Santiago, 1998, pp. 57 – 58.

SCS, rol 4068 – 98, de 16 de enero de 1998. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 222, Legal Publishing, Santiago, 1998, pp. 50 – 59.

SCS, rol 835 – 00, de 28 de marzo de 2000. En: *Gaceta Jurídica*, Nº 237, Legal Publishing, Santiago, 2000, pp. 23 – 27.

SCS, rol 2.951, de 9 de septiembre de 2002. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 25878.

SCS, rol 5.099, de 29 de diciembre de 2003. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 29317.

SCS, rol 4.598, de 28 de octubre de 2004. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 31302.

SCS, rol 4.261 – 04, de 7 de julio de 2005. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 32405.

SCS, rol 501 – 09, de 9 de diciembre de 2008. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 41887.

SCS, rol 1.188 – 16 de abril de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 41952.

SCS, rol 650 – 09, de 22 de abril de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 42000.

SCS, rol 1.709 – 09, de 27 de abril de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 41953.

SCS, rol 1.655 – 09, de 7 de mayo de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 41993.

SCS, rol 2.537 – 09, de 27 de mayo de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 42091.

SCS, rol 5.438 – 09, de 8 de julio de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 42629.

SCS, rol 4.462 – 09, de 4 de agosto de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 42403.

SCS, rol 5.971 – 09, de 10 de septiembre de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 42615.

SCS, rol 6.959 – 09, de 10 de diciembre de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 43086.

SCS, rol 9.458 – 09, de 28 de diciembre de 2009. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 43099.

SCS, rol 2.255, de 26 de abril de 2010. SCS, rol 3.573 – 10, de 8 de junio de 2010. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 43987.

SCS, rol 3.573 – 10, de 8 de junio de 2010. En: *Base de datos Legal Publishing*, N° Legal Publishing: 44886.

STCCh rol 43, 24 de febrero de 1987.

STCCh, rol 134, de 9 de septiembre de 1991.

STCCh, rol 146, de 21 de abril de 1992.

STCCh, rol 167, de 6 de abril de 1993.

STCCh rol 183, de 17 de mayo de 1994.

STCCh, rol 185, 28 de febrero de 1994.

STCCh, rol 200, 14 de diciembre de 1994.

STCCh, rol 226, de 30 de octubre de 1995.

STCCh, rol 245 – 246 (acumulados), de 2 de diciembre de 1996.

STCCh, rol 280, 20 de octubre de 1998.

STCCh, rol 325, de 26 de junio de 2001.

STCCh rol 388, de 25 de noviembre de 2003.

STCCh, rol 740, de 18 de abril de 2008.

STCCh, rol 976, de 26 de junio de 2008.

STCCh, rol, 1218, de 7 de julio de 2009.

STCCh rol 1273, de 20 de abril de 2010.

STCCh rol 1287, de 8 de septiembre de 2009.

STCCh, rol 1416, de 14 de julio de 2009.

STCCh Rol 1710-10, de 6 de agosto de 2010.

STDLC Nº 103 – 2010, de 8 de septiembre de 2010.

STDLC, Nº 97 – 2010, de 4 de marzo de 2010.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS, *Aplica sanción de multa al señor Sebastián Piñera Echenique*, resolución exenta Nº 306, Santiago 6 de julio de 2007.

4. Libros y Revistas.

ABENDROTH, W.: "El Estado del derecho democrático y social como proyecto político". En: ABENDROTH, W. et al: *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ALÁEZ CORRAL, B.: "Soberanía constitucional e integración europea". En: *Fundamentos*, Nº 1, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1998, pp. 503 – 555.

ALBERTI ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

___: "La Constitución económica. Tendencias a los veinte años de la Constitución". En: TRUJILLO, G., et al., *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 125 – 158.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: "Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea". En: JIMENA QUESADA, L. et al (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 63 – 111.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2007.

ÁLVAREZ, L.: "Breve aproximación a la Constitución de Hungría". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 66, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 149 – 162.

ÁLVAREZ – URÍA, F.: "Retórica Neoliberal". En: ÁLVAREZ – URÍA, F., et al (compiladores), *Neoliberalismo versus democracia*, La Piqueta, Madrid 1998, pp. 353 – 384.

___: "Estado social versus neoliberalismo". En: Acciones e investigaciones sociales, Nº 16, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 13 – 23.

ALVEZ MARÍN, A.: "El ejercicio del poder constituyente y su legitimación en la Carta de 1980, desde la perspectiva de la Historia política institucional chilena". En: *Revista de Derecho*, Nº 212, vol. I, Universidad de Concepción, Concepción, 2002, pp. 33 – 45.

AMIN, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Buenos Aires, 1999.

ANDRADE GEYWITZ, C: "La reforma constitucional del año 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 375 – 401.

ANDRADES RIVAS, E.: "Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación. Notas sobre las reformas a la Carta del 80". En: *Actualidad jurídica*, Nº 4, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001, pp.173 – 187.

ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

___: "La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 42, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 9 – 26.

___: "Constitución y derechos fundamentales". En: *Quaderns de Treball*, Nº 2, Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1994, pp. 3 – 29.

___, *Libertades económicas y estado social*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995.

AREILZA CARVAJAL, J.M.: "El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 45, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 53 – 93.

ARIÑO ORTIZ, G.: "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión". En: *Revista de Administración Pública*, Nº 88, Centro de Estudios Políticas y Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 55 – 106.

___: "La empresa pública". En: GARRIDO FALLA, F. (dir), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 12 – 231.

___: "La Constitución económica de España. Comentario introductorio al Título VII". En: ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, tomo X, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1985, pp. 1 – 56.

___, *Principios de derecho público económico*, Comenares, Granada, 3ª edición, 2004.

ARÓSTICA MALDONADO, I.: "Acción de amparo Económico. Acerca del recurrente y el recurrido". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 182, Legal Publishing, Santiago, 1995, pp. 7 – 14.

___: "Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial". En: *Revista de Derecho*, Nº 2, Universidad Finis Terrae, Santiago, 1998, pp. 95 – 105.

___: "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada". En: *Ius Publicum*, Nº 2, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999, pp. 129 – 146.

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

AQUINO, T. DE, *Suma Teológica*, tomo VI (Tratado de la Ley en general), BAC, Madrid, 1956.

ATRIA LEMAITRE, F.: "El Tribunal Constitucional y la objeción democrática". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 367 – 378.

AVILÉS HERNÁNDEZ, V.M.: "Orden Público Económico: noción crítica". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 329 – 338.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.¸ *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: "El estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social". En: MONEREO PÉREZ, J.L. et al, *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comenares, Granada, 2002, pp. 89-113.

BALLESTEROS, J.: "Los principios básicos de la Constitución (I): El estado Social y democrático de Derecho". En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980, pp. 37- 44.

BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, J.M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

BAQUERO CRUZ J.: "La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el Tratado de Ámsterdam". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 639 – 666.

BARROS, R, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, New York, 2002.

BASSA MERCADO, J., *El Estado Constitucional de Derecho. Efecto sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago, 2008.

___, *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho - Escuela de Graduados, Santiago, 2007.

BASSOLS COMA, M, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

___, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1988.

BELMAR GONZÁLEZ, F., *El Estado Social de Derecho en el constitucionalismo nacional y comparado*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1986.

BENDA, E.: "El Estado social de Derecho". En: BENDA, E. et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 2001, pp. 487 – 559.

BENTUÉ, A.: "Desafíos a la credibilidad del cristianismo". En: *Teología y vida*, vol. XLVII, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pp. 114 – 118.

BERGIER, J.F.: "La burguesía industrial y la aparición de la clase obrera, 1700 – 1914". En: CIPOLLA, C.M. (ed.), *Historia económica de Europa (3). La Revolución Industrial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BERTELSEN REPETTO, R.: "El Estado empresario en la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, pp. 115 – 125.

___: "Comentario sentencia del Tribunal Constitucional sobre inconstitucionalidad de Decreto Supremo que prohíbe carteles en caminos públicos". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, pp. 119 – 127.

___, *Informe Constitucional*, Nº 1668, Santiago, 6 de enero de 1998.

BIBBY, A.: "La subcontratación de las TI se globaliza". En: *Trabajo*, Nº 43, OIT, 2003, pp. 13 – 15.

BIDART CAMPOS, G., *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar S.A. editora, Buenos Aires, 1999.

___: "La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)". En: *Cuestiones Constitucionales*, Nº 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2002, pp. 3 – 16.

BLÜMEL MAC – IVER, J.I.: "El Estado empresario, su sometimiento a la legislación común y la libre competencia". En: *Revista de Derecho de la empresa*, Nº 4, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, 2005, pp. 125 – 144.

BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993.

___, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

___: "El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional". En: BÖCKENFÖRDE, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180.

BOIXAREU CARRERA, A.: "El principio de subsidiariedad". En: *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 771 – 808.

BORDALÍ SALAMANCA, A. – ZUÑIGA AÑAZCO, Y.: "Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después". En: *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2009, pp. 173 – 182.

BOYER, M.: "El sistema económico en la futura Constitución española". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 261 – 276.

BREHIER, E., *Historia de la Filosofía*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1988.

BREY BLANCO, J.L.: "Ideologías políticas y modelo socioeconómico constitucional". En: *El sistema económico en la Constitución española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 81 – 107.

BREWER-CARÍAS, A.: "Reflexiones sobre la Constitución económica". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 5 – 16.

BULNES ALDUNATE, L.: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 37 – 38, Universidad de Chile, Santiago, 1985, pp. 149 – 165.

___: "Visión académica de la Constitución Económica de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 88 – 93.

CABO MARIN, C. DE: *La crisis del Estado Social*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1986.

___: "Democracia y Derecho en la crisis del Estado social". En: *Sistema*, Nº 118/119, Madrid, 1994, pp. 63 – 77.

___: "Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 11, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2009, pp. 17 – 48.

CALSAMIGLIA, A.: "Sobre el principio de igualdad". En: MUGUERZA, J. et al, *El fundamento de los derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pp. 97 – 110.

CALVO CARACAVA, A.L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2003.

CAMACHO ZEPEDA, G.: "La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: Notas para un reexamen de la cuestión". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 214, Legal Publishing, Santiago, 1998, pp. 7 – 16.

CANCIO MELIÁ, J.: "La Constitución económica: promesas incumplibles". En: *Revista jurídica*, Nº 7, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2002, pp. 49 – 101.

CANDIA FALCÓN, G.: "Idoneidad de los profesores de religión: una consecuencia práctica de la libertad religiosa". En: *Jurisprudencia al día*, Nº 84, año II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 1 – 2.

CANTARO, A.: "El declive de la Constitución económica del Estado Social". En: GARCÍA HERRERA, M.A (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao 1997, pp. 153 – 178.

CAPELLA, J.R., *Fruta prohibida*, Editorial Trotta, 5ª edición, Madrid, 2008.

CARBONELL, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CARMONA CUENCA, E., *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

___, *La crisis del recurso de amparo*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2005.

CARNEVALI, R.: "El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional". En: *Ius et Praxis*, vol. 15, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2009, pp. 397 – 415.

CARRASCO DELGADO, S.: "Génesis de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 29 – 30, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1981, pp. 35 – 65.

___: "La evolución político – constitucional de Chile". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 2, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 301 – 324.

CARRO MARTÍNEZ, A.: "La Unión Europea y el principio de subsidiariedad". En: *Revista de Administración Pública*, Nº 126, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 217 – 252.

CASAS BAAMONDE, M.E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

CASCAJO CASTRO, J.L.: "La voz 'Estado social y democrático de Derecho': materiales para un léxico constitucional español". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 112, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 9 – 23.

___: "El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 69, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 115-138.

___: "Integración europea y Constituciones nacionales". En: *Revista d'estudis autonòmics i federals*, Nº 1, Generalitat de Catalunya: Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2005, pp. 61-78.

CAZORLA PRIETO, L.M.: "El marco económico constitucional en el anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 233 – 259.

CEA EGAÑA, J.L.: "La esencia de los derechos y su libre ejercicio". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 29 – 30, Universidad de Chile, Santiago, 1981, pp. 112 – 117.

___: "Garantías constitucionales en el Estado social de derecho". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 10, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1983, pp. 7 – 19.

___: "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, pp. 417 – 431.

___, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica, Santiago, 1988.

___, *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004.

___, *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición, Santiago, 2008.

___: "Influence of Chilean constitutional jurisprudence on society and on developing human rights". Paper to be exposed at the First World Conference on Constitutional Justice in Cape Town (South Africa) 2009, pp. 1 – 9. Disponible en internet: http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/CHI_CeaEgana_ES.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

CELIS DANZINGER, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones". En: *Nomos*, Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 59 – 90.

CHERESKY, I.: "Comentario a propósito del Estado y la Democracia". En: MARIANI, R. (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, PNUD, Lima, 2007, pp. 179 – 188.

CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

COMBELLAS, R., *Estado de Derecho, Crisis y Renovación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

COMTE, A., *Discurso sobre el espíritu positivo*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía, Vol. VIII, de Bentham a Russel*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

___, *Historia de la Filosofía, Vol. V, de Hobbes a Hume*, Editorial Ariel, Barcelona, 1986.

CORCUERA ATIENZA, J.: "La iniciativa pública en materia económica y sus límites". En: GARCÍA HERRERA, M.A. (dir), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao 1997, pp. 255 – 286.

CORRAL TALCIANI, H., *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes, colección Jurídica, Santiago, 1994.

CORREA SUTIL, S.: "La democracia que tuvimos, la democracia que no fue". En: *Revista de Sociología*, Nº 14, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2000, p. 117 – 120.

CORTINA, A.: "Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 52, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2007, pp. 49 – 73.

COTARELO GARCÍA, J.: "Ideologías políticas y modelo socioeconómico". En: *El sistema económico en la Constitución española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección

General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid 1994, pp. 127 – 158.

COVARRUBIAS CUEVAS, I.: "Subsidiariedad y Estado empresario". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 66, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 251 – 272.

CRISTI, R.: "Jaime Guzmán. Capitalismo y moralidad". En: *Revista de derecho*, vol.10 Nº 1, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral, Valdivia, 1999, pp. 87 – 102.

___, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM ediciones, Santiago, 2000.

CRISTI, R. – RUIZ – TAGLE, P., *La República en Chile*, LOM ediciones, Santiago, 2006.

CRUZ – COKE OSSA, C.: "Constitucionalismo chileno y su evolución". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 20, tomo II, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 547 – 575.

CUEVAS FARREN, G.: "Protección Constitucional de la libertad económica. Notas y reflexiones". En: *Letras Jurídicas* (*Revista electrónica de Derecho)*, Nº 2, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2006, pp. 1 - 32. Disponible en internet: http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/02/GCF2006.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

DE VAL TENA, A.L.: "Las empresas de tendencia ante el derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo". En: *Proyección Social*, Nº 2, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1994, pp. 177 – 198.

DELANEY, J., *Learning legal reasoning*, John Delaney Publication, 30ª edition, Philadelfia, 2006.

DESCARTES, R.: "Meditaciones metafísicas". En: DESCARTES, R., *Discurso del Método. Meditaciones* Metafísicas, Espasa – Calpe Mexicana, México D.F., 5ª edición, 1982, pp. 101 – 182.

DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1981.

DIEZ MORENO, E.: "Libertad de empresa e iniciativa pública en la actividad económica". En: *El sistema económico en la Constitución española. XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 219 – 243.

DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

DIEZ – PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, 11ª edición, Tecnos, Madrid.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, F.: "La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el 'Orden Público Económico'". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 68, Legal publishing, Santiago, 1986, pp. 6 – 12.

DUQUE, DOMÍNGUEZ, J.: "Iniciativa privada y empresa". En: SANCHEZ AGESTA, L. (coord.), *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, pp. 49 – 77.

ENTRENA CUESTA, R.: "El principio de libertad de empresa". En: GARRIDO FALLA, F. (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 103 – 165.

___: "El modelo económico de la Constitución". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 11 – 36.

ESTÉVEZ VALENCIA, J.: "Visión sobre la Constitución Económica". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 97 – 103.

EVANS DE LA CUADRA, E., *Los derechos constitucionales*, tomo I, 2ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 1999.

___, *Los derechos constitucionales*, tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica Santiago 2004.

___, *Los derechos constitucionales*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2004.

FARÍAS KANACRI, A.: "El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación". En: *Persona y Sociedad*, vol. IV, Nº 3, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2000, pp. 157 – 171.

FAVOREAU, L. et al, *Droit constitutionnel*, 10ª edición, Dalloz, Paris, 2007.

FELIÚ SEGOVIA, O.: "El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios". En: *Actualidad Jurídica*, Nº 1, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2000, pp. 71 – 88.

FERMANDOIS VÖHRINGER, A.: "Municipalidades, Corporaciones sin fin de lucro y Estado empresario". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 26, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999, pp. 193 – 201.

___: "El Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980". En: *Ius Publicum*, Nº 4, Universidad Santo Tomás, Santiago, 2000, pp. 63 – 78.

___: "La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 287 – 298.

___: "La píldora del día después. Aspectos normativos". En: *Estudios Públicos*, Nº 95, CEP, Santiago, 2004, pp. 91 – 118.

___: "Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: auge y caída de una visión dirigista". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 32, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 7 – 18.

___, *Derecho Constitucional Económico*, tomo I, 2ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.: "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución". En: *Revista de Derecho*, Nº XXII, vol. 1, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2001, pp. 321 – 340.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.: "España en la Unión Europea. Antecedentes, negociaciones y consecuencias económicas de la integración". En: DÍAZ GIJÓN, J.R. et al., *Historia de la España actual (1939 – 1996)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 383 – 425.

FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, E., *Diccionario de Derecho Político*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

FERRADA BÓRQUEZ, J.C.: "La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas". En: *Revista de Derecho*, vol. XI, Universidad Austral, Valdivia, 2000, pp. 47 – 53.

FERRERO MUÑOZ, I., *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.

FONT GALÁN, J.I.: "El principio de libertad de empresa". En: GARRIDO FALLA, F. (dir.), *El modelo económico en la Constitución española*, vol. 2, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 103 – 165.

___, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

FONTAINE ALDUNATE, A.: "Más allá del Leviatán". En: *Estudios Públicos*, Nº 1, CEP, Santiago, 1980, pp. 1 – 23.

___, *Los economistas y el Presidente Pinochet*, Zig Zag S.A., Santiago, 1988.

FORSTHOFF, E.: "Problemas constitucionales del Estado actual". En: ABENDROTH, W. et al, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 43 – 67.

___: "Concepto y esencia del Estado Social de Derecho". En: ABENDROTH, W. et al, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 69 – 106.

FOXLEY, A., "Experimentos neoliberales en América Latina". En: *Estudios Cieplan*, Nº 59, Cieplan, Santiago 1982.

FREIXES SANJUÁN, T.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 463 – 497.

___: "La justiciabilidad de la Carta social europea". En: JIMENA QUESADA, L. et al (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 113 – 136.

FRICKHÖFFER, W.: "La implantación de una economía de mercado: el modelo alemán y el modelo chileno". En: *Estudios Públicos*, Nº 6, CEP, Santiago, 1982, pp. 89 – 98.

FRIEDMAN, M., *Capitalismo y libertad*, Editorial Rialp, Madrid, 1966.

FRIEDMAN, M. – FRIEDMAN, R., *Libertad de elegir*, Editorial Fundación FAES, Madrid, 2008.

GAETE, S., "Discurso Inaugural IX jornadas chilenas de Derecho Público". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, pp. 27 – 35.

GAETE ROJAS, S. et al: "Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución", El Mercurio, Santiago, 24 de agosto de 1980, C.4.

GALGANO, F., *Las Instituciones de la economía capitalista*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990.

GALLEGO – DÍAZ, S. – CUADRA, B. DE LA, *Crónica secreta de la transición*, Tecnos, Madrid, 1989.

GARCÍA AÑOVEROS, J. En: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria número 39, Nº 117, Madrid, 14 de julio de 1978, pp. 4272 – 4296.

GARCÍA COTARELO, R.: "Crisis y reformulación del Estado de bienestar". En: CORCUERA ATIENZA J. y GARCÍA HERRERA, M.A. (edit.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 19 – 37.

___, *Del Estado del bienestar al estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GARCÍA DELGADO, J.L. – JIMÉNEZ, J.J.: "El proceso de modernización económica: perspectiva histórica y comparada". En: GARCÍA DELGADO, J.L. (dir.), *España, economía: ante el siglo XXI*, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1999, pp. 7 – 30.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Madrid, 2006.

GARCÍA ECHEVARRIA, S.: "El orden económico en la Constitución". En: *Libre empresa*, Nº 8, Asociación de estudios empresariales, Madrid, 1978, pp. 7 – 59.

GARCÍA HERRERA, M.A.: "El fin del Estado Social". En: *Sistema,* Nº 118/119, Fundación Sistema, Madrid, 1994, pp. 133 – 150.

GARCÍA MENÉNDEZ, J.R.: "Neoproteccionismo, dumping social y eco-dumping". En: *Nueva Sociedad,* Nº 143, Fundación Friedrich Ebert, Bonn, 1996, pp. 124 – 141.

GARCÍA – PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 2ª edición 1989.

___: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: GARCÍA PELAYO, M., *Obras completas*, Vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2851 – 2874.

GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

GARRETÓN, M. A.: "De la Seguridad Nacional a la nueva institucionalidad". En: *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 40, Nº 4, Universidad Autónoma de México, México D.F, 1978, pp. 103 – 127.

___: "Modelo y proyecto político del régimen militar". En: GARRETÓN, M. A. et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, pp. 7 – 48.

GARRETÓN MERINO, R. et al, *Por la fuerza, sin la razón. Análisis y textos de los bandos de la dictadura militar*, LOM ediciones, Santiago 1998.

GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Tecnos, Madrid, 1987.

GHERSI, E.: "El mito del neoliberalismo". En: *Estudios Públicos*, Nº 95, CEP, Santiago, 2004, pp. 293 – 313.

GISPER PASTOR, M.T. DE: "La noción de empresa en la Constitución española". En: ENTRENA CUESTA, R., *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 37 – 64.

GODOY ARCAYA, O.: "La transición chilena a la democracia: pactada". En: *Estudios Públicos*, Nº 74, CEP, Santiago, 1999, pp. 79 – 106.

GÓMEZ, J.M.: "El Estado del bienestar y el reto de la solidaridad". En: *Anales de estudios económicos y empresariales*, Nº 10, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, pp. 255 – 273.

GÓMEZ BERNALES, G.: "Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción". En: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de derecho constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago, 2009, pp. 97 – 118.

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

GÓMEZ MONTORO, A. J.: "La titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas: un intento de fundamentación". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 65, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 49 – 105.

GÓMEZ ORFANEL, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al régimen constitucional español*, Sanz y Torres, Madrid, 3ª edición, 2003.

GONDRA ROMERO, J.M.: "La estructura jurídica de la empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 228, Madrid, 1998, pp. 493 – 592.

GONZÁLEZ CASANOVA, J.A.: "La idea de Constitución en Karl Loewenstein". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 139, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1965, pp. 73 – 98.

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas – Universidad de Vigo, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson – Aranzadi, Navarra, 2003.

GUERRERO BECAR, J.L., *Regulación constitucional del orden económico. La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1991.

___, "La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 Nº 21 y la Constitución Económica". En: *Persona y Sociedad*, vol. IV, Nº 3, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2000, pp. 141 – 156.

GUERRERO, R.: "La Constitución Económica". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, pp. 79 – 94.

GUERRERO DEL RÍO, R.: "Orden Público Económico". En: NAVARRO BELTRÁN, E. (edit.), *20 años de la Constitución chilena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, pp. 307 – 329.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: "Comentarios al art. 3 del Código Civil". En: SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 369 – 378.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, J. – NOVOA VÁSQUEZ, J., *Teoría sobre la Universidad*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1970.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, J.:"La Constitución Política". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 6, Nº 1 – 4, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979, pp. 53 – 78.

___: "El camino político". En: *Revista Realidad*, Nº 7, año I, Santiago, 1979, pp. 13 – 24.

___: "La definición constitucional". En: *Revista Realidad*, año II, Nº 15, Santiago, agosto 1980, pp. 17 – 40.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, R., *Mi hermano Jaime*, Editorial Ver, Santiago, 1991.

GUZMÁN SUÁREZ, L.: "Paralelo entre el recurso de protección y el recurso de amparo económico". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 182, Legal Publishing, Santiago, 1999, pp. 49 – 67.

HÄBERLE, P., *Pluralismo y constitución*, Tecnos, Madrid, 2002.

___, *El Estado constitucional*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2003.

HABERMAS, J.: "Por qué Europa necesita una Constitución". En: *New Left Review*, Nº 11, Akal Ediciones, Madrid, 2002, pp. 5 – 25.

___, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2005.

HAYEK, F. VON: "El ideal democrático y la contención del poder". En: *Estudios Públicos*, Nº 1, CEP, Santiago, 1980, pp. 12 – 20.

___: "Los fundamentos éticos de una Sociedad libre". En: *Estudios Públicos*, Nº 3, CEP, Santiago, 1981, pp. 71 – 82.

___, *Derecho, legislación y libertad*, vol. III, Unión Editorial, Madrid, 1982.

___: "Los principios de un orden social liberal". En: *Estudios Públicos*, Nº 6, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1982, pp. 179-202.

___: "El atavismo de la justicia social". En: *Estudios Públicos*, Nº 36, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1989, pp. 181 – 193.

___, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998.

___, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001.

___, *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, 6ª reimpresión, Madrid, 2009.

HELLER, H., *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Comenares, Granada, 2004.

___, *Teoría del Estado*, Editorial Comenares, Granada, 2004

___, "Europa y el fascismo". En: HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 21-132.

___, "¿Estado de Derecho o Dictadura?". En: HELLER, H., *Escritos Políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283-301.

HERNÁNDEZ EMPARANZA, D.: "El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista". En: *Estudios Constitucionales*, año 8, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2010, pp. 443 – 466.

HERRERA, C.: "Tabla de Factores de las Isapres: el síntoma de una enfermedad mayor". En: *El quinto poder*, Santiago, 19 de junio de 2010. Disponible en internet: http://www.elquintopoder.cl/fdd/web/salud/opinion/-/blogs/tabla-de-factores-de-las-isapres:-el-sintoma-de-una-enfermedad-mayor, [citado 30 Noviembre 2010].

HERRERO DE MIÑÓN, M.: "La Constitución económica". En: ÁLVAREZ CONDE, E., *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989.

___: "La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración". En: *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº 57, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 11 – 32.

HESSE, K.: "Concepto y cualidad de la Constitución". En: HESSE, K., *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 1 – 31.

HIERRO, L.: "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de ley". En: *Doxa*, Nº 26, Universidad de Alicante, Alicante, 2003, pp. 449 – 476.

HINKELAMMERT, F.J.: "El cautiverio de las utopías: las utopías conservadoras del capitalismo actual, el neoliberalismo y el espacio para alternativas". En: HINKELAMMERT, F.J., *El nihilismo al desnudo*, LOM Ediciones, Santiago, 2001, pp. 113 – 149.

HOBBES, T., *Tratado sobre el ciudadano*, Trotta, Madrid, 1999.

HOPENHAYN, M.: "El destape parcialmente nublado". En: *Letras Libres*, Nº 72, Letras Libres Internacional, Madrid, 2007, pp. 14 – 16.

JELLINEK, G., *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

___, *Teoría General del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2000.

JIMENA QUESADA, L.: "La libertad de expresión y los abogados a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos" En: *Revista General de Derecho*, Nº 600, Valencia, 1994, pp. 9469 – 9497.

___, *La Europa Social y democrática de derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ ASCENCIO, R., *La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ LARRAÍN, F.: "El concepto de familia en la Constitución Política de Chile". En: *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo II, Santiago 1994, p. 145 – 160.

JORDÁN DÍAZ, T.: "La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)". En: *Colección de Investigaciones Jurídicas* Nº 10, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2006.

___: "Algunos comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 976/2008". En: *Nomos*, Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 263 – 274.

JOSPIN, L., *El futuro de Europa ampliada*, Discurso ante la Asociación de Prensa Extranjera, Paris, 28 de mayo de 2001. Traducción disponible en Internet: http://www.uned.es/dcpa/old_Doctorado_1999_2004/Torreblanca/Cursodoc2003/DISCURSOS/JospinMay2001es.doc, [citado 30 Noviembre 2010].

JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, Roma 15 de mayo de 1961. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

JUAN PABLO II, *Centesimus annus*¸ Roma, 1 de mayo de 1991. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

___, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Roma, 11 de octubre de 1992. Disponible en internet, http://www.va/archive/catechism_sp/index_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

JUAN ASENJO, O. DE, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

KALYVAS, A.: "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente". En: *Política y gobierno*, vol. XII N° 1, CIDE, México D.F., 2005, pp. 91-124.

KANT, I., *¿Qué es la Ilustración?*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

___: "La paz perpetua". En: KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres; Crítica de la razón práctica; La paz perpetua*, Editorial Porrúa, México D.F., 4ª edición, 1980, pp. 215 – 247.

KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Editorial Ariel, Barcelona 1980.

KEYNES, J.M.: "El final del Laissez – faire" (1926)". Disponible en internet: http://www.eumed.net/cursecon/textos/keynes/final.htm, [citado 30 Noviembre 2010].

LAMARCA PÉREZ, C.: "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 99 – 135.

LANDA, C.: "Dignidad de la persona humana". En: *Cuestiones Constitucionales*, Nº 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2002, pp. 109 – 138.

LANDERRETCHE, O.: "Notas sobre el rol del Estado en la Economía". En: *La Revista de Derecho*, Nº 4, Universidad Central, Santiago, 2003, pp. 193 – 206.

LARRAZABAL BASAÑEZ, S., *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. I, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

LARROULET, C.: "Reflexiones en torno al Estado empresario en Chile". En: *Estudios Públicos*, Nº 14, CEP, Santiago, 1984, pp. 129 – 151.

LARROULET VIGNAU, C.: "Visión Económica de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 94 – 96.

LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1997.

LECHNER, N.: "El debate sobre Estado y mercado". En: *Estudios Públicos*, Nº 47, Centro de Estudios Públicos, Santiago 1992, pp. 235 – 247.

___: "El proyecto neoconservador y la democracia". En: *Obras escogidas de Norbert Lechner*, vol II, LOM ediciones, Santiago 2007, pp. 137 – 179.

LEÓN XIII, *Rerum* Novarum, Roma, 15 de mayo de 1891, §26. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 1976.

LOJENDIO, I.: "Derecho Constitucional Económico". En: SÁNCHEZ AGESTA, L. (coord.), *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, pp. 79 – 98.

LOO GUTIÉRREZ, M.: "La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile". En: *Revista de Derecho*, vol. XXXIII, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2009, pp. 391 – 426.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: "Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular". En: *Quaderni Fiorentini*, Nº 25, Giufrrè Editore Milano, Milán, 1996, pp. 409 – 466.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA – MORATO, L. – ARIÑO ORTIZ, G., *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas,* 2ª edición ampliada, Comenares, Madrid, 2003.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: "La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente". En: *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 21, Nº 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 379 – 418.

LÓPEZ MAGNASCO, S., *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.

LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de derecho político*, volumen II, Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1986.

___: "Estado social y democrático de derecho". En: ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 95 – 164.

___: "Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional". En: *La crisis del estado y Europa*, HAEE – IVAP, Bilbao, 1988, pp. 147 – 173.

___: "Estado social y democrático de derecho". En: ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 95 – 164.

MAESTRO BUELGA, G.: "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 123 – 154.

___: "Estado de mercado y Constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 8,

Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2007, pp. 43 – 73.

___: "El Tratado de Lisboa y la Constitución económica". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 9, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2008, pp. 37 – 68.

___: "Constitución económica y modelo social europeo". En: *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Nº 15, AVD - ZEA. Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2008, pp. 49-82.

MANSER, G.M. OP., *La esencia del tomismo*, 2ª edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto "Luis Vives" de Filosofía, Madrid, 1953.

MARTÍN – RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico,* Vol. I, Editorial la Ley, Madrid, 1988.

___: "La 'Constitución Económica' en el texto de la Constitución española de 1978". En: *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García – Pelayo, Caracas, 2000, pp. 149 – 174.

MARTÍN MATEO, R., *Derecho Público de la economía*, Editorial CEURA, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

___: "Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional". En: *Nomos*, Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 275 – 290.

MARTÍNEZ ESTERUELAS, C.: "El principio de libre iniciativa económica privada en el anteproyecto de Constitución". En: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 293-318.

MARTÍNEZ – PUJALTE, A-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L.: "El Derecho y la crisis de la Ley". En: *Derechos y libertades*, Nº 13, Universidad Carlos III, Madrid, 2004, pp. 109 – 145.

MASBERNAT MUÑOZ, P. – HURTADO CONTRERAS, J.T.: "Crítica al concepto de Orden Público Económico". En: *Revista de Derecho Público*, vol. 66, Universidad de Chile, Santiago, 2004, pp. 201 – 224.

MASSINI, C.I.: "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, pp. 51 – 58.

MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Cantoblanco, Madrid, 1982.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española". En: *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 43 – 82.

MONCKBERG, M.O., *Los magnates de la prensa: concentración de los medios de comunicación*, Editorial Debate, Santiago, 2009.

MONEREO - PÉREZ, J.L: "Estudio preliminar. La teoría político-jurídica de Hermann Heller". En: HELLER, H., *Teoría del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. IX – XLIX.

MONTT DUBOURNAIS, L.: "El Orden Público Económico y la Constitución". En: *Revista de Derecho Económico*, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, pp. 49 – 61.

MORISI, M.: "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis". En: PREDIERI, A. - GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dirs), *La Constitución española de 1978*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 377 – 421.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R.: "Modelo social europeo, políticas y directrices". En: *Documentación social*, abril – junio 2010, Caritas Española, Madrid, 2010, pp. 15 – 28.

MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

NAVARRO BELTRÁN, E.: "El recurso de amparo económico en la jurisprudencia (1990 – 1995)". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 57/58, Universidad de Chile, Santiago, 1995, pp. 263 – 275.

___: "Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica". En: *Revista chilena de Derecho*, Número especial, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, pp. 185 – 195.

___: "Marco constitucional del Estado empresario: una concreción del principio de subsidiariedad". En: *Actas XXX Jornadas chilenas de Derecho Público*, tomo I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1999, pp. 367 – 385.

___: "El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 32 – 47.

___: "La libertad económica y su protección". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 28, Nº 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 299 – 310.

___: "El Recurso de amparo económico". En: *Revista de Derecho*, Nº 9, Universidad Finis Terrae, Santiago, 2005, pp. 19 – 42.

___: "El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial". En: *Estudios Constitucionales*, año 5, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2007, pp. 99 – 119.

NIETO DE ALBA, U., *Diario de Sesiones del Senado*, Nº 51, Madrid, 7 de septiembre de 1978, pp. 2391 - 2468.

NIÑO PARA, E., *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*, Lexis Nexis, Santiago, 2006.

NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El recurso de protección en Chile". En: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 157 – 180.

___, *Manual de Educación Cívica, Educación para la Democracia*, Editorial Andrés Bello, 3ª edición, Santiago, 1993.

___: "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 403 – 466.

___ (2005): "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales". En: *Ius et Praxis* [online], vol.11, Nº 2, pp. 15 – 64. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es, [citado 30 Noviembre 2010].

___: "Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 mg). En: *Estudios Constitucionales*, Nº 1, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 361 – 372.

___: "La evolución político – institucional de Chile 1976 – 2005". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 2, año 6, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 325 – 370.

___: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". En: *Estudios*

Constitucionales, año 7, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2009, pp. 143 – 205.

___: "Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 360, Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 7 – 27.

NOVAK, M.: "Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado". En: *Estudios Públicos*, Nº 55, CEP, Santiago, 1994, pp. 189 – 210.

O'CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado*, Ediciones Península, Barcelona 1981.

OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Editorial Sistema, Madrid, 1988.

___, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

OJEDA MARÍN, A., *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

___, *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1993.

___, *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1990.

ORÓSTICA ORTEGA, A.: "El Estado empresario: un análisis crítico a la Constitución, al Orden Público Económico y al principio de subsidiariedad". En: *Comisiones de Trabajo: Derecho y mercado*, IV Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Santiago, 2009, pp. 1 – 23. Disponible en internet: http://congresoconstitucional.cl/upload/69/Amaro%20Orostica_1252890661.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

OTANO GARDE, R., *Nueva crónica de la Transición*, LOM ediciones, 2ª edición, Santiago, 2006.

OTTONE, E. – VERGARA, C.: "La desigualdad social en América Latina y el caso chileno". En: *Estudios Públicos*, Nº 108, CEP, Santiago, 2007, pp. 59 – 91.

OYARZUN DE LA IGLESIA, J.: "El dumping social: estado de la cuestión". En: *Boletín económico del ICE*, Nº 2553, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 1997, pp. 25 – 39.

PALACIOS, R.: "Concentración oligopólica de la industria cultural en Chile: escenario global y nacional". En: *Revista Latina de Comunicación Social*, Nº 52. Universidad de La Laguna, Tenerife, 2002. Disponible en internet: http://www.ull.es/publicaciones/latina/2002palaciosoctubre5206.htm, [citado 30 Noviembre 2010].

PALMA GONZÁLEZ, E.: "Sobre la intervención del poder judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973". En: *Jueces para la democracia*, Nº 32, Madrid, 1998, pp. 89 – 92.

___: "¿Gobierno portaliano o gobierno conservador autoritario?: de los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la constitución de 1833". En: *Revista de Derecho*, vol. XIII, Universidad Austral, Valdivia, 2002, pp. 45 – 64.

___: "De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005. Notas para un balance de 25 años historia constitucional". En: *Derecho y Humanidades*, Nº 13, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008, pp. 41 – 66.

PAPIER, J.J.: "Ley fundamental y orden económico". En BENDA, E. et al, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2001, pp. 561 – 612.

PAZ – ARES, C. – ALFARO AGUILA REAL, J.: "Derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación". En: MONEREO PÉREZ, J.L et al (dirs.), *Comentario a la Constitución socio – económica de España*, Comares Editorial, Granada, 2002, pp. 357 – 437.

PECES –BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

___, *La elaboración de la Constitución de 1978,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

___, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho,* Dykinson, Madrid, 2004.

PEREIRA FREDES, E.: "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización". En: *Derecho y Humanidades*, Nº 13, Universidad de Chile, Santiago, 2008, pp. 157 – 171.

PFEFFER URQUIAGA, E.: "La Introducción del 'precedente': un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica". En: *Estudios Constitucionales*, año 4, nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2006, pp. 185 – 194.

___: "Conflicto de intereses entre privados y protección de minorías accionarias. El Caso Chispas". En: ZALAQUETT, J. – MUÑOZ, A. (edit.), *Transparencia y probidad pública. Estudios de caso en América Latina,* Universidad de Chile, Santiago 2008, pp. 83 – 98.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2ª edición, Bilbao, 2008.

PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8ª edición 2004.

PIERRY ARRAU, P.: "Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado". En: *Revista de Derecho*, Nº IX, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1985, pp. 263 – 287.

PINOCHET UGARTE, A.: *Discurso del general Augusto Pinochet en cerro Chacarillas con ocasión del día de la juventud el 9 de julio de 1977*. Disponible en Internet: http://www.archivochile.com/Dictadura_militar/doc_jm_gob_pino8/DMdocjm0003.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

___: "Antecedentes de la Constitución de 1980. Normas para la nueva Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 8, Nº 1 – 6, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1981, p. 137 – 143.

PÍO XI, *Divini Illius Magistri*, Roma, 31 de diciembre de 1929, § 61. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_31121929_divini-illius-magistri_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

___, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html, [citado 30 Noviembre 2010].

PISARRELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

PNUD, *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 2ª edición, Buenos Aires, 2004.

PNUD – OEA, *Nuestra democracia*, FCE, México D.F., 2010.

PORRAS NADALES, A.J., *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

PRECHT PIZARRO, J.: El Estado empresario. Análisis de la legislación complementaria constitucional". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, pp. 127 – 140.

___: "Idoneidad del profesor de religión". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 521 – 524.

PRIETO SANCHÍS, L.: "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 62, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, pp. 125-159

___: "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura de sistema de libertades". En: *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 8, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, pp. 429 – 468.

___, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial debate, Madrid, 1990.

QUADRA – SALCEDO, T. de la: "Interpretación de la Constitución y órganos del Estado". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 29 – 37.

___: "Comentario al artículo 128. Riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público". En: ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo X, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 45 – 85.

___: "La Constitución económica de España". En: ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978,* Cortes Generales, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1996, pp. 15 – 44.

___: "Nota sobre el principio de subsidiariedad". En: BANDRÉS SÁNCHEZ - CRUZAT, J.M., *El principio de subsidiariedad y la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 83 – 91.

QUADRA – SALCEDO, T. DE LA – FERNÁNDEZ DEL CASTILLO: "La Directiva de servicios y la libertad de empresa". En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 7, Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, pp. 46 – 61.

QUEL LÓPEZ, F.J.: "Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" En: EMBID IRUJO, A., *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, 305 – 334.

QUINTANA BENAVIDES, A.: "El principio de solidaridad en la Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp.635 – 638.

QUINZIO FIGUEIREDO, J.M.: "¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa". En: *Revista de Derecho*, Nº 212, vol. I, Universidad de Concepción, Concepción, 2002, pp. 173 – 177.

RAJEVIC MOSLER, E.P.: "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, pp. 23 – 96.

RAWLS, J.: "La justicia como equidad: política no metafísica". En: *La Política (Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad)*, Nº 1, Paidós, Buenos Aires, 1996, pp. 24 – 45.

___, *La justicia como equidad: una reformulación*, Paidós, Buenos Aires, 2004.

___, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2ª edición, 6ª reimpresión, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición. Disponible en internet: http://www.rae.es/rae.html, [citado 30 Noviembre 2010].

REYES RIVEROS, J.: "El Estado como regulador, mediante ley, del ejercicio de los derechos fundamentales y de contralor de dicha normativa". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 69 – 91.

REYES SOTO, N.: "De nuevo sobre el problemático concepto de positivismo jurídico". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 1996, pp. 123-144.

RIBOTTA, S. – ROSETTI A. (edits.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la* justicia, Dykinson, Madrid, 2010.

RITTER, G., *El problema ético del poder*, Revista Occidente S.A., Madrid, 1972.

___, *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ – ZAPATA, J.: "Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 155 – 161.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, E.: "'Crisis de la ley', principios constitucionales y seguridad jurídica". En: *Universitas*, Nº 3, Universidad Carlos III, Madrid, 2005 – 2006, pp. 23 – 42.

RODRÍGUEZ GREZ, P.: "La Constitución de 1980, hija de su tiempo". En: *Actualidad jurídica*, Nº, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2001, pp. 11 – 29.

ROJAS SÁNCHEZ, G. et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.

ROJO, A.: "El empresario". En: MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, 6ª edición, Thomson – Civitas, Madrid, 2008, pp. 43 – 77.

ROOSEVELT, F.D., *Great Speeches*, Dover Publications, New York, 1999.

ROSENDE RAMÍREZ, F.: "Una interpretación del desempleo en Chile". En: *Estudios Públicos*, Nº 32, CEP, Santiago, 1988, pp. 67 – 128.

ROSANVALLON, P., *La crise de l'Etat-providence*, Editions du Seuil, Paris, 1981.

ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 4ª edición, 1998.

RUBÍ I PUIG, A., *Publicidad comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado*, Tesis doctoral en Programa Doctorado en Derecho Patrimonial, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2007.

RUBIO LARA, M.J., *La formación del Estado Social*, Colección Tesis doctorales Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1991.

RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 9 – 42.

___: "La libertad de empresa en la Constitución". En: IGLESIAS PRADA, J.L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 431 – 446.

___, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 1997

___: "La constitucionalización del proceso de integración en Europa". En: *Revista de Occidente*, Nº 284, Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005, pp. 5 – 22.

RUIZ – TAGLE, P.: "Reseña de Razón práctica y derecho natural". En: *Anales de Filosofía Jurídica*, Nº 11, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1993, pp. 365 – 367.

___: "Principios Constitucionales del Estado empresario". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 62, Universidad de Chile, Santiago, 2000, pp. 48 – 64.

___: "Los derechos fundamentales en el siglo XXI y la disminución de su efecto mariposa". En: *Revista de Derecho*, vol. 15, Universidad Austral, Valdivia, 2003, pp. 181 – 190.

SAGÜES, N.P.: Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, pp. 59 – 71.

SAINZ MORENO, F. (edit.), *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.

SALAZAR, M., *Guzmán, quién, cómo, por qué*., Ediciones BAT, Santiago, 1994.

SALAZAR, G. – PINTO, J., *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, LOM ediciones, Santiago, 1999.

___, *Historia contemporánea de Chile*, tomo III, LOM ediciones, Santiago, 2002.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: "La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?. En: Rivero ORTEGA, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas*, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 89 – 149.

SALVAT BOLOGNA, P., *El porvenir de la equidad*, LOM Ediciones/Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002.

___: "¿Debe el derecho ser justo? Reflexiones preliminares a propósito del caso chileno". En: *Persona y sociedad*, Vol. 18, Nº. 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2004, pp. 33-62.

SAN FRANCISCO REYES, A.: "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 19, Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992, pp. 527 – 548.

SÁNCHEZ AGESTA, L.: "Planificación económica y régimen político". En: *Revista de Administración Pública*, Nº 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1950, pp. 29 – 40.

___, *Lecciones de Derecho Político*, 4ª edición, Granada, 1951.

___, *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1980.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, tomo I, Editoriales de Derecho Reunidas, 18ª edición, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ URRUTIA, A.V.: "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 58, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 105 – 135.

SANTA MARÍA DE LA VEGA, R.: "El Orden Económico". En: *Revista de Derecho Económico*, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, pp. 9 – 19.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004.

SANTOS, V.: "Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978". En: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982, pp. 359 – 395.

SANTOS HERCEG, J.: "Anomalías del modelo neoliberal en Chile. La Universidad chilena hoy: el espejismo de su progreso". En: *Estudios Avanzados*, vol. 5, Nº 7, Universidad de Santiago, Santiago, 2006, pp. 1 – 12. Disponible en internet: http://web.usach.cl/revistaidea/html/revista%207/pdf/santos.pdf, [citado 30 Noviembre 2010].

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo: un análisis jurídico desde el derecho español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

SCANNONE, J.C.: "La filosofía de la liberación: historia, características, vigencia actual". En: *Teología y vida*, vol. L, Nº 1 – 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2009, pp. 56 – 73.

SCHICKENDANTZ, C.: "El principio de subsidiariedad en la Iglesia: Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica". En: *Teología y Vida*, volumen 42 Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, pp. 280 – 291.

SELIGSON, M.: "El Estado, la gobernabilidad, y la legitimidad política en América Latina". En: MARIANI R. (coord.), *Democracia/Estado/Ciudadanía. Hacia un Estado de y para la Democracia en América Latina*, PNUD, Lima, 2007, pp. 189 – 200.

SERNA BILBAO, M. A. DE LA, *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

SERRA, F.: "El futuro del Estado social". En: OLIVAS, E., *Problemas de legitimación en el estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 165 – 176.

SILVA BASCUÑÁN, A., *Tratado de Derecho* Constitucional, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, Santiago, 1997.

___, *Tratado de Derecho Constitucional,* tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago 1997.

___, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XII, 2ª edición, Editorial Jurídica, Santiago, 2008.

SILVA BASCUÑÁN, A. – SILVA GALLINATO, M.P.: "Derechos humanos en la Constitución de 1925". En: *Ius et Praxis*, año 9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, pp. 245 – 257.

SILVA GATICA, S.: "Lo absoluto y lo relativo: Aproximación hermenéutica". En: *Teología y vida*, vol. XLIX, Nº 1 – 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 203 – 208.

SINGER, P.: *Ética Práctica*, Ariel, Barcelona, 1984.

SMITH, A., *La riqueza de las Naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

SOLARI ALLIENDE, E. – GARCÍA MONGE, D.: "El malestar constitucional chileno". En: *Anuario de filosofía jurídica y Social*, Nº 18, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 499 – 533.

SOLARI ALLIENDE, E., *El Estado social de Derecho y su recepción en Chile*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1993.

___: "Recepción en Chile del Estado Social de Derecho". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2 – 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 333 – 344.

___: "Para un concepto del Estado social de Derecho". En: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 42, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1997, pp. 11 – 104.

SOTELO, I., *El Estado social*, Trotta, Madrid, 2010.

SOTO KLOSS, E.: "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 39 – 40, Universidad de Chile, Santiago, 1986, pp. 33 – 49.

___: "En la forma que prescriba la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 687 – 693.

___: "La Familia en la Constitución Política". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 Nº 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1994, pp. 217 – 225.

___, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, tomo II, Editorial Jurídica, Santiago, 1996.

___: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)". En: *Ius Publicum*, Nº 2, Universidad Santo Tomás, Santiago, 1999, pp. 119 – 146.

STEIN, T.: "El principio de subsidiariedad en el derecho de la Unión Europea". En: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 90, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 69 – 84.

STIGLER, G.L.: "La Escuela de Chicago". En: *Estudios Públicos*, Nº 47, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 1992, pp. 181 – 198.

STREETER PRIETO, J.: "El paradójico Orden Público Económico". En: *Revista de Derecho Económico*, Nº 60 – 61, Universidad de Chile, 1983, pp. 21 – 35.

SUÁREZ, A.: "Mensaje del Presidente Adolfo Suárez (10 de septiembre de 1976)". En: BAENA DEL ALCÁZAR M. – GARCÍA MADARIA, J.M., *Normas políticas y administrativas de la transición (1975 – 1978)*, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, pp. 15 – 18.

SUNKEL, G. – GEOFROY, E.: "Concentración Económica de los medios de comunicación. Peculiaridades del caso chileno". En: *Comunicación y Medios*, Nº 13, Universidad de Chile, Santiago, 2002, pp. 135 – 150.

TAPIA VALDÉS, J: "Efectos de los Tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980". En: *Ius et Praxis*, vol.9, Nº 1, Universidad de Talca, Talca, 2003, pp. 351 – 364.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, constitución y derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TORTELLA, G., *El desarrollo de la España contemporánea. Historia económica de los siglos XIX y XX*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

UNDURRAGA SAAVEDRA, S.: "Empresas estatales en la economía". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999, pp. 193 – 197.

URIA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons, 28ª edición, Madrid – Barcelona, 2002.

URIARTE TORREALDAY, R.: "Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo". En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Nº 4, Universidad de Granada: Departamento de Derecho Constitucional, Granada, 2005, pp. 333-372.

URZÚA VALENZUELA, G., *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1991.

VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, V., *El golpe después del golpe*, LOM ediciones, Santiago, 2003.

VALLEJO GARRETÓN, R. – PARDOW LORENZO, D.: "Derribando mitos sobre el Estado empresario". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 135 – 156.

VARAS ALFONSO, P.: "Amparo Económico". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 49, Universidad de Chile, Santiago, 1991, pp. 45 – 70.

VARELA DEL SOLAR, J.L.: "Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2 – 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1984, pp. 385 – 402.

___: "Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980" En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 16, Nº 2, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp. 379 – 390.

VELIZ, C.: "Continuidades y rupturas en la Historia Chilena: otra hipótesis sobre la crisis chilena de 1973". En: *Estudios Públicos*, Nº 12, CEP, Santiago, 1983, pp. 41 – 64.

VERDUSSEN, M. (dir.), *Les droits culturels el sociaux des plus défavorisés*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

VERGARA, P.: "Las transformaciones del Estado chileno bajo el régimen militar". En: GARRETÓN, M. A. et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, pp. 65 – 104.

___, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago 1985.

VERGARA ESTÉVEZ, J.: "La concepción del hombre de Friedrich Hayek". En: *Revista de Filosofía*, vol. 65, Universidad de Chile, Santiago, 2009, pp. 161 – 176.

VIAL CORREA, G., *Historia de Chile: 1891 – 1973*, Editorial Zigzag, 4ª edición, Santiago, 2001.

VIDAL FUEYO, C.: "El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, año 11, Fundación Konrad Adenauer – Stiftung, Berlín, 2005, pp. 427 – 447.

VIERA ÁLVAREZ, C., *La Familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2007.

___: "Vida privada e idoneidad profesional". En: *Jurisprudencia al día*, Nº 95, año III, Legalpublishing, Santiago, 2008, pp. 1141 – 1142.

___: "La emergencia de los derechos sociales en el sistema constitucional chileno". En: *Nomos*, Nº 2, Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 2008, pp. 291 – 305.

VIVANCO MARTÍNEZ, A.: "La píldora del día después". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 35, Nº 3, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pp. 543 – 577.

YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, A.: "Principios Económicos de la Constitución de 1980". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 14, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987, pp. 97 – 112.

ZAPATA LARRAÍN, P.: "La interpretación de la Constitución". En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 17, Nº 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1989, pp. 161 – 177.

ZAGREBELSKY, G.: "El Tribunal Constitucional italiano" En: FAVOREU, L, et. al., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 413 – 465.

___: "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución". En: LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 161 – 178.

___, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, 7ª edición, Madrid, 2007.

ZÚÑIGA URBINA, F.: "Apostillas: Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (De La Germanización al Practicismo)". En: *Ius et Praxis*, [online], vol. 7, Nº 2, 1998, pp. 209 – 257. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200010&lng=en&nrm=iso, [citado 30 Noviembre 2010].

___: "Constitución Económica y Estado empresario". En: *Revista de derecho público*, Nº 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 339 – 374.

___: "El recurso de amparo económico: doctrina jurisprudencial". En: *La Revista de Derecho*, Nº 2, Universidad Central, Santiago, 2001, pp. 263 – 311.

___: "Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente". En: *Estudios Constitucionales*, año 4, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2006, pp. 151 – 172.

___: "Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente". En: *Revista de Derecho Político*, Nº 66, UNED, Madrid, 2006, pp. 397 – 474.

___: "Vieja – Nueva Constitución". En: *Estudios Constitucionales*, Nº 1, año 5, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2007, pp. 349 – 370.

___: "Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-07 de fecha 26 de junio de 2008". En: *Gaceta Jurídica*, Nº 338, Legalpublishing, Santiago, 2008, pp. 319 – 321.

___: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”. En: *Revista de Derecho*, Nº 20, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2008, pp. 83 – 109.

___: “Propiedad y control de los medios de comunicación social: algunas notas sobre el estatuto de la radiodifusión”. En: *Estudios Constitucionales*, año 6, Nº1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2008, pp. 171 – 203.