

REVISTA DE DERECHO
DE LA
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Año III. N° 3 - 1999

.....

Estudios

Controversia Jurídica

Seminario

Investigación

Jurisprudencia

.....

Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae

NOTAS SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A EMPRENDER CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN
PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

I.

EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA EN EL DERECHO CHILENO

1.1. LA NORMA CONSTITUCIONAL

El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”⁽¹⁾

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.”

(1) Sobre esta materia vid. ARÓSTICA M., Iván: “De espaldas al estatismo: el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica”, IP 1 (1998), p. 105-121; BRUNA C., Guillermo: “La libertad económica: elemento de un nuevo orden político”, P 13 (1987), p. 59-76; BULNES A., Luz: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, en RDP 37-38 (1985), p. 149-165; CEA EGAÑA, José Luis: “Notas sobre el orden público económico”, GJ 135 (1991), p. 18-32; CUMPLIDO C., Francisco: “Actividades económicas de las personas en la Constitución”, ES 85 (1995), p. 109 y ss.; DOUGNAC R., Fernando: “La garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el orden público económico”, GJ 68 (1986), p. 6-12; EVANS DE LA CUADRA, Enrique: “Los derechos constitucionales”, Tomo III, 1999, p. 140-200; GUERRERO D., Roberto: “La Constitución Económica”, RCHD 6 N° 1-4 (1979); HUIDOBRO S., Ramón: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”, RDP 43-44 (1988), p. 98-116; IRARRÁZAVAL C., Arturo: “Principios económicos de la Constitución de 1980”, RCHD 14 (1987), p. 97-115; SOTO KLOSS, Eduardo: “La actividad económica en la Constitución”, IP 2 (1999), p. 119-128.

1.2. ANTECEDENTES DE LA NORMA CONSTITUCIONAL ⁽²⁾

En relación a los antecedentes de la disposición constitucional puede señalarse lo siguiente:

1.2.1. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La discusión de la norma constitucional se desarrolló principalmente en las sesiones 384, 388, 389, 393 y 398 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, enfatizándose el propósito de consagrar una nueva disposición que fuera una proyección de la libertad personal y concreción de la subsidiariedad del Estado.

En efecto, en la sesión 384, el entonces Fiscal del Banco Central, señor Roberto Guerrero, hizo presente que el primero de los principios que deben conformar el orden público económico es el de la libertad económica, lo que *“se traduce en consagrar constitucionalmente la libertad de producción, la libertad de comercio y la libertad de trabajo o profesional”*. Del mismo modo indicó que *“aquí cabe tomar en consideración también el denominado libre intercambio comercial, tanto interno como externo, o sea, la facultad de comerciar libremente dentro del país y con el exterior”*. En la misma sesión, la comisionada señora Alicia Romo destacó la importancia de *“consagrar la libre iniciativa en materia económica como una expresión de la libertad individual”*. ⁽³⁾

Luego, en la sesión 388, el constitucionalista y miembro de la comisión, señor Bertelsen, se manifestó partidario de *“considerar un número en el artículo o un artículo 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. Manifiesta que lo anterior es necesario por las circunstancias de que dicha garantía, al igual que otras, fue desconocida en el pasado en forma más o menos sistemática”*; concluyendo que la libertad para desarrollar cualquier actividad económica importa el derecho para *“crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etcétera”*. Complementando lo anterior, la señora Romo hizo hincapié en los peligros de la intervención estatal, desde el momento que *“el Estado mediante disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de las actividades económicas”*.

Por su parte, el señor Guzmán estimó indispensable *“consagrar en la carta fundamental el principio de la iniciativa particular en el campo económico, como*

(2) Sobre el tema vid. NAVARRO B., Enrique y GUERRERO D., Roberto: *“Algunos antecedentes de la historia fidedigna de las normas constitucionales sobre orden público económico”*, UFF 1 (1997), p. 117-142.

(3) Sesión N° 384 de la CENC, p. 2816 y ss.

el medio preferente natural que tiene una comunidad de progresar, desarrollarse". razón por la cual consideró *"válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculada al derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes, con las excepciones que se señalan"*. Finalmente, el señor Carmona, por su lado, también se declaró partidario de *"consagrar en el nuevo texto una nueva filosofía económica"*; compartiendo *"el criterio de consagrar el principio de la libre iniciativa en el campo económico separado de la garantía constitucional del derecho de propiedad y sustentado en los valores mencionados anteriormente, pero establecido en forma tal que consagre el principio de subsidiariedad"*; sintetizando que lo que en realidad se garantiza es la *"libertad para emprender actividades económicas, sea en forma individual o asociada"*.⁽⁴⁾

La discusión de la norma prosiguió, aprobándose en definitiva su texto en la sesión N° 399.

Precisando el sentido y alcance de la garantía reconocida por el constituyente, el Informe Final redactado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución hace presente que el nuevo ordenamiento jurídico debía contemplar *"normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común"*; concluyendo en la importancia de *"incentivar la iniciativa privada y de evitar el mal que significa la proliferación de las empresas del Estado"*, para lo cual *"se contempla un nuevo derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución y siempre que no sean contrarias al interés nacional y una ley lo declare así"*.⁽⁵⁾

1.2.2. CONSEJO DE ESTADO

En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Estado expresa que *"El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado. Con tal propósito contempla una serie de normas dirigidas a ese objeto (...) lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetando y haciendo posible la iniciativa privada. No parece necesario abundar en este concepto para reconocer que su aplicación involucra una retracción del estatismo que había llegado a dominar la actividad empresarial."*⁽⁶⁾

(4) Sesión N° 388 de la CENC, p. 2905 y ss.

(5) Informe Final de la CENC, p. 28-30.

(6) Informe Final del CE, p. 38-39.

1.2.3. LA JUNTA DE GOBIERNO

El texto en definitiva fue aprobado por la Junta de Gobierno, con pequeñas modificaciones, particularmente en lo relativo a la exigencia de una ley de quórum calificado para que el Estado pueda actuar en materia empresarial, tal como lo proponía el Anteproyecto de la Comisión de Estudio.

Del mismo modo, debe tenerse presente que las limitaciones actualmente contempladas en el artículo 19 N° 21 fueron establecidas precisamente por el Consejo de Estado, modificando en este sentido los términos propuestos por la Comisión de Estudio.⁽⁷⁾

1.3. LA DOCTRINA

En relación a este aspecto, la doctrina ha señalado que este precepto garantiza “*el derecho de todas las personas a desarrollar, individualmente o asociadas, las actividades económicas que ellas decidan*”.⁽⁸⁾

A su vez, el miembro de la Comisión de Estudio, don Enrique Evans, señala que el derecho puede ejercerse “*libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita*”.⁽⁹⁾

Otro integrante de la misma, don Raúl Bertelsen, ha fijado el sentido y alcance de la norma constitucional en los siguientes términos: “*significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la normativa constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea considerada en sí misma ilícita, y lo son sólo las que la Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen.*”⁽¹⁰⁾

Por su lado, don Mario Verdugo ha sostenido en cuanto al propósito del constituyente que “*se estimó conveniente enfatizar este derecho para precaver cualquier obstáculo, y a fin, además, de impedir que en el futuro se puedan perturbar o interferir arbitrariamente toda actividad económica que no fuere contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional. Por otra parte, se consideró que esta manifestación del derecho de libertad venía a ser una complementación del principio de subsidiariedad*”.⁽¹¹⁾

(7) Sobre este aspecto, vid. COVARRUBIAS C., Ignacio: “*Antecedentes sobre la historia fidedigna de la Constitución: las modificaciones efectuadas por la Junta de Gobierno*”, Memoria de Prueba. UFT, 1997. Inédita.

(8) CEA EGAÑA, José Luis: “*Notas sobre orden público económico*”, GJ 135, 1991, p. 24.

(9) EVANS DE LA CUADRA, Enrique: “*Los Derechos Constitucionales*”, Tomo II, p. 318.

(10) Citado por el Tribunal Constitucional. Rol 280, 20.10.98, consid. 22°.

(11) VERDUGO MARINKOVIC, Mario: “*Derecho Constitucional*”, Tomo I, p. 291.

Otros autores, por último, han hecho presente la circunstancia que la norma constitucional no sólo ampara las actividades económicas lucrativas propiamente tales, sino también todas aquéllas que supongan una contraprestación pecuniaria. Así, en este sentido, Iván Aróstica sostiene que “*caben dentro de la expresión actividades empresariales todos los actos de comercio que se concreten en la producción de bienes y/o prestación de servicios a cambio de una retribución pecuniaria*”.⁽¹²⁾ En una perspectiva similar, se ha expresado que “*la posibilidad de generar una retribución por el servicio prestado transforma dicha actividad en lucrativa, económica y empresarial*”.⁽¹³⁾

1.4. JURISPRUDENCIA

Los tribunales también han conceptualizado el sentido y alcance de la norma constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional ha sentenciado que el artículo 19 N° 21:

“Es una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política, y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”; agregando que “las normas del Capítulo I de nuestra constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”; concluyendo que “un examen de la disposición constitucional transcrita nos lleva claramente a la conclusión, que las prohibiciones para desarrollar una actividad económica tienen que fundarse en no ser contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional y que el ejercicio del derecho debe llevarse a cabo respetando las normas legales que la regulen”.⁽¹⁴⁾

Del mismo modo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que el artículo 19 N° 21 “*comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto*”⁽¹⁵⁾; agregándose que ello puede realizarse “*libremente, personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita*”.⁽¹⁶⁾

(12) ARÓSTICA M., Iván: “*Acción de amparo económico: un recuento jurisprudencial*”. UFT 2 (1998), p. 98.

(13) FERNANDOIS V., Arturo: “*Municipalidades, corporaciones sin fines de lucro y Estado empresario*”. RCHD 26 (1999), p. 198.

(14) T. Constitucional. 6 de abril de 1993, Rol N° 167, consid. 9 a 11.

(15) C. Apelaciones de Santiago, 25.05.96, GJ 192, p. 29.

(16) C. Apelaciones de Santiago, 19.03.92.

Por último, debe mencionarse que en un reciente fallo se rechazó una acción de amparo económico interpuesto por una Universidad que recurría en contra de un acuerdo adoptado por el Consejo Superior de Educación, habida consideración que -en opinión de los sentenciadores- la educación universitaria privada “no puede considerarse como una simple actividad económica”.⁽¹⁷⁾

II.

LA LIBERTAD ECONÓMICA EN EL DERECHO HISPANOAMERICANO

Tratándose de las Constituciones hispanoamericanas, la mayoría de ellas reconocen la libertad para emprender actividades económicas.

En este sentido, pueden distinguirse dos grandes tipos de regulación constitucional.

2.1. LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

Un primer grupo, al que pertenecen fundamentalmente las cartas políticas más antiguas, prefieren vincular este derecho al de la libertad de trabajo.

Así, la Constitución de México indica que “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”. Agrega el texto que “la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”.⁽¹⁸⁾

En el caso de Argentina, se reconoce a todos los habitantes de la Nación el derecho “de trabajar y ejercer toda industria lícita”, como del mismo modo el de “navegar y comerciar”⁽¹⁹⁾. En el mismo sentido, la carta fundamental de Uruguay reconoce el derecho de toda persona a “dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.⁽²⁰⁾

Por su parte, el ordenamiento constitucional boliviano protege el derecho de toda persona a “trabajar y dedicarse al comercio, la industria y a cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo”. En armonía con lo anterior, se faculta al Estado para “regular mediante ley el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requieran, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad pública”. Por último, se indica que “la iniciativa privada recibirá el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional”.⁽²¹⁾

(17) C. Apelaciones de Santiago, 2.09.97, Rol 2344-97, con comentario de E. Soto Kloss, RDJ 84, 1997, sec. 5ª, p. 221.

(18) CPR de México, arts. 5 y 25.

(19) CPR de Argentina, art. 14.

(20) CPR de Uruguay, art. 36.

(21) CPR de Bolivia, arts. 141 y 144.

Finalmente, en este grupo puede también citarse la Constitución de Ecuador que garantiza “*la libertad de trabajo, comercio e industria, con sujeción a la ley*”.⁽²²⁾

2.2. LA LIBERTAD ECONÓMICA COMO UN DERECHO AUTÓNOMO

En un segundo grupo encontramos aquellas Constituciones Políticas -generalmente más recientes- que expresamente reconocen la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, regulándola de manera autónoma.

Así, la Constitución de Colombia señala que “*la libertad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley*”. Igualmente, se faculta al legislador para delimitar “*el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*”.⁽²³⁾

En su caso, Paraguay protege expresamente la libertad de concurrencia, de acuerdo a la cual “*toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de oportunidades*”.⁽²⁴⁾

También otras Constituciones no tan recientes reconocen el derecho, aunque en términos más genéricos. Así, la ley fundamental venezolana -en actual proceso de modificación- prescribe que “*todos pueden dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social*”; agregando que “*el Estado protegerá la iniciativa privada*”, sin perjuicio de sus facultades de planificación, fomento y regulación.⁽²⁵⁾

Por último, la carta fundamental de Perú se limita a señalar que “*la iniciativa privada es libre*”.⁽²⁶⁾

(22) CPR de Ecuador, art. 11.

(23) CPR de Colombia, art. 333.

(24) CPR de Paraguay, art. 107.

(25) CPR de Venezuela, arts. 96 y 98.

(26) CPR de Perú, art. 58.

III.

UN ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CIENCIA ECONÓMICA

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por “actividad”: la “facultad de obrar” ⁽²⁷⁾ y por “económica”: lo “pertenciente o relativo a la economía”, siendo esta última la “ciencia que trata de la producción y distribución de la riqueza”. ⁽²⁸⁾

Para precisar el sentido y alcance de la norma fundamental y siguiendo los elementos que gobiernan la interpretación jurídica ⁽²⁹⁾, resulta indispensable referirse a la forma en que se conceptualiza el término por la propia ciencia económica.

En este sentido, sabido es que esta última entiende por actividad económica **toda aquella que implica la utilización o asignación de recursos escasos para satisfacer necesidades múltiples.**

Sobre el particular, cabe citar a los siguientes autores chilenos y extranjeros que han estudiado el tema:

3.1. AUTORES CHILENOS:

En este sentido, pueden mencionarse tratadistas tanto anteriores a la actual carta fundamental como posteriores a la misma:

Entre los primeros, cabe recordar a los abogados Jaime Eyzaguirre y Ricardo Claro, quienes sostienen que: *“La actividad económica tiene como fin la satisfacción de las necesidades de orden material del hombre. Estas necesidades, según vimos son ilimitadas y se satisfacen mediante la obtención de bienes, que son, desgraciadamente limitados. El problema consiste, entonces, por una parte, en seleccionar nuestras necesidades y, por otra, en no limitar la satisfacción de ellas. Para satisfacer determinadas necesidades el hombre debe elegir entre varias alternativas (...). De esta manera resulta, como afirma el gran economista alemán Wilhem Roepke que ‘economizar no es más que una elección continua entre diversas posibilidades, y la economía no es en el fondo, sino la teoría de las alternativas’. El hombre debe luchar contra esa escasez; escasez de bienes, escasez de tiempo, escasez de energía física, escasez de medios.”* ⁽³⁰⁾

(27) Diccionario de la Real Academia de la Lengua, tomo I, 1992, p. 34.

(28) Ibid., p. 787.

(29) Sobre este aspecto, vid. NAVARRO B., Enrique: “Mecanismos de interpretación establecidos en la Constitución de 1980”, HRJ, 1992, p. 304-326.

(30) EYZAGUIRRE G., Jaime y CLARO V., Ricardo: “Elementos de la Ciencia Económica”, 4ª ed., Stgo. 1966, p.12.

Confirman el anterior aserto, destacados economistas chilenos más recientes, quienes sobre el particular han puntualizado que “*existe problema económico cuando debemos satisfacer un número de deseos contando para ello con una cantidad insuficiente de recursos*”⁽³¹⁾ y que, por tanto, “*se dice que hay un problema económico cuando existen recursos limitados frente a necesidades múltiples, de modo que por actividad económica se entiende la asignación de recursos escasos a fines opcionales (múltiples). Es así como la actividad económica lleva implícita la noción de elección o selección*”.⁽³²⁾

3.2. AUTORES EXTRANJEROS:

La doctrina extranjera también reconoce dicha amplitud al concepto “*actividad económica*”.

Así, el premiado economista Paul Samuelson afirma que la economía es “*el estudio de la manera en que la sociedad decide utilizar los recursos productivos escasos que pueden utilizarse con distintos fines, producir mercancías de diferentes tipos y distribuirlas entre los diversos grupos (...). La economía se basa en la ley de la escasez, según la cual los bienes son escasos porque los individuos desean mucho más de lo que puede producir la economía. Los bienes económicos son escasos, no son gratuitos y la sociedad debe elegir lo que puede producir con los recursos de que dispone.*”⁽³³⁾

Finalmente, en el mismo orden de ideas se ha precisado que “*es el hecho de la escasez el que nos obliga a tomar decisiones de índole económica, es decir, a organizar nuestras actividades para producir e intervenir en las actividades y obtener los bienes de consumo deseados*”.⁽³⁴⁾

(31) CORTÉS, Hernán y otros: “*Economía: Principios y Problemas*”, 1982, p. 57.

(32) FONTAINE, Ernesto: “*Teoría de los precios*”, 1984, p. 118.

(33) SAMUELSON, Paul: “*Economía*”, 14ª ed., 1993, p. 13.

(34) HISHLEIFER, Jack: “*Microeconomía: Teoría y aplicaciones*”, 3ª ed., 1988, p. 18.

IV. CONCLUSIÓN

Como puede apreciarse, el bien jurídico protegido no se encuentra en modo alguno restringido a las actividades lucrativas, sino que comprende el derecho a emprender cualquier actividad económica y esto último supone la capacidad para satisfacer necesidades múltiples mediante bienes escasos.

Así pues, el contenido esencial del derecho constitucional, consagrado en el artículo 19 N° 21 de la carta fundamental, no es otro que la libertad que se garantiza a todas las personas, sean naturales o jurídicas, para propender a satisfacer las diversas necesidades -múltiples e ilimitadas- mediante la utilización y asignación de bienes escasos y limitados; no siendo indispensable, por tanto, el carácter lucrativo o no de las aludidas actividades económicas.

.....

ABREVIATURAS USADAS

CE	:	Consejo de Estado
CENC	:	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución
CPR	:	Constitución Política de la República
ES	:	Revista de Estudios Sociales (U. de Valparaíso)
GJ	:	Gaceta Jurídica
IIRJ	:	Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico (1992)
IP	:	Ius Publicum (U. Santo Tomás)
RCHD	:	Revista Chilena de Derecho (U. Católica de Chile)
RDJ	:	Revista de Derecho y Jurisprudencia
RDP	:	Revista de Derecho Público (U. de Chile)
P	:	Política (Instituto de Ciencia Política, U. de Chile)
TD	:	Temas de Derecho (U. Gabriela Mistral)
UFT	:	Revista de Derecho de la U. Finis Terrae

.....