

## HACIA UNA CONCEPCIÓN *COMPREHENSIVA* DE LA LIBERTAD ECONÓMICA UN PARADIGMA A DESARROLLAR\*<sup>-\*\*</sup>

TOWARDS A COMPREHENSIVE CONCEPT OF ECONOMIC FREEDOM  
A PARADIGM TO DEVELOP

JULIO ALVEAR TÉLLEZ\*\*\*

Profesor Derecho Constitucional  
Universidad del Desarrollo  
jalveart@udd.cl

*RESUMEN: El trabajo propone una concepción comprehensiva de la libertad económica. Este derecho debe garantizar la autonomía privada y el emprendimiento considerando siempre las exigencias del interés social que le son atingentes, particularmente tratándose de la libertad de empresa. Tales exigencias se formulan desde dos perspectivas complementarias: la de los estándares de bien común y la del derecho considerado en sí mismo, esto es, en su fundamento, contenido, objeto, naturaleza y límites.*

*ABSTRACT: This paper proposes a comprehensive concept of economic freedom. That right must protect private autonomy and entrepreneurship, considering related social interest requirements, particularly in the case of corporation rights. These requirements are formulated upon two complementary perspectives: the common good standards, and the right itself, that is, considering its foundation, content, purpose, nature and limits.*

*PALABRAS CLAVE: Libertad económica, nueva concepción comprehensiva, libertad de empresa.*

*KEYWORDS: Economic freedom, new comprehensive concept, Corporation rights.*

### I. ANTECEDENTES

La libertad económica fue concebida por el constituyente como una derivación del principio antropológico de la libertad del hombre y de su primacía sobre el Estado. Tal libertad se trazó originariamente como una proyección de la autonomía personal en el ámbito del desarrollo empresarial y productivo, convirtiéndose

---

\* Trabajo recibido el 4 de abril de 2014 y aprobado el 6 de mayo de 2015.

\*\* El presente artículo es producto de la investigación adscrita al Proyecto Fondecyt N° 11121218.

\*\*\* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Director de Investigación Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Abogado Universidad Diego Portales.

en una de las piezas esenciales del orden público económico chileno, junto a la propiedad privada, el modelo de Estado subsidiario, la igualdad impositiva y la disciplina fiscal y monetaria<sup>1</sup>.

Nuestra constitución económica<sup>2</sup>, innovadora en muchos puntos, no dejó de ser afectada, sin embargo, por una cierta falta de precisión. Formuló un estatuto jurídico de derechos económicos que ha sido uno de los puntales del desarrollo del país. Aseguró un estatuto para la libre iniciativa económica sin olvidar las condiciones legales de su ejercicio ni sus razonables límites extrínsecos. Empero, el texto constitucional no explicitó la relación que existe entre libertad económica y los derechos concurrentes de los otros agentes del proceso productivo, particularmente los trabajadores y los consumidores. Tampoco hizo mención a la libre competencia y al papel que desempeña en cuanto límite o garantía (según los casos) de la libertad económica de los más débiles. Ni consagró los vínculos entre libertad de empresa y bienestar general, pues el beneficio empresarial no se identifica siempre con la mejora simétrica de las condiciones de vida de la sociedad.

En otros términos, faltó al constituyente de 1980 una mayor especificidad en cuanto a identificar expresamente los distintos componentes del bien común hacia el cual la libertad económica se orienta, se retroalimenta y se finaliza en virtud de su propia naturaleza. Componentes que han sido identificados con bastante precisión por la doctrina comparada, según veremos oportunamente.

Estimamos que esta falta de explicitación plantea a la doctrina chilena nuevos desafíos, sobre todo de cara a los escenarios dramáticos que ha tenido que enfrentar la libertad de empresa en la llamada “sociedad posindustrial”, donde se expande la concentración del poder económico en importantes zonas del mercado, o donde el beneficio del empresario o del inversor puede planificarse y obtenerse afectando la utilidad del resto de los agentes económicos, o incluso dañando la economía real. Este nuevo modo de hacer negocios hace parte de lo que se ha denominado la noble cultura “líquida” del capitalismo<sup>3</sup>, cuyas patolo-

---

<sup>1</sup> Para una visión sistemática de los principios del orden público económico, FERMANDOIS (2011), pp. 83-117.

<sup>2</sup> Sobre la pertinencia de los términos “constitución económica” y “orden público económico” es conocido el debate en la doctrina chilena. Sin perjuicio de lo que más adelante anotamos, referimos aquí a FERMANDOIS (2006), pp. 27-75; FERMANDOIS (2010), pp. 25-46; NOGUEIRA (2010), pp. 13-23; LÓPEZ (2012) pp. 41-52 y CEA (2012), pp. 503-508.

<sup>3</sup> La discusión sobre la mutación del capitalismo es amplísima. Fue anunciada, entre otros, por BELL (1973, 1999), pp. 47-490. Una visión general, desde distintas sensibilidades y ángulos, en ALBERT (1997), pp. 159-

gías se han hecho ver en toda su magnitud en la crisis “sub-prime” de los Estados Unidos<sup>4</sup> y en la crisis del euro<sup>5</sup>.

En este trabajo emprendemos, en primer lugar, una revisión de la doctrina chilena sobre la libertad económica en sus relaciones con el bien común, precisando los aspectos de esta categoría que nos interesa resaltar, de cara al texto constitucional vigente, pero también pensando en las reformas que vendrán. A partir de aquello que ha sentado la doctrina chilena –en sus consensos, diferencias, aportes y carencias– propondremos una concepción de libertad económica que llamaremos “comprehensiva”, en cuanto pretende incluir en ella los vínculos jurídicos precisos que unen el interés económico del empresario con el interés social. En esta tarea integraremos *ad casum* aportes de la doctrina española y sentencias escogidas del Tribunal Constitucional chileno<sup>6</sup>.

## II. UNA REVISIÓN DE LA DOCTRINA CHILENA: LA LIBERTAD ECONÓMICA EN PERSPECTIVA

### 1. *Las dos posturas de nuestra doctrina*

Durante más de tres décadas, gran parte de la doctrina chilena se ha movido en la línea homogénea de cultivar la libertad económica como derecho de defensa ante las intervenciones del Estado, de precisar su coordinación con los principios liberales de la constitución económica, de verificar el sentido de sus prohibiciones, y de resolver su tensión con la regulación estatal, una vez que la actividad sobre la que recae debe respetar “las normas legales” que la disciplinan<sup>7</sup>.

---

171; RIFKIN (2000), pp. 9-55; BRUCKNER (2002), pp. 25-145; SENNETT (2006), pp. 32-200; FRIEDEN (2006), pp. 100-150; HARVEY (2010), pp. 1-214; BEAUD (2010), pp. 300-435; HA-JOON (2010), *in toto*.

<sup>4</sup> Un diagnóstico de la crisis, con particular atención a las anomalías del sistema financiero e inmobiliario en FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION USA (2011), especialmente pp. 27-231 y 389-409. Una visión más crítica en STIGLITZ (2010), pp. 25-400.

<sup>5</sup> Desde diferentes lecturas, BORRELL (2012), *in toto*; BAGUS (2012), *in toto*; ARIAS y COSTAS (2012), pp. 29-209. Su incidencia para el constitucionalismo, EMBID (2012), *in toto*.

<sup>6</sup> Los aportes de la doctrina española que utilizamos en este artículo se refieren principalmente a los componentes de la libertad económica. Ello, sin perjuicio de lo que España debe a la doctrina alemana y al desarrollo de la doctrina comunitaria europea, lo que en su caso también se indica.

<sup>7</sup> Sobre la concepción de libertad económica la bibliografía es inmensa. Sin intención exhaustiva, remitimos por orden cronológico a algunos escritos de referencia: BRUNA (1985), pp. 59-76; BULNES, (1985) pp. 149-165; HUIDOBRO (1988), pp. 98-116; CEA (1988), pp. 155-170, CUMPLIDO (1995), pp. 109-145; EVANS DE LA CUADRA (1999), pp. 140-145; DIEZ (1999), pp. 171-231; SILVA BASCUÑÁN (1997), pp. 51-54; NAVARRO

Hay, empero, algunos matices que formular al interior de esta línea. La configuración de la libertad económica como derecho negativo o de defensa, como espacio de autonomía frente al Estado es, en lo sustancial, una tesis pacífica en nuestra doctrina. Pero dado que no se trata de un derecho absoluto, la dificultad se impone a la hora de precisar sus vínculos con el resto de los elementos del orden público económico, suponiendo la delimitación coincidente de todos ellos. En ninguno de estos dos aspectos existe consenso.

Ello explica la existencia en nuestro país de al menos dos lecturas sobre la libertad económica, que podemos clarificar como sigue:

a) Una lectura “*objetiva*”, que tiende, en mayor o menor medida, a integrar las exigencias societarias de bien común a la noción de libertad individual, sea por la vía de los principios que componen el orden público económico (subsidiariedad-solidaridad, “servicialidad”, etc.), sea por la vía de los derechos fundamentales (armonización de la libertad económica con sus límites y con los derechos fundamentales de terceros). Hay un esfuerzo explícito por resolver la tensión que puede producirse entre el interés individual y el interés general, especialmente en las áreas de la economía donde el mercado se abre a la provisión de los bienes sociales.

b) Una lectura “*subjetiva*” que centra el estatuto constitucional de la libertad económica en el plano de la libre iniciativa, expresión de la creatividad y de la autonomía humana. Se denota una clara prevención contra todo tipo de regulación estatal, aún de aquella que invoca el interés general.

Analicemos ambas posiciones a través de sus autores más representativos. La lectura “objetiva” se manifiesta con nitidez en las obras de Evans (1999), Cea (1988), Díez (1999) y Nogueira (2010).

A partir de una lectura directa de la Comisión Ortúzar, Enrique Evans de la Cuadra concibe la libertad económica dentro de un contexto normativo de bien común donde resaltan los elementos regulatorios y limitativos<sup>8</sup>. Y en tres dimensiones principales. En primer lugar, el derecho a desarrollar “cualquier actividad económica” solo tiene significación jurídica y trascendencia práctica si las personas que la ejercen se someten “a las leyes que la regulan”, en el entendido que “regular

---

(1999), pp. 19-28; SOTO KLOSS (1999), pp. 119-128; CUEVAS FARREN (2006), pp. 1-32; NOGUEIRA (2010), pp. 29-44; FERMANDOIS (2011), pp. 117-217; BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 362-371; CEA (2013) pp. 525-529. Sobre el Estado empresario, BERTELSEN (1997), pp. 115-126; NAVARRO (2000), pp. 32-47; FERMANDOIS (2011), pp. 218-247; BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 371-382, entre otros.

<sup>8</sup> EVANS DE LA CUADRA (1999), pp. 140-200.

una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique *cómo puede realizarse*”, aunque no al extremo de obstaculizarla o impedirla<sup>9</sup>. Libertad y regulación no son, entonces, para Evans, dos espacios en conflicto en el que uno espera que el otro se desocupe para avanzar. Al contrario, la regulación es necesaria para el despliegue de la libertad.

En segundo lugar, el autor destaca que la obligación de respetar esta garantía se extiende no solo al Estado, sino también a todos los particulares que actúan en la economía nacional. De ahí la importancia sustancial de la legislación que sanciona las conductas contrarias a la libre y leal competencia<sup>10</sup>. Finalmente, Evans destaca la importancia de las prohibiciones: no pueden desarrollarse actividades económicas que contraríen la moral, el orden público o la seguridad nacional<sup>11</sup>.

José Luis Cea, en una obra publicada a finales de la década de los ochenta, concibe la libertad económica en función de un orden más amplio de principios, normas y valores. Se trata de la “constitución económica”, componente cardinal para el adecuado funcionamiento del sistema político<sup>12</sup>. La libertad de empresa, junto a los otros derechos de contenido económico y social, tienen una dimensión normativa irrenunciable: hacen parte del “orden público económico”. En primer lugar, constituyen “el marco jurídico básico en el que se desenvuelve la gestión económica de los individuos, grupos intermedios y el Estado para el bien común, con igualdad de oportunidades reconocidas a los sujetos de la economía”<sup>13</sup>. Son espacios de inmunidad frente al Estado, pero también de colaboración con el bien común. De ahí que el orden público económico deba armonizar las libertades económicas con la protección de los intereses sociales, a través de la articulación razonada de principios complementarios y la concesión de potestades regulatorias a los órganos del Estado, según los casos<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> EVANS DE LA CUADRA (1999), p. 141.

<sup>10</sup> EVANS DE LA CUADRA (1999), p. 141.

<sup>11</sup> El autor anota juiciosamente que, “corresponderá a los tribunales pronunciarse acerca de la procedencia o improcedencia de ejecutar actos que sean objetados por afectar los bienes jurídicos señalados”. EVANS DE LA CUADRA (1999), pp. 141-142.

<sup>12</sup> CEA (1988), pp. 155-180.

<sup>13</sup> CEA (1988), p. 157.

<sup>14</sup> Junto al principio de libertad en materia económica hay que atender a los principios de subsidiariedad, de igualdad de oportunidades, de prohibición de la discriminación arbitraria, de racionalidad de la política económica y de bien común (como fin del Estado), entre otros. CEA (1988), pp. 167-176.

La libertad económica es, en consecuencia, pieza de una composición más extensa, y su significado jurídico no se agota con la satisfacción del interés individual de su titular. Hay que atender a los límites representados por las libertades individuales de terceros, a las libertades asociativas y más ampliamente a las exigencias de bienestar general a las que se ordena la economía<sup>15</sup>. Ello permite incluso la intervención de la autoridad en el mercado a fin de eliminar sus efectos disfuncionales<sup>16</sup>.

En la visión de Cea, el instrumento técnico de la regulación es parte esencial del concepto de orden público económico<sup>17</sup>. El problema es que parece ampliarse más allá del concepto especificado por Evans: ya no se trata de ordenar la actividad de acuerdo a sus propios fines, sino de delimitar la legitimidad o no de dichos fines a la luz de determinados criterios trascendentes de interés general<sup>18</sup>. En obras posteriores, el profesor Cea parece haber matizado su postura en este punto, al deslindar la regulación en términos análogos a los de Evans<sup>19</sup>, y al subrayar el rasgo supletorio de la intervención estatal, sea en el ámbito de la regimentación de la iniciativa privada, sea en el de la contracción de las actividades empresariales<sup>20</sup>.

Sergio Díez también concibe la libertad económica al interior de un contexto jurídico-político más amplio<sup>21</sup>. Primariamente, resalta el fundamento histórico-ideológico del orden público económico. Más allá de su vertiente regulatoria, su finalidad principal es “agrupar determinadas garantías económicas” a fin de

---

<sup>15</sup> CEA (1988), pp. 155-168.

<sup>16</sup> CEA (1988), p. 165.

<sup>17</sup> El “Orden Público Económico” es “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”. CEA (1988), p. 158.

<sup>18</sup> Fernandois ha controvertido el postulado de que la potestad estatal regulatoria es parte esencial del orden público económico. En lo sustancial sostiene que la noción de “orden público” debe ser superada por la de “constitución económica”, que se articula en torno a la confianza en la libertad y no en la intervención estatal. Desde un punto de vista dogmático, objeta además que la centralidad que se asigna a la regulación legal (y, en su caso, a la regulación administrativa cuando complementa o pormenoriza lo dispuesto por el legislador) puede terminar afectando el papel esencial de la libre iniciativa, cuyos principales movimientos deben estar entregados al titular del derecho y no al Estado. La crítica se extiende también a Roberto Guerrero del Río, y con matices, a Víctor Manuel Avilés. FERNANDOIS (2011), pp. 58-63, 69-75.

<sup>19</sup> CEA (2013), p. 504.

<sup>20</sup> CEA (2013), p. 526.

<sup>21</sup> Díez (1999), pp. 171-248.

impedir la “influencia desmedida del poder económico de los Estados”, en cuanto ésta destruye la libertad, base de la democracia<sup>22</sup>. La libertad económica es una de esas garantías.

En la exposición del autor hay que destacar la conceptualización de dos principios, que hoy suelen ser mal entendidos. En primer lugar, el principio de subsidiariedad. Este entrega a la iniciativa privada el impulso del desarrollo económico y empresarial, pero también exige que las necesidades sociales básicas –alimentación, salud, vivienda, y tantas otras– deban contar para su provisión con la ayuda extraordinaria (subsidio) del Estado, especialmente tratándose de los más pobres. La cara correlativa de la subsidiariedad es la solidaridad, según recuerda la doctrina social de la Iglesia, a la que Díez alude.

En segundo lugar, el principio de servicialidad, que permite encuadrar la libertad económica dentro de una economía que no está al servicio del Estado ni al servicio exclusivo del lucro, sino de la persona<sup>23</sup>. Elementos todos que moldean la libertad económica dentro de un modelo humanista, más allá del campo meramente utilitario.

En este ámbito, nos parece que es el profesor Humberto Nogueira quien con mayor rigor se ha detenido a precisar los distintos componentes de lo que hemos denominado lectura “objetiva” de la libertad económica<sup>24</sup>.

Nogueira distingue entre orden público económico y constitución económica, connotando que la primera incluye, además de los derechos subjetivos de orden constitucional, el conjunto de normas legales que regulan la actividad económica, así como las normas reglamentarias que las complementan. La libertad económica debe comprenderse integrada, según su zona de actividad, dentro del ordenamiento jurídico económico en su conjunto, en todo el ámbito de sus regulaciones, sea básica y general, sea de policía y buen gobierno, sea económica *stricto sensu*<sup>25</sup>.

El autor destaca que tanto la constitución económica como el orden público en el que la libertad particular se inserta tienen como fundamento la dignidad de la persona humana y el desarrollo de un proyecto de vida digno, con igualdad de

---

<sup>22</sup> Díez (1999), pp. 173, 176.

<sup>23</sup> Díez (1999), pp. 197-200.

<sup>24</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 11-46.

<sup>25</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 13-22, 38-39. Una primera distinción entre orden público económico y constitución económica, en CUMPLIDO, p. 130 y CEA (1988), pp. 158-159, a quienes el autor refiere.

oportunidades para participar en la vida económica, social y cultural del país. Lo que implica superar la “impostación puramente patrimonialista de las relaciones económicas, considerando el perfil social de la actividad económica, que no se rige únicamente por el interés individual, el cual es atemperado por el rol del Estado de asegurar el bien común y los derechos fundamentales (de contenido socio-económico)” que posibilitan la “vida digna”<sup>26</sup>.

En consecuencia, tanto la libertad como la regulación hacen parte de la constitución económica, en un sano equilibrio complementario. Por una parte se han de resguardar los derechos patrimoniales, cuyo contenido esencial está garantizado constitucionalmente. Por otra, no se pueden preterir las normas reguladoras que traducen el deber del Estado de asegurar y promover el bien común, al interior del cual se encuentran los derechos sociales, y a modo de finalidad subsecuente, la existencia digna de las personas.

Es interesante observar cómo el profesor Nogueira “des-subjetiviza” la libertad del artículo 19 N° 21, utilizando el expediente de lo que podríamos denominar regulación legal necesaria. Parece decirnos que ésta es siempre imprescindible: se requiere tanto para establecer los límites del derecho en cuestión como para sostener su propio despliegue. Así, atendiendo al espacio en que se desarrolla (el mercado), la libertad económica se configuraría como una libertad de concurrencia dentro de dicho espacio. De ahí la importancia de la legislación de defensa de la competencia. Por otra parte, como el mercado se extiende a sectores de la economía que refieren a bienes no económicos o que inciden en otros derechos fundamentales, la regulación estatal destinada a preservar dichos bienes y derechos se justifica por sí misma. Piénsese en la regulación del pluralismo informativo, en los estándares de calidad de la educación, en la protección del medioambiente, en la defensa del consumidor, en la legislación laboral y de seguridad social, etc.

En la obtención de beneficios puramente lucrativos, también la libertad económica debe someterse a las regulaciones jurídicas. Esta vez en los distintos niveles que reglamentan la actividad específica de que se trata. Amén de los límites que asimismo imponen los derechos fundamentales, las exigencias del bien común y los que corresponden a las directrices generales de la política económica de cada gobierno<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 12-13.

<sup>27</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 31, 37-43.

Podría pensarse que esta marea de regulaciones resulta un peso agobiante para la libre iniciativa, al menos si se la aprecia en una visión de conjunto. Sin tocar abiertamente la dificultad, Nogueira resalta que el principio de subsidiariedad que garantiza la autonomía del individuo y los cuerpos intermedios frente al Estado tiene también una dimensión activa, que se ha olvidado especialmente en el ámbito económico y social. Se traduce en el deber estatal de proteger a las personas y grupos débiles frente a los más fuertes, así como de suplir a los particulares cuando éstos no realizan eficazmente su labor de colaboración con el bien común<sup>28</sup>.

En la doctrina chilena hay otros ensayos notables para anudar el interés personal con el interés general, sea en el ámbito genérico de los derechos fundamentales (como elementos del bien común<sup>29</sup> o del Estado social<sup>30</sup>), o más particularmente en el área de los derechos económicos (cuando éstos se conjugan con las exigencias sociales del sistema internacional de derechos humanos<sup>31</sup>), o de la libre empresa (cuando se visualiza unida a la libre competencia<sup>32</sup>, e incidentalmente al mercado<sup>33</sup>).

En sus diversas dimensiones, esta lectura “objetiva” provoca algunos problemas a la hora de pesar el rol que le cabe a la regulación estatal en el desarrollo de la libertad económica. Pareciera que se da por sentado que las libertades individuales exigen, en mayor o menor medida, una regulación “nativa”<sup>34</sup>. Es decir, aquellas debieran plegarse necesariamente a ciertos condicionamientos generales previos (a definir en cada rubro económico). La libre iniciativa, desde su nacimiento, requeriría ser canalizada por una norma estatal que, al disciplinarla, de alguna manera se sobrepondría a ella. De ahí que para estos autores, la regulación sea un componente esencial del orden público económico.

---

<sup>28</sup> NOGUEIRA (2010), p. 32.

<sup>29</sup> EVANS (2001), pp. 227-237; PRADO (2007), pp. 61-90.

<sup>30</sup> SOLARI (1993), pp. 333-344.

<sup>31</sup> NOGUEIRA (2009), pp. 143-205.

<sup>32</sup> NAVARRO (2003), pp. 67-78; VALDÉS (2006), pp. 121-136.

<sup>33</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 362-363.

<sup>34</sup> Suplementariamente, y desde la noción de orden público económico, es, con diversos matices, la idea que parece desprenderse de los trabajos de GUERRERO (1979), pp. 79-94; DOUGNAC (1986), pp. 6-12; IRARRÁZAVAL (1987), pp. 97-115; CEA (1988), pp. 155-180; CEA (1991), pp. 18-32; NAVARRO (1997), pp. 117-142; CEA (2013), pp. 503-506.

El Prof. Nogueira, sin embargo, escapa a esta crítica, pues en sus trabajos cuida expresamente que la autonomía protegida por el derecho sea respetada por la regulación que incide en su ejercicio legítimo, apareciendo ambas en conjunción complementaria en pro de los intereses individuales y sociales<sup>35</sup>.

Otro sector de la doctrina, el que representa lo que hemos llamado lectura “*subjetiva*” de la libertad económica, problematiza, en general, el rol de la regulación, al menos como elemento esencial del orden público. La regulación exige ser “domesticada” fijando, en lo posible, grados mínimos de intervención normativa. El derecho subjetivo necesita de menos regulación y de más garantía de expansión<sup>36</sup>.

De la lectura “subjetiva” son representativas las obras de Aróstica (2001), Fermandois (2010), Fermandois (2011), y Bronfman, Martínez y Nuñez (2013), donde se presta particular atención al concepto de libertad de empresa desde el ángulo de la tensión que se produce entre su ejercicio y los canales de intervención y regulación estatal.

El Prof. Fermandois recoge la veta doctrinaria consagrada en las últimas décadas, profundizando la visión de la libertad económica como expresión de la autonomía individual, base de una sociedad abierta, con algunas variantes en torno al concepto de orden público económico y al papel de la regulación<sup>37</sup>.

Fermandois, a fin de resaltar el aspecto libertario de los derechos económicos, objeta el uso del término “orden público económico”, en cuanto lastra una concepción político-jurídica centrada en la regulación estatal y no en el principio de libertad y subsidiariedad. Si dicha categoría nació para limitar la autonomía de la voluntad en el área del derecho privado, hay que destacar que la Constitución de 1980 invirtió los términos, al reconocer en la persona una supremacía ontológica sobre el Estado, lo que implicaría evacuar el poder estatal del ámbito de los cuerpos intermedios. De ahí que en materia económica el poder del Estado exista solo por excepción, dentro de los límites de una actuación subsidiaria<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 32 y 37-29.

<sup>36</sup> Es la noción primeramente explorada por FERMANDOIS (2000), pp. 63-78.

<sup>37</sup> FERMANDOIS (2011), pp. 27-248 y FERMANDOIS (2010), pp. 25-91.

<sup>38</sup> FERMANDOIS (2011), pp. 51-62 y 69-75; FERMANDOIS (2010), pp. 25-45, a propósito de Ripert. Esto explica el uso preferente del término “constitución económica” en tanto connota que la regulación es una herramienta no esencial al orden público. Lo esencial es la realización de la persona a través de la contribución

De esta doctrina aflora necesariamente un concepto de libertad económica de contenido “vasto e indefinido”, como literalmente dice el autor, determinable solo a partir de la propia creatividad del empresario<sup>39</sup>. Sin embargo, se reconoce que por imperativo del texto constitucional nos encontramos frente a una libertad regulada. Por los límites “extrínsecos” fijados por el artículo 19 N° 21 y, más problemáticamente, por los “intrínsecos” de naturaleza legal o jurisprudencial<sup>40</sup>.

A nuestro juicio la visión del profesor Fermanois es meritoria desde el punto de vista teórico, pero en la práctica se vuelve problemática, por la falta de acento en los aspectos regulatorios que sirven al interés general. En el foro, por ejemplo, existe una arraigada tendencia a concebir la libertad económica únicamente como derecho de defensa, como facultad de no intervención, bajo cuyos parámetros la norma legal solo se reduciría a facilitar el emprendimiento individual y la voluntad subjetiva de lucro. Ello es claro en sede de amparo económico, donde es habitual deducir la acción con el objeto de favorecer una libre iniciativa poco deferente con el principio de juridicidad. Al menos en tres niveles: (a) en el deber de respeto al ejercicio legítimo de la libertad económica de terceros, (b) en el deber de respeto al ejercicio legítimo de otros derechos fundamentales concurrentes; (c) en el deber de sujeción al estatuto legal regulatorio de la actividad económica en que la libre iniciativa ha de ejercerse<sup>41</sup>.

Por su lado, y desde el ángulo del derecho administrativo, el prof. Aróstica resalta cómo el estatuto jurídico de la libre iniciativa y el retraimiento del Estado empresario han sido puntales del desarrollo del país<sup>42</sup>. El fenómeno jurídico de la privatización de las empresas públicas y de las sociedades estatales junto al reconocimiento de la titularidad privada originaria sobre todas las actividades

---

libre de todos los agentes económicos. FERMANDOIS (2010), pp. 25-46; FERMANDOIS (2011), pp. 71-75. Sin embargo, ha de observarse, que la libertad económica, aún cuando se la conciba como un estricto derecho de no intervención estatal, no puede prescindir del concepto de regulación. Toda actividad económica la supone, en mayor o menor medida. El propio autor, en lo sucesivo, revisando en concreto su función, destaca el grado de intensidad permitido por la Constitución. FERMANDOIS (2010), pp. 46-91. Sobre la doctrina de la “reserva legal poderosa” que propone, FERMANDOIS (2011), pp. 156-163.

<sup>39</sup> FERMANDOIS (2011), pp. 125-127.

<sup>40</sup> FERMANDOIS (2011), pp. 124-125 y 128-131.

<sup>41</sup> La constatación, acompañada de un balance de la jurisprudencia del amparo económico (1990-2012), en ALVEAR (2013a), pp. 192-208 y 210-211.

<sup>42</sup> ARÓSTICA (2001), pp. 13-136.

económicas (que de *iure proprio* y *ab initio* pertenecería a los particulares) prefijan una clara defensa de la libertad empresarial como derecho de no intervención, derecho que florece “de espaldas al estatismo”, como sostiene gráficamente el autor<sup>43</sup>.

Estas “espaldas al estatismo” expresa certeramente la axiología del constituyente respecto al contenido negativo (de no intervención) de la libertad económica, en sí mismo considerado. Recoge también la especial preocupación de la doctrina por la tensión que puede producirse entre su ejercicio y los canales de la regulación. De ahí el notable recelo ante una jurisprudencia tentada a no resolver adecuadamente dicha tensión, en el sentido de garantizar la autonomía en la mayor medida de lo posible, sea en sede de protección, sea en sede de amparo económico<sup>44</sup>.

En línea análoga a la precedente, aunque con relevantes diferencias de matices, podemos encuadrar el trabajo de Bronfman, Martínez y Nuñez<sup>45</sup>. Los autores constatan la intención del constituyente de hacer primar la libre iniciativa (el emprendimiento privado), reduciendo la actividad empresarial del Estado a una excepción. Ambos incisos del artículo 19 N° 21 son, por tanto, correlativos. En dicho contexto, conciben el orden público económico como un conjunto de libertades personales para intervenir en la economía, de tal manera que el derecho en comento es, en realidad, “la suma reforzada de otros derechos” en esta área de la actividad humana. Su contenido es amplísimo e indefinido –“cualquiera actividad económica”–, pero se concreta al interior del mercado, en esa libertad para ofrecer o intercambiar bienes o servicios a cambio de un precio. De lo precedente, los autores deducen que el lucro es esencial a la noción de libertad económica.

La delimitación constitucional del contenido de este derecho viene dado por la moral, el orden público y la seguridad nacional, de acuerdo a la doctrina común<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> ARÓSTICA, Iván (2001), pp. 31-48 y 71-86.

<sup>44</sup> Entre los estudios críticos destacan SOTO KLOSS (1993), pp. 105-136; ARÓSTICA (1995), pp. 7-14; ERRÁZURIZ (2002), pp. 441-447; VARAS (2002), pp. 307-316; HERNÁNDEZ (2010), pp. 443-463; NOGUEIRA (2010), pp. 7-27; ALVEAR (2013a), pp. 167-220. En lo descriptivo son de referencia EVANS DE LA CUADRA (1996), pp. 49-61; VEGA y ZÚÑIGA (1997), pp. 9-45; NAVARRO (1998), pp. 77-93; NAVARRO (1998), pp. 185-195; VARAS (1998), pp. 45-70; GUZMÁN (1999), pp. 49-68; NAVARRO (2001), pp. 451-468; NAVARRO (2007), pp. 99-119; GÓMEZ (2009), pp. 97-118. En amparo económico los estudios más completos son los de URETA (1997), y JAEDERLUND (1999), pero requieren ser actualizados.

<sup>45</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 362-390.

<sup>46</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 362-382.

Sin embargo, al identificar “libertad” con “emprendimiento”, se resalta quizás en demasía el aspecto subjetivo de la libertad analizada, quedando obliterados los elementos que la vinculan más directamente con el bien común.

## *2. Balance de las dos posturas*

En su conjunto, el balance de ambas lecturas –la “objetiva” y la “subjetiva”– es positivo, siempre que las visiones se complementen mutuamente, al menos en lo sustancial. Por una parte, es indudable que la libertad económica considerada en sí misma, como derecho fundamental que deriva de la dignidad humana, es un derecho de autonomía y de defensa frente al Estado. Pero, dado que no es un derecho absoluto, está sujeta en cuanto a su ejercicio a los vínculos explícitos o implícitos que exija su armonización con los intereses del bien común. El problema es concordar cuáles son esos vínculos de acuerdo a nuestra dogmática constitucional, una vez que los límites y prohibiciones establecidos por la Constitución no logran evitar la disonancia entre el interés individual lucrativo y el interés general.

Al respecto, se pueden sentar los siguientes estándares:

a) Un concepto de libertad de empresa ligado únicamente a su faceta negativa (defensa frente a las intervenciones del Estado) es notoriamente incompleto. Una noción integral (y por tanto, de contenido positivo) debe saber resolver la siguiente disyuntiva: la libertad empresarial ¿se contrapone al logro de los bienes sociales esenciales o concurre a ellos desde el espacio de la autonomía privada?

b) Si la libertad económica adopta como principal referente el emprendimiento, corre el riesgo de no atender en la misma proporción –he ahí el problema– a las normas de carácter trascendente que rigen o debieran regir su actividad. En términos dogmático-constitucionales, hay que fundamentar más a fondo la doctrina común de que no todo ejercicio de la libre iniciativa económica es legítimo, dado que, en principio, debe atenerse a las normas legales que regulan cada rubro de actividad. En este ámbito la regulación no es “enemiga” del derecho, sino por el contrario es ordenadora y tutelar. En el caso de los llamados “mercados regulados”, la regulación, por su propia naturaleza, es más intensa y asume además un rol configurador o definidor del derecho.

c) La libertad de empresa está unida por un vínculo esencial al mercado. La actividad empresarial supone siempre organización de factores de producción en términos jurídicos, al servicio de un objetivo: la producción o mediación

de bienes y servicios *para* el mercado<sup>47</sup>. El “para” no hay que olvidarlo, pues conceptualmente la libertad de empresa es un derecho fundamental de acceso al ámbito del mercado, no un derecho a que ese ámbito se regule de una manera determinada<sup>48</sup> a fin de que el empresario pueda sacar dentro de él el mayor lucro posible, a cualquier costo y por cualquier medio. El mercado tiene sus reglas que el empresario debe respetar.

Por otro lado, cuando hablamos de “mercado” entendemos que es un ámbito de intercambio de bienes y servicios que debe operar al interior de una economía *social* de mercado, y no de una economía *liberal* de mercado<sup>49</sup>.

En nuestro país se habla indistintamente de economía de mercado, economía de libre mercado o economía social de mercado. En realidad, es la economía *liberal* de mercado el sistema que se ha venido aplicando en Chile<sup>50</sup>.

Sobre el punto, es oportuno recordar que autores como Fernandois controvierten la tesis de que la Carta de 1980 haya constitucionalizado un sistema o un modelo económico determinado, remitiendo el problema a la delimitación técnica que estos conceptos tienen en las ciencias económicas<sup>51</sup>. Resulta, sin embargo, indiscutible que en la actual Constitución hay una opción económica

---

<sup>47</sup> Para el desarrollo de esta doctrina, CIDONCHA (2006), pp. 121-174.

<sup>48</sup> DÍEZ-PICAZO (2008), p. 538.

<sup>49</sup> Los términos “social” o “liberal” resultan en muchos aspectos convencionales. Las diferencias dependen en gran parte del ángulo de análisis. Con una distinción ya clásica ALBERT (1997), pp. 97-102, opone el modelo neamericano de los Estados Unidos (“liberal”) al modelo del Rhin (“social”), fundándose en el lugar que ocupa el mercado en la sociedad (o la garantía de seguridad social) para satisfacer las necesidades esenciales de la población. THURLOW (1996) distingue entre el modelo del Rhin, el modelo anglosajón (a partir de la era Reagan y Thatcher, aunque con diferencias entre ambos) y el modelo japonés, según el compromiso comunitario o individualista del Estado. Los modelos no se han mantenido estáticos. Primero la globalización y después el escenario de crisis económica mundial han relativizado en las dos últimas décadas las diferencias entre estos modelos dentro del género economía de mercado, en beneficio del paradigma neo-americano. Una delimitación conceptual en ALVEAR (2014), pp. 258-260, con la propuesta de considerar al “neo-capitalismo” como referencia definitoria de la economía liberal de mercado contemporánea (pp. 241-244).

<sup>50</sup> FRICKHÖFFER (1982), pp. 89-98, sostuvo en su época que las bases de la economía de mercado instaurada en Chile se asimilaban a las de la economía social en Alemania, por su alto grado de flexibilidad, productividad y racionalidad. LAZCANO (2008), pp. 168-169, rechaza la similitud dado el influjo de la Escuela de Chicago en el modelo chileno. Yáñez (2001), pp. 7-9, niega que se pueda hablar de economía social de mercado en Chile, pues pese al progreso económico, los avances en aquella dirección no son sustanciales en ninguna de las materias relevantes, como difusión de la propiedad, vivienda, salud, seguridad social, relación empresarios-trabajadores, equidad en el ingreso.

<sup>51</sup> FERNANDOIS (2006), pp. 39-41.

fundada en la libertad de empresa, la propiedad privada y el Estado subsidiario, entre otros principios, como se ha recordado recientemente<sup>52</sup>. Dichos principios establecen un marco regulatorio para el funcionamiento de una economía de mercado. Pero es un marco bastante flexible. De ahí la actual discusión sobre el carácter “neo-liberal” de la Constitución de 1980<sup>53</sup>.

Más allá de la discusión, en la que no podemos entrar aquí, lo que se denomina “economía social de mercado” parece más coherente con los valores humanistas de nuestra Constitución, pues no distorsiona, como su versión liberal o individualista, el principio de subsidiariedad ni impide el principio de solidaridad<sup>54</sup>. Exige, en todo caso, que la libertad económica, al tiempo de servir al interés individual, sirva también al bien común, al interior de un mercado sujeto no solo al juego de la utilidad de los empresarios particulares, sino también a las obligaciones de compensación social de quienes son más débiles en el poder de compra, especialmente tratándose de bienes esenciales<sup>55</sup>.

d) El “lucro” –jurídicamente, el derecho al beneficio–, aunque sea un objetivo natural a la empresa, no define su sentido último, como veremos.

e) Hay que fortalecer la correlación que enlaza la libertad económica de un individuo con la libertad económica de terceros al interior del mercado. De ahí la necesidad de una legislación apropiada de defensa del mercado y de la competencia, la que debe ser real, libre y suficiente. El respeto por la competencia es un deber connatural al ejercicio de la libertad empresarial, y no puede escindirse de ella, como un elemento meramente accidental<sup>56</sup>.

f) La libertad empresarial concurre con los derechos del resto de los agentes económicos al interior del proceso productivo. Tal libertad está inserta en dicho proceso y es inseparable de él. De ahí que tan importante como el respeto a la libre iniciativa de los dueños del capital sea la satisfacción oportuna de los derechos de los trabajadores (especialmente el “salario justo”, las condiciones laborales

---

<sup>52</sup> RIVERA (2014), pp. 189-212.

<sup>53</sup> La más reciente contestación a la imputación de “neoliberalismo” es de FERMANDOIS (2014), pp. 213-242, sobre la base de un análisis del desarrollo de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

<sup>54</sup> Hemos tratado este punto en ALVEAR (2013b), pp. 155-160. También lo destaca NOGUEIRA (2010), p. 32.

<sup>55</sup> Un ejemplo en materia de salud en ALVEAR (2013b), pp. 160-166.

<sup>56</sup> En nuestro medio, NOGUEIRA (2010), p. 32, es quien indica, por primera vez, con toda claridad, el vínculo entre libertad económica y mercado, y libertad económica y defensa de la competencia.

y la adecuada protección social), así como la protección de los derechos de los consumidores.

Este esquema, según profundizaremos a continuación, es compatible con el actual estatuto constitucional de la libertad económica. Aunque en el futuro sería de desear una referencia explícita en la Constitución a los elementos anteriores, a fin de forzar al legislador a desarrollarlos y concretarlos con mayor pulcritud.

Sin perjuicio de lo que queda dicho, se ha de constatar la existencia de un surco doctrinario que ha sido minoritario en el tiempo y que formula su juicio sobre la libertad económica desde una postura crítica a la Carta fundamental. Se afirma, desde el punto de vista político, que el orden público económico y la libertad de empresa en particular refieren a un modelo privatista que fue impuesto a partir de mediados de la década de los setenta sin el consentimiento de todos los chilenos. Además, y mirando las cosas desde el ángulo de los derechos fundamentales, el estatuto de la libertad económica adolecería, por obra del principio de subsidiariedad, de un solipsismo inaceptable, que le impide ser armonizado con otros derechos de carácter social o con las obligaciones mínimas de solidaridad del Estado. El sentido “social” de la libertad de empresa solo sería posible, se pleitea, modificando o sustituyendo su actual estatuto constitucional. Y ello por dos vías complementarias: demoliendo el principio de subsidiariedad o expandiendo la intervención directora del Estado en el ámbito económico, fundado en el paradigma de un nuevo “Estado social”<sup>57</sup>.

De aquí parten las propuestas de “Nueva Constitución” en la materia, aún no del todo desarrolladas<sup>58</sup>. No es el momento de analizar aquí estos proyectos.

---

<sup>57</sup> Los intentos de darle un distinto sentido a la libertad económica se han formulado, en su mayoría, desde posiciones críticas a la filosofía constitucional vigente, particularmente respecto del principio de subsidiariedad. En este ámbito se encuentran interesantes trabajos como los de RUIZ TAGLE (2000), pp. 48-65; SCHURMAN (2006), pp. 217-229; TIRONI (1987), pp. 171-185; VALLEJO y PARDOW (2008), pp. 135-156; e indirectamente FIGUEROA (2009), pp. 587-620. Más recientemente, VIERA (2013), *pássim*, y a nivel divulgativo, en el contexto de la crítica al “modelo económico” chileno, ATRIA *et al.* (2013), pp. 283-292.

<sup>58</sup> La articulación entre Estado social, solidaridad y deber de satisfacción de las necesidades públicas ha quedado plasmada en el PROGRAMA DE GOBIERNO DE MICHELLE BACHELET (2014-2018), p. 33. Sin embargo, el documento da una gran importancia a la economía fundada en el mercado. De hecho, todas las normas correctivas de sus fallas corresponden a lo que en doctrina se denominan técnicas “conforme” al mercado. El elenco es de interés y bastante completo. *Ibid.*, pp. 60-61.

### III. NUESTRA PROPUESTA: UNA VISIÓN *COMPREHENSIVA* DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

#### 1. *Los estándares de delimitación y sus dificultades*

Con lo expuesto precedentemente se puede componer una concepción *comprehensiva* de la libertad económica, que considere -insistimos en ello- no solo el derecho en sí mismo sino también sus vínculos esenciales con los elementos del bien común que le son atingentes. Los estándares que resultan de tal concepción son los siguientes:

a) El ejercicio de la libertad económica requiere de una regulación ordenadora y tutelar que garantice la libre iniciativa del empresario, sin merma del interés general.

b) La libertad económica, especialmente en su faceta de libertad de empresa, es un derecho que finaliza en el mercado, por lo que debe someterse a sus reglas.

c) Dichas reglas han de realizarse en los marcos de una economía *social* de mercado, donde rige no solo la lógica del beneficio particular de los agentes económicos, sino también la lógica de la compensación social. Jurídicamente los principios de subsidiariedad en su sentido activo y de servicialidad-solidaridad encuentran en este ámbito económico su plena operatividad.

d) La libertad económica garantiza ampliamente el ejercicio de actividades de producción y distribución de bienes y servicios (para el mercado), se realicen o no con ánimo de lucro.

e) El ejercicio de la libertad económica exige el deber de respetar la libertad de terceros, por lo que le es esencial una defensa apropiada de la real, libre, y suficiente competencia.

f) La libertad económica, particularmente la libertad de empresa, debe concurrir armónicamente con los derechos del resto de los agentes económicos que son protagonistas del proceso productivo, particularmente los trabajadores y los consumidores.

Frente a estos estándares se avizoran al menos dos dificultades. Es necesario que las resolvamos previamente, a fin de delimitar bien la concepción *comprehensiva* de la libertad económica.

La primera dificultad es de orden económico. El ejercicio de la libertad de empresa parece quedar sujeto a una serie de requisitos extrínsecos que pueden incidir negativamente en las proyecciones de incentivos y costos del empresario. Ello podría afectar en mayor o menor medida el contenido esencial del derecho, al condicionar desmedidamente la libre iniciativa.

Segunda dificultad. Remite propiamente a una cuestión de constitucionalidad: la posibilidad de establecer para la libertad económica más límites o prohibiciones que lo que el texto constitucional vigente soportaría a primera vista. Con lo que se ahogaría un derecho que en el espíritu del constituyente debiera expandirse con mínima intervención legislativa del Estado.

Al respecto, hay que reconocer lo siguiente: si permanecemos en los horizontes de lo que hemos llamado lectura “subjetiva” del texto constitucional las dos dificultades quedan sin solución. Pues, por un lado, los estándares propuestos vinculan algunos elementos de la libertad económica a criterios objetivos, canalizando la libre iniciativa particular en ciertas direcciones (de bien común), respecto de las cuales deja de ser autónoma. Por otro lado, tales estándares, de contenido positivo, no aparecen en el texto constitucional, por lo que bien podría interpretarse que a nivel doctrinario efectivamente se está imponiendo al derecho en análisis más cortapisas que las permitidas por la Constitución.

Sin embargo, desde una lectura “objetiva” se puede reafirmar que la noción misma de libertad económica contenida en el inciso primero del artículo 19 N° 21 incluye implícitamente, por deducción lógica, los criterios referidos. No es razonable admitir que un derecho de contenido económico pueda ser ejercitado vulnerando el bien común y los derechos de terceros. Sobre todo si además se tienen en cuenta el juego interpretativo de los principios de bien común, subsidiariedad (activa) y de servicialidad-solidaridad del Estado consagrados en el artículo 1° de la Carta fundamental. Y suplementariamente, en lo que cabe, la correlación del artículo 19 N° 21 con otras disposiciones constitucionales.

## *2. Propuesta de una concepción comprehensiva de la libertad económica*

El vínculo entre libertad económica y bien común es necesario no solo en razón de la exigibilidad de este último. El concepto mismo de libertad individual requiere del ajuste entre ambos elementos.

En otros términos, es necesario que los distintos vínculos existentes entre la libertad económica y las exigencias de bien común sean correlacionados con los diversos elementos internos del derecho en análisis, a saber, su *fundamento*, *naturaleza*, *contenido*, *objeto* y *límites*. De lo contrario se corre el riesgo de afectar el esencial espacio de autonomía individual que garantiza este derecho, cual es el justo temor de aquel sector de la doctrina nacional que hemos encasillado bajo el epíteto de lectura “subjetiva”.

Es la tarea que emprendemos a continuación, utilizando, cuando sea oportuno, algunas sentencias del Tribunal Constitucional chileno. No es nuestro interés formular una visión de conjunto de su doctrina, ni menos realizar un balance jurisprudencial<sup>59</sup>. Nuestro objetivo es más modesto: servirnos de algunas sentencias pertinentes a fin de desarrollar nuestra propia propuesta, con la ayuda, donde cabe, de la doctrina chilena y, en su caso, de la española.

### *2.1. El fundamento de la libertad económica en tres principios*

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) considera que los fundamentos de la libertad económica se anclan en los principios “*filosófico-jurídicos*” contenidos en el Capítulo I de la Constitución 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*”<sup>60</sup>.

Para efectos prácticos, el Tribunal toma el concepto de “libre iniciativa” como equivalente al de “libertad económica”<sup>61</sup>, aunque, en rigor, como se sabe, el primero es solo su elemento genérico. El fundamento queda configurado por tres principios: a) el principio de *primacía-libertad* de los particulares, b) el principio de *subsidiariedad*, como criterio orientativo de la actuación/intervención del Estado, y c) el principio de *bien común*, formulado aquí por la vía de la exigencia de *igualdad de oportunidades*.

Vemos, en consecuencia, que los principios y nociones que componen el fundamento filosófico jurídico de la libertad económica son correlativos: la libre iniciativa supone la subsidiariedad, y ambas revelan el principio de primacía de la persona en concurrencia con el bien común, sea que este se manifieste en la igualdad de oportunidades o en otras facetas.

Consideremos algo más detalladamente estos tres principios.

a) El principio de *primacía-libertad* parece claro, pero tiene su complejidad. Por de pronto, a nivel de fundamentos del derecho, no parece que pueda ser

<sup>59</sup> Como se sabe, el TC se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la libertad económica. Una utilísima recopilación en NAVARRO y CARMONA (2011), pp. 212-220. Una exposición descriptiva en torno al artículo 19 N° 22, en LÓPEZ (2012), *in toto*.

<sup>60</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 146-1992-INA, de 21 de abril de 1992, c. 8. En análogo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 167-1993-INA, de 6 de abril de 1993, c. 9.

<sup>61</sup> La equivalencia terminológica proviene de la Comisión Ortúzar. Se reitera, por ejemplo, en Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 280-1998-INA, de 20 de octubre de 1998, c. 22.

captado en clave puramente económica, aunque su objeto se concrete en dicho ámbito. Puede resultar sorprendente constatar aquí que el TC, siguiendo los lineamientos antropológicos del constituyente, en más de una ocasión ha ubicado el fundamento de la libertad económica fuera del ámbito meramente lucrativo. Al efecto ha establecido que este derecho es, “*una 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*”<sup>62</sup>.

La última frase remite al interés individual como fundamento subjetivo de la *potestas* que el derecho entrega. No es, sin embargo, un interés individual exclusivamente centrado en el ánimo de lucro. Se trata de un interés que supera el aspecto monetario en la misma medida que permite a la persona alcanzar una faceta de su realización o perfeccionamiento: el desarrollo del espíritu de iniciativa y de la capacidad creadora. Estamos, en consecuencia, frente a una visión nítidamente “personalista” y no meramente “economicista” de la libertad económica. La segunda dimensión es un correlato de la primera y no a la inversa.

Es en este horizonte donde debe comprenderse la “servicialidad del Estado” del artículo 1 de la Constitución. En su sentido fuerte este principio solo puede ser concebido en función de la primacía de la persona –y de la iniciativa privada– en las actividades humanas (también, por tanto, en las económicas)<sup>63</sup>. De ahí la inherencia de los derechos que emanan de la naturaleza humana, que no son concedidos sino solo reconocidos por el Estado<sup>64</sup>.

b) El segundo principio que sirve de fundamento al derecho en análisis es el de subsidiariedad. La dificultad radica acá en la comprensión cabal de su significado. El TC en este punto ha sostenido una concepción bastante débil. Con frecuencia se ha detenido únicamente en la sola dimensión *pasiva* del principio,

<sup>62</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 226-1995-INA, de 30 de octubre de 1995, c. 41.

<sup>63</sup> Para los efectos de nuestro trabajo, adoptamos, en la intelección de estos dos principios, la interpretación de SOTO KLOSS, Eduardo (2009), *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Legal Publishing-Abeledo Perrot, Santiago, pp. 2-10, 101-116.

<sup>64</sup> Seguimos en este punto a BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 17-19.

esto es, aquella que “*limita la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares*”<sup>65</sup>. Con ello su operatividad queda notoriamente mermada<sup>66</sup>.

En contra de esta visión debemos afirmar que el principio de subsidiariedad reconocido en el artículo 1º de la Constitución supone también una dimensión *activa*, por cuanto el Estado tiene el deber de proteger a los grupos menores de los abusos de los grupos mayores, cuando éstos no pueden hacerlo por sí mismos, lo que es funcional sobremanera al ámbito económico<sup>67</sup>.

Del impulso activo de la subsidiariedad nace también el principio de *solidaridad*, por cuanto los grupos mayores, y en su defecto el Estado, tienen la obligación de auxiliar a los necesitados respecto de aquello que no pueden alcanzar por sí mismos, máxime cuando se trata de exigencias primarias de bien común, como la satisfacción de las necesidades esenciales. Esta conjunción entre subsidiariedad y solidaridad justifica las políticas de bienestar social, aunque es preferible el auxilio mutuo entre los cuerpos intermedios, incentivado o promocionado por el Estado (solidaridad horizontal), al protagonismo absoluto del Estado en dicho auxilio (solidaridad vertical), a fin de evitar el riesgo de asentar cuerpos sociales parasitarios<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 167-1993-INA, de 6 de abril de 1993, c. 10.

<sup>66</sup> Bronfman, Martínez y Núñez han glosado sentencias representativas del TC sobre la subsidiariedad. BRONFMAN *et al.* (2012), pp. 34-38. De su lectura se denota una concepción puramente pasiva, al extremo de que la realización del cumplimiento de las obligaciones sociales del Estado se deja en manos de los particulares por razones de principio. A fin de subsanar una concepción tan escuálida, el tribunal, en ocasiones, impelido por la necesidad de proteger bienes sociales abiertos al juego del mercado, ha sobrepasado la subsidiariedad llegando a sostener que el empresario particular debe asumir obligaciones sociales aún en la hipótesis de cierto detrimento patrimonial, como en el controvertido caso del alza de los planes de salud privados. Lo que desde este ángulo parece del todo inconsecuente.

<sup>67</sup> Es de destacar que en el ámbito de la libertad económica la subsidiariedad en su dimensión activa ha sido rescatada, casi en soledad, por NOGUEIRA (2009), p. 42. Nosotros lo hemos seguido en ALVEAR (2012), pp. 59-61 y 64, a propósito de la educación. LÓPEZ (2012) pp. 32-33 opina, en la materia, que la dimensión activa debe descartarse. Desde un punto de vista general, el estudio más completo y actualizado sobre el principio de subsidiariedad, con amplias indicaciones bibliográficas nacionales y comparadas, es el de LOO (2009), pp. 391-426. El autor constata las fallas de gran parte de la doctrina chilena en cuanto a acentuar solo el aspecto pasivo o inhibitorio del principio. Lo que es inaceptable si se le analiza en sus orígenes clásicos, en su formulación por la doctrina social católica y en la práctica del derecho comunitario europeo, en mayor o menor medida. *Ibid.*, pp. 393-395, 398-403.

<sup>68</sup> El mejor estudio monográfico que conocemos sobre los vínculos esenciales entre subsidiariedad y solidaridad es ya clásico: GARCÍA ESCUDERO (1960), *pasim*. En nuestro medio, el vínculo ha sido destacado entre otros por LOO (2009), pp. 400 y 421 y COVARRUBIAS (2001), pp. 89-91.

En este contexto, hay quienes niegan que el artículo 19 N° 21 se funde en el principio de subsidiariedad. La indiscriminada apertura de la economía al interés privado y el mandato de retracción del Estado empresario del artículo 19 N° 21 inciso segundo lo vincularían más bien a la figura de un Estado abstencionista (la del liberalismo del *laissez faire*) que a la de un Estado subsidiario<sup>69</sup>.

No creemos que pueda extremarse hasta tal punto la hermenéutica del artículo 19 N° 21. La Constitución vigente bien admite una interpretación amplia de la subsidiariedad, de modo de incluir su faceta activa y su proyección en la solidaridad<sup>70</sup>. Hay que interpretar dicho artículo en sus dos incisos a la luz de una versión integral del principio de subsidiariedad. Lo que significa que el Estado en materia económica debe adecuarse no solo a los estándares que limitan su actuación pública sino también a aquellos que lo incitan a tener presencia donde las necesidades sociales sean desatendidas o insuficientemente satisfechas por los particulares y los cuerpos asociativos.

c) El tercer principio en el que se fundamenta la libertad económica es el bien común. El fallo ya citado del TC sienta una doctrina notable: la “*iniciativa para emprender*” tiene a su vez como finalidad el que la persona realice “*la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes, colaborando en la promoción del bien común*”.

Si aquí se manifiesta, como dijimos, una concepción personalista y no meramente economicista de la libertad económica, habría que delimitar, de todos modos, en su justa medida, esta dimensión personalista. El Tribunal avanza en este aspecto al sostener como marco de referencia del derecho no solo el “propio bien” sino también “el de los semejantes”, vinculando ambos bienes (el personal y el ajeno particular) a la tarea general y concurrente de “promoción del bien común”.

El fundamento de la libertad económica se encuentra no solo en la dignidad individual expresada en la iniciativa y capacidad creadora del ser humano, sino también en la “colaboración con el bien común”.

En síntesis, de la aplicación de los tres principios señalados (libertad-primacía, subsidiariedad y bien común) y sus correlatos (solidaridad, servicialidad y colaboración con el bien común) se desprende que el Estado debe abstenerse de sustituir a los particulares en las actividades económicas que éstos pueden desa-

<sup>69</sup> Es la objeción de LOO (2009), pp. 419, 420, 422.

<sup>70</sup> Lo reconoce el mismo autor en materia de principios, LOO (2009), p. 424.

rrrollar adecuadamente. Pero dado que el fundamento del derecho consagrado en el artículo 19 N° 21 no radica únicamente en la libertad y creatividad individual, antropológicamente consideradas, sino también en la solidaridad y el servicio al bien común, el Estado subsidiario tiene el deber de adoptar en la materia una función no solo pasiva sino también activa a fin de que las necesidades sociales sean cabalmente cumplidas<sup>71</sup>.

Tiene sentido entonces plantear en la dogmática constitucional vigente la necesidad de que la libertad económica se vincule con el bien común a través de la aplicación de criterios normativos que ajusten el interés individual con el interés general. Todo lo cual supone un sinnúmero de precisiones ulteriores que en los próximos acápite iremos desarrollando. Por de pronto los tres principios destacados arriba, así como sus correlatividad, deben adoptar operatividad. Sería deseable, en todo caso, volverlos explícitos y darles su pleno sentido en una eventual reforma constitucional.

## *2.2. Objeto y contenido de la libertad económica*

Por objeto entendemos el ámbito de la realidad sobre el que se proyecta el poder del sujeto. Por contenido el conjunto de facultades que sobre el objeto puede ejercer el titular del derecho. Vamos a examinar ambos. Luego explicaremos por qué ambos elementos exigen, en razón del bien común, una regulación necesaria que ordene y tutele el ejercicio del derecho.

En nuestro país no se ha dado suficiente relevancia al objeto y contenido de la libertad económica. Y, sin embargo, tales componentes son determinantes para comprender la naturaleza jurídica de este derecho y el rol que dentro de él tiene el interés particular.

El problema es que ambos elementos no están definidos en la Constitución. Se requiere de un esfuerzo por parte del intérprete para delimitarlos con rigor. Dicho esfuerzo ha sido muy escaso en Chile<sup>72</sup>, lo que ha permitido la plasmación de una libertad económica en exceso indeterminada, extendiendo su garantía a ámbitos desconocidos en la doctrina comparada.

<sup>71</sup> Al respecto, NOGUEIRA (2010), p. 31, destaca particularmente aquellos sectores de la economía que producen bienes no económicos, como la salud, la educación y otros.

<sup>72</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 29-43, es una singular excepción.

### 2.2.1. Objeto de la libertad económica

En el texto constitucional vigente la libertad económica tiene un objeto amplísimo: pura y simplemente la libertad de ejercer cualquier actividad económica lícita. Esto quiere decir que el derecho se manifiesta en la *“la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquiera actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio”*, sea *“personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita”*<sup>73</sup>.

En este punto, el TC ha adherido explícitamente a la concepción común de la libertad económica como derecho de contenido negativo: *“esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional”*<sup>74</sup>.

En rigor, un derecho de contenido “negativo” equivale, de cara a terceros, especialmente al Estado, a un “derecho de libertad”. Esto significa que, en principio, su conformación concreta se deja a la libre iniciativa de sus titulares y su ejercicio presupone un deber de abstención genérico, de no transgresión (*non facere*) por parte de los poderes públicos. Las facultades que otorga el derecho son ejercidas de una manera autosuficiente, porque no necesita de la intervención del legislador (ni de los demás poderes públicos) para “realizarse”, para ser “ejercitable”<sup>75</sup>.

La configuración precedente podría dar la impresión de que la libertad económica es un derecho de carácter “absoluto”. Que su conformación, por ejemplo, al interior de la actividad sobre la cual se realiza queda enteramente entregada a la voluntad de emprendimiento e innovación de su titular.

Pero, dado el texto de nuestra Constitución, es patente que no estamos frente a un derecho absoluto. Al respecto, dice el TC: *“se trata de un derecho que no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden pú-*

<sup>73</sup> El TC recoge aquí la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, específicamente dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago que se individualizan. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 467-2006-INA, de 14 de noviembre de 2006, c. 14. La amplitud del objeto es resaltada, con fórmulas similares, en otros fallos. Por ejemplo la que establece, con cita del profesor Raúl Bertelsen, la sentencia rol N° 280-98, considerando 22.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 513-2006-INA, de 2 de enero de 2007, c. 19.

<sup>75</sup> Sobre el punto, CIDONCHA (2006), pp. 204-207.

*blico y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulan su ejercicio*<sup>76</sup>. Estas limitantes pueden, a su vez, ser tipificadas como “condiciones de ejercicio del derecho”<sup>77</sup>.

La actividad económica entonces no resulta tan indeterminada como parece a primera vista. Por una parte, queda limitada por lo que técnicamente son prohibiciones, categorías abiertas que posibilitan la limitación extrínseca de la actividad (*moral, orden público, seguridad nacional*). Por otra parte, queda sometida a las normas legales que la regulan. Esto último plantea más de un problema. ¿Hasta qué grado el contenido amplio, negativo, de no intervención, de la libertad económica es coherente con la regulación legal de su ejercicio?

Al respecto, vamos a dejar establecida la siguiente tesis: la libertad económica exige un marco normativo (establecido primordialmente por el legislador) que regule la actividad que es objeto de ella. La regulación debe adecuarse a la naturaleza específica de cada actividad económica y a los vínculos que le unen con el interés general. Esto quiere decir que ha de normar cada género o especie de actividad económica, con técnicas de delimitación variable: las actividades o sectores “libres” están sometidos a una reglamentación mucho menos intensa que los “disciplinados”<sup>78</sup>.

No se trata de reglas ajenas: la actividad, en sí misma considerada, exige una regulación. Se trata, a todo evento, de una regulación ordenativa, no impeditiva. Esta última, en realidad, es una prohibición, por lo que solo en sentido traslaticio se le podría denominar regulación.

Tratándose de la regulación *ordenativa*, hay que tener en cuenta su lugar en la constitución económica, asunto que recién viene siendo estudiado en nuestro país<sup>79</sup>, dada la tendencia a identificar, sin más, regulación con limitación. En general, la regulación ordenativa tiene un carácter positivo, no puramente negati-

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 513-2006-INA, de 2 de enero de 2007, c. 20. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 980-2007-INA, de 13 de mayo de 2008, c. 9.

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 280-1998-INA, de 20 de octubre de 1998, c. 22.

<sup>78</sup> Sobre el punto remitimos a ARIÑO (2004), pp. 336-337, y más particularmente sobre la libertad económica, a CIDONCHA (2006), pp. 140-142. En Chile, la mejor sistematización de los tipos de regulación de acuerdo al género de actividades parece ser la de CAMACHO (2007), pp. 409-457. Sobre las actividades disciplinadas el TC ha sostenido que no puede hablarse de actividades “*libres obstaculizadas por normas legales*” sino de “*actividades libres sujetas a una intensa regulación*” o de actividades económicas “*especialmente regladas*” sometidas “*a los mandatos del legislador en todos sus aspectos*”. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1413-2009-INA, de 16 de noviembre de 2010, cs. 23 y 22.

<sup>79</sup> Remitimos a AIMONE, (2014), pp. 10-52.

tivo, y corresponde a una de las funciones que la doctrina española, por ejemplo, atribuye al Estado junto a otras tareas propias del orden público económico, como las de fomento, prestación de servicio público, gestión económica, planificación y programación, y arbitraje<sup>80</sup>.

El que en Chile sea el principio de subsidiariedad el que articule las relaciones entre el Estado y la libertad económica, no cambia el dato fundamental: la regulación ordenativa es necesaria para el ejercicio de la libre iniciativa económica<sup>81</sup>. La tesis de que a mayor regulación hay menos libertad contiene elementos sofisticados pues elude el hecho de que la *extensión* de la regulación solo tiene sentido plantearla una vez que se ha delimitado su *objeto*, el que depende del género de actividad económica al que nos estemos refiriendo.

Una idea esencial subyace entonces a la regulación, aún tratándose de la más acentuada, al menos si se la entiende de manera correcta y se la precisa con suficiencia: no es incompatible con la libertad. Hay regulación, y ella es intensa, cuando hay un bien social que proteger, cuando se trasciende el mero interés privado del titular de la libertad de empresa, cual es el caso de los servicios de “utilidad pública”<sup>82</sup> o más ampliamente donde hay una razón de interés general<sup>83</sup>.

En síntesis, la libertad económica debe ser orientada por una regulación ordenativa acorde con la naturaleza y fin de la actividad. De este modo se concreta la sujeción que impone el artículo 19 N° 21 a las “normas legales” respectivas. La regulación será más o menos intensa según la mayor o menor implicación que en ella tenga el interés social.

Hay un problema, sin embargo, que queda abierto en nuestro país. En la práctica, las reglas que la Administración impone a las actividades disciplinadas son abundantes, detalladas y discrecionales, por lo que la sola institución

---

<sup>80</sup> ARIÑO (2004), pp. 662-664 y 336-339.

<sup>81</sup> Aplicando una conocida clasificación de Ariño, NOGUEIRA (2010), pp. 38-41, lo prueba distinguiendo entre a) regulación básica y general, b) regulación administrativa, de policía y buen gobierno y c) regulación económica *stricto sensu*.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional roles N°s. 694-06 y 695-06-INA (acumulados), de 5 de julio de 2007, cs. 9 y 10.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1413-2009-INA, de 16 de noviembre de 2010, cs. 24 y 23; Sentencia del Tribunal Constitucional roles N°s. 694-06 y 695-06-INA (acumulados), de 5 de julio de 2007, cs. 10, 8 y 9. Sobre el “interés general” como concepto jurídico indeterminado judicialmente controlable, GARCÍA DE ENTERRÍA (2009), pp. 227-263.

de la reserva legal, tal como ha sido entendida (o limitada) en los hechos, no logra garantizar con suficiencia la indemnidad de la libertad de empresa frente a los eventuales abusos normativos, fiscalizadores y sancionatorios del poder administrativo<sup>84</sup>.

### 2.2.2. *Contenido de la libertad económica*

Sobre el contenido del derecho en análisis, se presentan dos cuestiones:

- a) La distinción entre “libertad económica” y “libertad de empresa”.
- b) La tipificación de las facultades que integran este derecho.

a) Hay que recordar que el artículo 19 N° 21 protege no solo la especie libertad de empresa, sino más ampliamente el género libertad económica.

Lo que singulariza la actividad empresarial es que se trata de una actividad productiva de bienes y servicios de carácter *continua* –no puramente ocasional–, *organizada* (planificación racional de los factores de producción en términos económicos, técnicos y jurídicos), desarrollada *en nombre propio* (lo que la diferencia de la actividad asalariada), y dirigida al *mercado* (lo que deja fuera la producción para el consumo personal o familiar)<sup>85</sup>.

Por su parte, libertad económica como género incluye actividades no previstas en el ámbito de protección de la libertad de empresa. Aquella también garantiza las condiciones autárquicas de desenvolvimiento del derecho, extendiéndose a todas las situaciones en que un individuo, familia o poblado producen para sí mismos, fuera del círculo inmediato del mercado como mecanismo de intercambio.

b) Todo derecho fundamental está integrado por un conjunto de facultades concretas, inherentes a la actividad que desenvuelve. ¿Cuál es ese haz de posiciones, ese cúmulo de posibilidades de acción que integran la libertad económica?

Siguiendo el prefijo “cualquiera” del texto del artículo 19 N° 21, se opta frecuentemente por indicar, como facultad esencial del derecho, la “*libre inicia-*

<sup>84</sup> La amplitud de las normas habilitantes, la falta de identificación clara de los motivos de la regulación, la existencia de procedimientos sancionatorios carentes de garantías procesales mínimas, la consagración de sanciones mal diseñadas y peor descritas, la falta de claridad en torno al rango y contenido de las normas emitidas por el órgano administrativo, son algunos de los vicios de constitucionalidad indicados en una destacada investigación. DÍAZ DE VALDÉS (2010), pp. 249-282.

<sup>85</sup> Tomamos la caracterización de CIDONCHA (2006), pp. 218 y 254-255, quien a su vez la extrae de Girón Tena, Sánchez Calero y Gondra, entre otros.

*tiva*” y la “*prosecución indefinida*” de la actividad económica. El núcleo esencial del derecho en comento consistiría, sin más, en iniciar y desarrollar actividades económicas.

Salvo Nogueira, la doctrina nacional no se ha detenido a precisar las facultades que componen la libertad económica<sup>86</sup>. Y, sin embargo, es un asunto de gran utilidad. No solo permite garantizar mejor el derecho, por el conocimiento más o menos preciso que se tiene de su contenido. No solo posibilita comprender mejor las regulaciones o limitaciones de acuerdo a cada ámbito de actividad en que se desenvuelve la respectiva facultad. También se satisface la necesidad de discernir los vínculos positivos que unen estas facultades a cada uno de los derechos concurrentes, particularmente en los ámbitos del derecho laboral, de la libre competencia y del derecho del consumidor.

En este punto, no ha perdido vigor la estratificación de Franz Ossenbühl. El jurista germano distingue:

i) *Libre iniciativa económica o libertad de emprender*. Se refiere a la libre creación o adquisición de empresas y el libre acceso al mercado de bienes y servicios.

ii) *Libertad de organización*. Es el derecho de la empresa a determinar su propia organización y vida interna. Se expresa en diversas facultades como la dirección interna del trabajo (con el límite de los derechos laborales), la constitución interna de los órganos corporativos (respetando, en su caso, el principio de control y decisión de los accionistas), o la libertad de emplazamiento (limitada, a su vez, por los condicionamientos urbanísticos y territoriales, en razón del interés general).

iii) *Libertad de dirección* de la actividad empresarial: de inversión (o de cierre, o de desinversión), de producción (calidad, volumen, tipos de productos, etc.), de relación con el entorno, de responsabilidad social, etc.

iv) *Libertad de actividad en el mercado*. Se manifiesta en la libertad de precios, la libertad de distribución y venta, la libertad de competencia, la libertad de estrategia comercial y publicidad, y la libertad de contratación respecto de bienes y servicios<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> NOGUEIRA (2010), p. 29. Nuestro autor refiere un elenco de facultades pero no entra a clasificarlas.

<sup>87</sup> OSSENBÜHL (1991), pp. 21-36, con glosa a la doctrina del TC alemán. Es, sustancialmente, la doctrina del TC español, según expone CIDONCHA (2006), pp. 267-270. Ha sido recogida por la doctrina comunitaria europea con algunas variantes, según indica MERCADO (2012), pp. 380 y 387-391. En el mismo sentido, aunque con una clasificación tripartita, ARIÑO (2004), pp. 296-304.

En conclusión, la distinción conceptual entre “libertad económica” y “libertad de empresa”, y la posterior tipificación de las facultades que integran este derecho, permiten precisar, para efectos de su garantía, el haz de posiciones jurídicas que, en principio, componen su núcleo esencial. Según se observa, cada una de las facultades va vinculada a distintas finalidades, a las que posteriormente se exigirá su compatibilidad (positiva o negativa según los casos) con las exigencias del bien común.

### 2.3. *El problema del lucro, como componente de la actividad económica*

La actividad protegida por el artículo 19 N° 21 es la “económica”. ¿Equivale ella a una actividad “lucrativa”? ¿Cuál es, en definitiva, el vínculo entre lucro y actividad económica?

No está clara esta cuestión en la doctrina chilena<sup>88</sup>. Tampoco en la jurisprudencia del TC. Hay sentencias que asimilan actividad económica con actividad lucrativa<sup>89</sup>. En otras, la primera parece ser el género y la segunda la especie<sup>90</sup>. Existen asimismo infinidad de sentencias en que se habla simplemente de “negocios” o en que se define “empresa” por su conexión esencial con el lucro, aunque habría que matizar que ello se explica precisamente porque sobre tales actividades versa la *causa iuris*.

En realidad, y aplicando desarrollos de la doctrina española, hay que establecer los siguientes postulados:

a) Actividad “económica” no equivale necesariamente a actividad realizada con “ánimo de lucro”. Es un concepto más extenso. Equivale a “actividades de producción y distribución de bienes y servicios”, que quedan constitucionalmente abiertas a la iniciativa de los particulares, una vez aplicado en este ámbito el principio de subsidiariedad del Estado. En este sentido, la garantía del artículo

<sup>88</sup> BRONFMAN *et al.* (2012), p. 366, sostienen que el contenido económico de este derecho es únicamente el fin lucrativo, esto es, el “derecho a buscar ganancia, a incrementar el patrimonio a través de la actividad”. Más ampliamente, pp. 365-367. Una opinión opuesta en FERMANDOIS (2011), pp. 136-137 y NOGUEIRA (2010), p. 29, quienes opinan que el emprendimiento económico garantizado puede o no tener fines de lucro.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 280-1998-INA, de 20 de octubre de 1998, c. 22.

<sup>90</sup> No es “*indispensable*” el “*carácter lucrativo*” para ciertas actividades económicas. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 467-2006-INA, de 14 de noviembre de 2006, c. 27.

19 N° 21 protege la producción de bienes y servicios tanto de quienes persiguen una ganancia personal como de quienes no pretenden, como meta última de su actividad económica, el lucro personal.

b) La actividad económica está esencialmente vinculada al lucro en cuanto a *su modo de realizarse*, pero solo accidentalmente en cuanto a su *finalidad última*. Basta que los costos queden cubiertos con los ingresos para que nos encontremos frente a una actividad económica, en el entendido de que ésta no existe si hay “ánimo de pérdida”. De ahí en adelante la garantía se extiende a toda forma de producción de bienes y servicios, cualquiera sea la finalidad última del titular del derecho.

Si esa finalidad consiste en perseguir pura y simplemente el beneficio económico, entonces el artículo 19 N° 21 protege el *derecho a obtener dicho beneficio*, asumido los riesgos propios de la empresa. Pero la actividad empresarial también puede referir a otros objetivos lícitos no lucrativos, como es el caso del amplísimo sector *no profit* de la economía (cajas de ahorro, fundaciones, cooperativas, ONG, voluntariado, etc.). Son actividades económicas o empresariales sin *ánimo de lucro*: los excedentes no se destinan al disfrute personal privado sino a fines sociales<sup>91</sup>.

El que la actividad económica no tenga como finalidad exclusiva el lucro parece más coherente con el carácter personalista y no puramente “economicista” del derecho, tal como se ha expuesto en los fundamentos. Y permite, además, incluir más fácilmente el criterio de razonabilidad como elemento a ponderar para determinar la justicia de la ganancia obtenida por el empresario, especialmente en el caso de mercados intensamente regulados<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> En lo precedente seguimos muy de cerca el agudo análisis de CIDONCHA (2006), pp. 223-225. En el mismo sentido, DíEZ-PICAZO (2008), pp. 538-539.

<sup>92</sup> Incidentalmente, el TC ha reconocido que el incremento del lucro vía aumento de los precios finales de los bienes y servicios, debe tener, como elemento del derecho al beneficio, un fundamento razonable. En los mercados intensamente regulados, como la salud, el fundamento razonable está sujeto a control mediante parámetros objetivos que delimitan los precios de los servicios de interés general proveídos por empresas privadas. Así se desprende del considerando 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2337-2012-INA, de 1 de octubre de 2013: “*Si es regla común en el mundo de los negocios que las empresas deben dejar tan claro como sea posible el móvil en el reajuste de sus precios, a fin de que se perciban como justos, y no ligados al mero deseo de incrementar sus ganancias u otros motivos ocultos, con cuanta mayor razón esta máxima debe entenderse incorporada en los artículos examinados de la ley N° 18.933 que versan sobre un contrato regulado por gravitante en la eficacia real de sendos derechos fundamentales*”.

## 2.4. La libertad de empresa y sus vínculos al interior del mercado

### 2.4.1. Vínculos esenciales

Los vínculos entre libertad de empresa y mercado son esenciales. Dada la inserción de aquella en el proceso productivo al interior de una economía abierta, el mercado se vuelve imprescindible para su propia operatividad. De ahí que en la doctrina española y la doctrina comunitaria europea muchos autores consideren al mercado como el objeto mediato del derecho en análisis<sup>93</sup>.

En la doctrina nacional, Nogueira es quien ha destacado este vínculo. A tales efectos, concibe la libertad económica como “*una libertad de concurrencia de los diversos operadores económicos en el mercado*”<sup>94</sup>. Para obtener las condiciones adecuadas para tal concurrencia se hace necesaria la defensa de la libre competencia, del trabajador y del consumidor<sup>95</sup>.

Precisando estos aspectos se puede considerar la libertad económica en sí misma o en sus vínculos con los derechos de los otros agentes económicos que concurren en el mercado.

Si la libertad de empresa es una libertad *para* el mercado y *en* el mercado, resulta que puede configurarse como un derecho de *finalización* de la actividad económica en dicho ámbito, por lo que la legislación debiera garantizar que efectivamente la producción privada se dirija en condiciones satisfactorias al mercado, y por medio de él, al demandante/consumidor.

La doble faceta, negativa y positiva de la libertad de empresa, puede reformularse en el marco de las relaciones con el mercado. Por un lado, en su aspecto negativo, como *derecho de no intervención*, se asegura que el Estado no interfiera en el derecho del empresario a ofrecer su producción de bienes y servicios en el ámbito del mercado al que está destinado. Es un derecho a actuar *en el mercado*, contratando factores de producción y vendiendo los bienes y servicios producidos. En su faceta positiva, el empresario puede exigir al Estado que lo proteja de las intervenciones de terceros cuanto éstos obstaculicen ilegítimamente su oferta al mercado (defensa de la libre y leal competencia) o, en su caso, la provisión a los consumidores (derecho del consumidor).

<sup>93</sup> BETANCOR (2010), pp. 383-499 y CIDONCHA (2006), pp. 139-150, 309-315, sugieren al respecto ideas esclarecedoras y complementarias. En el derecho comunitario europeo, la libertad de empresa se desenvolvería a partir del principio de centralidad y unidad del mercado, MONEREO (2012), pp. 387-388.

<sup>94</sup> NOGUEIRA (2010), p. 31.

<sup>95</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 31 y 43.

Por otro lado, el juego completo de libertades al interior del mercado supone la necesidad de encaje entre el interés particular que representa el derecho en sí mismo considerado y el interés general. Aquella faceta del derecho económico que en Chile solemos tratar por separado, cual es la libre competencia, se enlaza con la libertad de empresa a título de relación esencial<sup>96</sup>. Es lo que veremos a continuación, sin perjuicio de detenernos posteriormente en los vínculos entre libertad de empresa y los otros derechos concurrentes al interior del mercado.

#### *2.4.2. Libertad de empresa y defensa de la competencia*

Hemos dicho que la libertad económica está unida, por un lazo esencial, al mercado. Precisamente el libre ejercicio de este derecho en el mercado impone la defensa de la competencia.

La relación entre libertad económica y libre competencia puede ser objeto de varios enfoques complementarios. El más usual es el que considera la libre competencia como un límite “externo” al ejercicio de dicha libertad: la libertad de unos está siempre limitada por la libertad de otros. La defensa de la competencia garantiza, en este sentido, la coexistencia armónica de todas las libertades en ejercicio.

Pero hay que destacar también el carácter *positivo* de la libre competencia. En primer lugar, es un elemento esencial para el desarrollo de la libertad empresarial, pues permite que el poder económico se descentralice en diversos agentes, impidiendo que uno de ellos tenga fuerza suficiente para imponerse y condicionar la libertad de los demás. La libertad de empresa no puede dar lugar a una posición dominante desde la que se manipule o falsee el mercado.

Más sustancialmente, la libre competencia canaliza el ejercicio de las libertades individuales o sociales en materia económica, haciendo posible su realización en beneficio de todos, y no solo de los más poderosos. En este contexto, no es necesario que nos encontremos con un escenario utópico de competencia perfecta: basta que se garantice una real, libre y suficiente competencia<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> BETANCOR (2010), pp. 387-396, adscribiéndose a una corriente de la doctrina comunitaria europea, considera la “defensa del mercado”, especialmente de la competencia, como un límite a la libertad económica.

<sup>97</sup> Sobre el punto, VALDÉS PRIETO (2006), pp. 69-89 y 168-206. En la doctrina española, BETANCOR (2010), pp. 387-391; CIDONCHA (2006), pp. 145-150. Más ampliamente, profundizando el aspecto positivo, VÁZQUEZ PENA (2012), pp. 17-54.

En segundo lugar, hay que tomar en consideración que cuando el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto un conjunto de posiciones jurídicas, impone recíprocamente a otros sujetos un conjunto de deberes en relación a esas posiciones, lo que propiamente no forma parte del contenido del derecho subjetivo, sino de la relación jurídica que nace de él. En este sentido el respeto por las condiciones de una libre, suficiente y real competencia es un deber anejo al ejercicio de la libertad de empresa, y no puede escindirse de él.

Es interesante observar que el TC ha acogido, en gran parte, esta doctrina, vinculando de un modo u otro la competencia a la libertad económica. Por una parte, se ha sostenido que la defensa de la libre competencia sirve de *límite* a la libertad empresarial al integrarse a las “normas legales” que regulan la actividad económica<sup>98</sup>. Dicho límite se hace absolutamente necesario en “*las legislaciones que rigen las denominadas industrias reguladas, generalmente caracterizadas por la presencia de monopolios naturales*” en mercados relevantes (de telecomunicaciones, eléctrico, sanitario, actividad portuaria, etc.)<sup>99</sup>.

Por otro lado, se ha postulado que la libre competencia permite el desarrollo de la libertad empresarial al *garantizar* la libre iniciativa de todos los agentes económicos al interior de la economía de mercado. Lo ha formulado el TC de un modo bastante claro: “*una de las finalidades* (de la legislación de defensa de la libre competencia) *es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo a toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos*”<sup>100</sup>.

Puede afirmarse, en consecuencia, que en la concepción de la libertad económica que defiende el TC, al menos en el contexto de este fallo, hay un ajuste entre el interés particular del empresario y los derechos económicos de terceros. A partir de ello, es posible afirmar la coherencia de la tesis del vínculo esencial, de carácter negativo y positivo, que une la libertad de empresa con la libre competencia<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1416-2009-INA, de 14 de julio de 2009, c. 12.

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1448-2009-INA, de 7 de septiembre de 2010, cs. 20-26.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 467-2006-INA, de 14 de noviembre de 2006, c. 29.

<sup>101</sup> En ocasiones, sin embargo, el TC ha hecho una aplicación inadecuada de la función positiva de la defensa de la libre competencia. Ha sostenido, por ejemplo, que, en principio, la imposición de “cuotas máximas del mercado de los medios de comunicación” impide la libre competencia y vulnera el derecho a emprender”. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 226-1995-INA, de 30 de octubre de 1995, cs. 44

En síntesis, la defensa de la libre competencia se integra a las normas legales que regulan la actividad económica garantizada por el artículo 19 N° 21 de la Constitución. Pero, como afirma Nogueira, la libre competencia no es puramente un límite. También tutela el derecho y garantiza la libertad de mercado<sup>102</sup>.

#### *2.4.3. Libertad de empresa y derechos concurrentes al interior del proceso productivo*

La libertad de empresa es un derecho que se inserta en la dinámica del proceso productivo. Consideración que importa tener en cuenta por razones económicas y jurídicas. Económicamente, la libre empresa resulta inviable en condiciones de normalidad sin el desenvolvimiento de todas las etapas de dicho proceso (producción, provisión, distribución y consumo). Jurídicamente, el ejercicio del derecho en análisis concurre con sus diversas facultades (creación de empresa y acceso al mercado, organización y dirección económica, etc.) con derechos de otros agentes económicos que también forman parte del proceso productivo: la libertad económica de terceros, el derecho de los competidores, el derecho de los trabajadores y el derecho de los consumidores.

Ya nos hemos referido a los dos primeros derechos. Cumple aquí precisar el vínculo con los dos últimos. Previamente podemos constatar que la necesidad de este vínculo ha sido poco explorado por la doctrina chilena. Nogueira se preocupa de indicarlo, aunque no se extiende en detalles<sup>103</sup>. Saieh lo aborda explícitamente respecto del derecho del consumidor y la libre competencia, pero desde la perspectiva estratégica de los negocios<sup>104</sup>. Valdés Prieto trata la libertad de los pequeños empresarios y la defensa del consumidor como bienes a proteger en el ámbito de la libertad de empresa y el mercado<sup>105</sup>.

Parece indudable que la libertad de empresa debe ejercerse en armonía con el derecho de los trabajadores (que en ella laboran) y el derecho de los consumidores (que contratan los bienes y servicios que produce o distribuye). Sin el

---

y 45. En realidad, se sabe que la posesión de porcentajes máximos, atendida las condiciones de determinados mercados, no es una técnica incompatible con los bienes jurídicos que sustentan la libertad económica. El problema, en el caso *sub lite*, debió solucionarse, en todo caso, no convirtiendo una decisión prudencial en una razón de principio.

<sup>102</sup> NOGUEIRA (2010), pp. 42-43.

<sup>103</sup> NOGUEIRA (2010), p. 43.

<sup>104</sup> SAIEH (2011), pp. 225-240 y pp. 241-249, respectivamente.

<sup>105</sup> VALDÉS (2006), pp. 142-151.

concurso de ambos sujetos, la cadena de la producción se rompe y el proceso no se completa. Analicemos cada vínculo por separado.

(a) En el campo de los derechos de los trabajadores, los artículos 19 N° 16, 18 y 19 de la Constitución establecen una serie de garantías mínimas en su favor. La libre contratación, en cuanto facultad del empresario garantizada por el artículo 19 N° 21, se ha de ajustar a la legislación laboral, sindical, de seguridad social, de negociación colectiva y de derecho a huelga<sup>106</sup>. Suplementariamente entran aquí una serie de cuestiones ya clásicas sobre las que no nos podemos detener: el problema del justo salario, las condiciones dignas de trabajo, las políticas óptimas de beneficencia y de seguridad social, etc. Muchas de estas cuestiones la doctrina española, por ejemplo, las considera a la luz de la técnica de los derechos fundamentales<sup>107</sup>. También en Chile se ha avanzado al respecto a través de la tutela laboral de tales derechos<sup>108</sup>.

Desde la perspectiva del derecho laboral, se enfrentan estos temas como otros tantos aspectos de una eventual disociación entre capital y trabajo<sup>109</sup>. Pero no hay que olvidar la perspectiva de la libertad de empresa. Un ejercicio responsable de este derecho impelería a adoptar un modelo de gestión que contribuyera a maximizar el bienestar social<sup>110</sup>. En este sentido, el modelo de gestión empresarial alemán o japonés han sido históricamente ejemplos de conjunción de intereses entre empresarios, directivos y trabajadores<sup>111</sup>. En el caso germano, la cuestión se inscribe dentro de los lineamientos del paradigma de la “economía social de mercado”<sup>112</sup>, recogida en mayor o menor medida por el modelo económico de la Unión Europea. El impulso al desarrollo económico convive con la permanente preocupación y garantía de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los asalariados<sup>113</sup>.

<sup>106</sup> Lo indica NOGUEIRA (2010), p. 43.

<sup>107</sup> Un detallado estudio en GARCÍA MURCIA, (2013), pp. 87-691.

<sup>108</sup> UGARTE (2007), pp. 49-67; FERRADA y WALTER (2011), pp. 91-111.

<sup>109</sup> En relación con nuestro medio y desde el ángulo del principio de protección, GAMONAL (2013), pp. 425-457.

<sup>110</sup> VERGÉS I JAIME (2010), pp. 81-86.

<sup>111</sup> El éxito del modelo empresarial germano en la década de los cincuenta, sesenta y setenta, y su retroceso a partir de los noventa ante el modelo norteamericano del negocio fácil, en ALBERT (1997), pp. 102-170.

<sup>112</sup> Sobre la “economía social de mercado” como modelo para nuestro país, ALVEAR (2013c), pp. 155-160.

<sup>113</sup> La libertad de empresa en el modelo económico europeo y sus complejidades en MONEREO (2012), pp. 375-377, 384-396.

Donde no existen modelos ni políticas públicas que aseguren un ajuste equilibrado entre los intereses del capital y los del trabajador, es necesario que la legislación avance en este punto, garantizando condiciones jurídicas y materiales a los trabajadores cada vez mejores, de acuerdo al grado de desarrollo del país<sup>114</sup>. Los índices de bienestar tenidos en cuenta por la OCDE<sup>115</sup> para los países desarrollados son un buen referente para las políticas públicas. En este campo, nuestro país figura muy mal situado<sup>116</sup>.

En relación con los derechos de los trabajadores, el TC chileno en varias ocasiones ha ensayado ecuaciones de equilibrio frente al desenvolvimiento de la libertad de empresa. Pero han sido pronunciamientos más bien formales, sin una visión de conjunto que anude la concurrencia de derechos entre el trabajador y el empresario, en el sentido de unas relaciones entre capital y trabajo satisfactorias al interior del proceso productivo, en condiciones como las referidas arriba. Se ha sugerido que la legislación del trabajo no puede llegar al extremo de afectar el contenido esencial de la libertad de empresa, particularmente en lo que se refiere a las facultades de organización y dirección. Pero para que este derecho se ejerza de manera legítima ha de atenerse previamente a las normas legales que lo regulan en materia laboral<sup>117</sup>. El criterio ha sido aplicado de modo característico en los casos de “justa remuneración”<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Una reciente propuesta, en clave de la doctrina social de la Iglesia, en CECOTTI, Samuele (2013), *passim*.

<sup>115</sup> El índice es una alternativa al PIB para los efectos de medir el desarrollo de un país en términos no solo cuantitativos sino también cualitativos. OCDE *Better Life Index* (disponible en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/>).

<sup>116</sup> Al año 2012, Chile figuraba en el ranking de calidad de vida en el lugar 34 de los 36 países de la OCDE. *La Tercera*, edición del 23 de mayo de 2012. El 2013, nuestro país seguía mostrando la cifra deficitaria.

<sup>117</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1252-2008-INA, de 28 de abril de 2009, c. 2.

<sup>118</sup> En el caso de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, se ha debatido en el TC si la “justa remuneración” cubre también los tiempos de descanso y esperas que corresponde cumplir en función de los turnos laborales cuando no se realiza labor alguna. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2398-2013-INA, de 27 de agosto de 2013, cs. 3 a 8 (del voto de rechazo), cs. 26 a 36 (del voto por acoger de los Ministros Vodanovic, Carmona y García), y cs. 1 y 2 (del voto por acoger de Ministros Peña y Fernández). No hay mención, sin embargo, a la libertad de empresa. La disparidad de opiniones en el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2340-2012-INA, de 12 de septiembre de 2013; Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 2186-2012-INA, de 18 de abril de 2013. En otras ocasiones, se ha declarado inaplicable la norma debatida (inciso primero del artículo 25 del Código del Trabajo). Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2110-2011-INA, de 16 de octubre de 2012; Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2197-2012-INA, de 16 de octubre de 2012.

En esta área hay mucho que profundizar, sobre todo en atención a la etapa de desarrollo en que se encuentra Chile donde subsiste, por un lado, una amplia piramidalización del capital, y por otro, grandes inequidades en las condiciones de trabajo y en su retribución<sup>119</sup>.

En síntesis, la libertad de empresa garantizada por el artículo 19 N° 21 debe respetar las normas legales que se desarrollan en garantía de los derechos asegurados en el artículo 19 N°s. 16, 18 y 19. Más aún, desde una visión optimizadora de la libertad económica, el empresario debiera asumir un modelo de gestión que contribuya a elevar directamente el bienestar general de sus trabajadores.

b) En lo que respecta a las relaciones entre libertad de empresa y derecho del consumidor, en nuestro país es costumbre mirar este último como un parapeto de defensa de los más débiles frente a los abusos de la gran empresa. El derecho del consumidor se concibe en relaciones de conflicto con la libertad económica. Algo así como un gladiador débil que pide muchas armas para batirse en la arena con un gigante dispuesto a aplastarlo.

Esta mirada “conflictivista” del derecho del consumidor, y por mirada oblicua, de la libertad de empresa, es equívoca. En realidad, supuesto el ámbito de una economía abierta, ambos derechos debieran unirse en recíproca concurrencia. Al menos desde dos ángulos:

i) El ángulo del mercado. Si la libertad de empresa es una libertad que se ejerce *en* el mercado y *para* el mercado, el interés del empresario de maximizar sus beneficios debe concurrir con el interés del consumidor de maximizar su utilidad. Son dos caras de la misma moneda. No tiene sentido proteger a uno y desamparar al otro.

ii) La perspectiva del proceso productivo. La libertad económica de los distintos agentes del proceso –importador, fabricante, distribuidor mayorista, comerciante al detalle, etc.– no se sustenta sin el eslabón terminal: el consumo. Y este tampoco es posible sin bienes y servicios producidos oportunamente por la libertad de empresa. De ahí la necesidad de proteger con análoga fortaleza los derechos concurrentes de ambos agentes del mercado, anudándolos en aras del progreso económico de todos<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> SOLIMEO (2013), pp. 117-159. Concordamos con el autor en el diagnóstico, pero no en las soluciones, a nuestro juicio tiznadas en exceso por el ideal utópico de la igualdad.

<sup>120</sup> Sobre la concurrencia de la libertad empresarial, la libre competencia y los derechos del consumidor, VÁZQUEZ PENA, Manuel José (Dir.) (2013), pp. 31-43.

Los vínculos entre libertad de empresa y derecho del consumidor son, en consecuencia, armónicos. La mirada “conflictivista” es incompleta desde el punto de vista teórico. Aunque hay que reconocer que encuentra su fundamento en conductas abusivas habituales del empresario no suficientemente sancionadas a lo largo del tiempo. Tras ello se encuentran políticas públicas ineficientes y diseños débiles de protección del consumidor, cual es el caso de nuestro país<sup>121</sup>.

Pero no se trata solo de modelos débiles. En ocasiones, nuestra propia jurisprudencia ha llegado al extremo de proteger la libertad de empresa a costa de los intereses de los consumidores<sup>122</sup>, vulnerando dos principios jurídico-económicos esenciales para las relaciones de equilibrio entre empresa y consumo: a) la maximización del beneficio del empresario debe concurrir, en lo posible, con la maximización de la utilidad del consumidor; b) los costos del proceso productivo no los soporta únicamente el consumidor.

Últimamente, el TC ha mostrado más respeto por la protección al consumidor, reconociendo uno de los principios de oro que lo caracterizan en el plano de sus relaciones con la libertad de empresa: la regulación del consumidor tiene un carácter tutelar, atendida las condiciones asimétricas en que la actual economía productiva coloca al consumidor (en información, en capacidad negociadora y en posibilidad de hacer efectivo sus derechos)<sup>123</sup>. Queda pendiente, sin embargo, una adecuada identificación de las consecuencias jurídicas que de ahí derivan para la libertad de empresa, en clave de concurrencia entre ambos derechos<sup>124</sup>.

De cualquier forma, la legislación de protección del consumidor queda incorporada a las normas legales que regulan la actividad económica, de acuerdo al artículo 19 N° 21 de la Constitución<sup>125</sup>. Pero no se trata solo de un límite. En la medida en que el empresario respeta los derechos del consumidor que con él

---

<sup>121</sup> Se han detectado cinco grandes falencias en el diseño institucional chileno de protección al consumidor. ENGEL, MUÑOZ Y REPETTO (2013), pp. 13-29. También LORENZINI (2013), pp. 7-27 y 49-55.

<sup>122</sup> El año 1998, se justificó la constitucionalidad de un importante aumento de la tasa impositiva al tabaco y a los combustibles, entre otras razones, porque el gravamen no lo soportaba, en definitiva, el empresario, sino el consumidor. Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 280-1998-INA, de 20 de octubre de 1998, cs. 19 y 23.

<sup>123</sup> Tribunal Constitucional rol N° 980-2007-INA, de 13 de mayo de 2008, c. 9.

<sup>124</sup> Es un desafío amplio para nuestra doctrina. En las últimas publicaciones, AIMONE (2013), pp. 3-8 y BARRIENTOS *et al.* (2012), *passim*, parecen sopesar el carácter tutelar del derecho del consumidor únicamente desde la dimensión del conflicto.

<sup>125</sup> Por todos, NOGUEIRA (2010), p. 43.

concorre al mercado, vuelve más operativo el proceso jurídico y económico, que necesita del ejercicio de ambos derechos para desarrollarse.

#### IV. CONCLUSIÓN

Durante más de treinta años, parte de la doctrina chilena ha conceptualizado la libertad económica como un derecho de autonomía y de defensa frente a las intervenciones del Estado. Dicha concepción ha sido vital para el desarrollo del país, atendida la relevancia que la iniciativa privada tiene en este ámbito.

Sin embargo, tal concepción hoy parece deficitaria, y constituye la gran problemática que hay que saldar, particularmente en atención a las mutaciones del capitalismo contemporáneo, que han provocado una serie de disfuncionalidades, como la concentración del poder económico en pocas manos en importantes zonas del mercado o la desatención de los derechos concurrentes al interior del proceso productivo, sea de los micro y pequeños empresarios, sea del resto de los agentes económicos como los competidores, los trabajadores y los consumidores.

También hay que saldar esta deficiencia en todos los casos en que la libertad de empresa se hace cargo de la provisión de bienes esenciales (salud, educación, servicios básicos, y otros), explotando la actividad económica que los produce. En situación alguna tales bienes pueden quedar capturados por la lógica exclusivista de la pasión crematística.

Una noción *comprehensiva* de la libertad económica debiera, en consecuencia, vincular el derecho individual con el bien común, como ha sostenido otra parte de la doctrina chilena.

Este vínculo tiene un carácter positivo y no puramente negativo, y exige una definición precisa de determinados estándares que permitan anudar con equilibrio el interés privado con el interés social, en atención a las características de los diferentes mercados en donde opera la libertad económica. El problema radica en delimitar con precisión dichos estándares, preservando, por un lado, el contenido esencial del derecho, y armonizando, por otro, el haz de sus distintas facultades con la consecución de objetivos sociales mínimos. Este trabajo propone al respecto un primer ejercicio de clarificación.

Los estándares de bien común que proponemos y analizamos son los siguientes:

1. El ejercicio de la libertad económica requiere siempre de una regulación *ordenadora* de la actividad que constituye su objeto. Para tales efectos debe ajustarse a la naturaleza y finalidad de dicha actividad, así como al grado de relevancia en que está implicado el interés general.

2. La libertad económica, especialmente en su faceta de libertad de empresa, está unida, por un vínculo esencial, al mercado, por lo que debe adecuarse a sus reglas. Tratándose de una economía *social* de mercado, dichas reglas están orientadas no solo por la lógica del beneficio particular de los agentes económicos, sino también por la lógica de la compensación social.

3. El “lucro” no define el sentido último de la libertad de empresa. Esta garantiza cualquiera actividad lícita de producción y distribución de bienes y servicios (para el mercado), se realicen o no con ánimo de lucro.

4. Hay que fortalecer la correlación que enlaza la libertad económica de un individuo con la libertad económica de terceros al interior del mercado. De ahí la necesidad de una legislación apropiada de defensa del mercado y de la competencia, la que debe ser real, libre y suficiente. El respeto por la competencia es un deber connatural al ejercicio de la libertad empresarial, y no puede escindirse de ella, como un elemento meramente accidental.

5. La libertad económica, particularmente la libertad de empresa, debe concurrir armónicamente con los derechos del resto de los agentes económicos que son protagonistas del proceso productivo. Tal libertad está inserta en dicho proceso y es inseparable de él. Tan importante como el respeto a la libre iniciativa de los dueños del capital es la tutela de los derechos de los trabajadores (especialmente el “salario justo”, las condiciones laborales y la adecuada protección social), así como la protección de los derechos de los consumidores.

Dentro de la dogmática constitucional vigente, todos estos estándares admiten ser establecidos por ley, de modo que pasen a integrar las “normas legales” que regulan el ejercicio de la actividad económica, de acuerdo a los límites autorizados por el artículo 19 N° 21. Algunos de ellos ya inspiran, como principio o criterio general, la regulación legal chilena, como los señalados en (1), (4) y (5), pero hace falta superar sus deficiencias, y a nivel conceptual, integrarlos explícitamente a la libertad de empresa.

En segundo lugar, y a fin de preservar el espacio de autonomía anejo al derecho, es necesario que los estándares precedentes sean correlacionados más precisamente con los diversos elementos internos del derecho en análisis, a saber, su *fundamento*, *objeto*, *contenido*, *límites* y *naturaleza*:

1. La libertad económica no tiene un *fundamento* puramente economicista sino más bien “personalista”, pues expresa la dignidad de la persona, su espiritualidad creadora y su legítima autonomía. El beneficio económico es un correlato de ello, y no a la inversa. Dicha dimensión personalista merece, sin embargo, un ajuste, pues el marco de referencia del derecho no es solo el propio beneficio

sino también la “colaboración con el bien común”, espacio donde se conjugan los principios de libertad-primacía y subsidiariedad así como sus correlatos de servicialidad y solidaridad. Es esta la manera más apropiada de proyectar los principios del artículo 1º de la Constitución al artículo 19 N° 21.

2. El *objeto* del derecho es de carácter *negativo, indeterminado y autosuficiente* (poder para realizar cualquier actividad económica). Sin embargo, la delimitación *concreta* de una actividad económica específica no queda totalmente entregada a la iniciativa particular, dada las prohibiciones fundadas en la moral, el orden público y la seguridad nacional, y la necesidad de que las normas legales regulen el ejercicio del derecho, de acuerdo al estatuto consagrado en el artículo 19 N° 21. En este sentido, cada género de actividad económica requiere de grados distintos de regulación ordenadora de acuerdo con lo que exija su propia naturaleza, o la mayor o menor necesidad de preservar intereses de terceros o bienes comunes, según ya indicamos.

3. Respecto al *contenido* del derecho, hay que distinguir entre “libertad económica” y “libertad de empresa”, para luego tipificar el haz de facultades que nace de esta última: la libre iniciativa económica o libertad de emprender; la libertad de organización o derecho a la empresa; la libertad de dirección de la actividad empresarial; y la libertad de actividad en el mercado. Estas facultades integran, en principio, el contenido esencial del derecho. Cada una de ellas se vincula a distintas finalidades, en las que posteriormente se exige su compatibilidad (positiva o negativa según los casos) con las exigencias del bien común.

4. En cuanto a la *naturaleza* del derecho. Este se delimita no solo analizando su contenido y objeto, sino también sus finalidades. Como ya queda referido, la libertad económica protege la producción de bienes y servicios para el mercado, sin que le sea esencial el fin puramente lucrativo.

5. La libertad de empresa concurre en sus diversas facultades (creación de empresa y acceso al mercado, organización y dirección económica, etc.) con los derechos de los demás agentes económicos al interior del proceso productivo del que todos forman parte. Se impone una tarea de ajuste armónico entre todos estos derechos concurrentes, sea que tengan cobertura constitucional o legal. En esta tarea de ajuste, tales derechos funcionan no solo como límites a la libertad de empresa sino también como garantía de su legítimo desenvolvimiento y como tutela del correcto funcionamiento del mercado.

En razón de todo lo expuesto, estimamos que una concepción *comprehensiva* de la libertad económica, como la que aquí presentamos, abre un espacio de

reflexión en la doctrina chilena, especialmente de cara a las futuras reformas constitucionales que se proyectan. En todos los aspectos donde la libertad económica y el bien común podrían disociarse, se requiere de un esfuerzo de composición armónica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIMONE, Enrique (2013): *Protección de Derechos del Consumidor* (Santiago, Thomson Reuters).
- AIMONE, Enrique (2014): *Actividades económicas reguladas. Teoría y casos* (Valparaíso, Thomson Reuters-La Ley).
- ALBERT, Michel (1997): *Capitalismo contra capitalismo* (traducción de José Federico DELOS, Buenos Aires-Barcelona, Paidós).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2012), “Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación. Análisis de una incógnita”, en *Actualidad Jurídica*, XIII, N° 25, enero 2012, pp. 29-80.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2013a): “La Jurisprudencia del amparo económico: los tres grandes déficits de la última década”, en *Estudios Constitucionales* (año 11, N° 1), pp. 167-220.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2013b): “Los derechos humanos como ideología. Una lectura desde el pensamiento anti-moderno”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, (Año 2, N° 3), pp. 39-73.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2013c), “Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado. Hacia un derecho social *plurivalente* en el marco de una economía social de mercado”, en *Ius et Praxis*, 19, N° 2, pp. 123-177.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2014), “Las tendencias perversas del neo-capitalismo”, en AYUSO, Miguel (ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons), pp. 237-262.
- ARIAS, Xosé y COSTAS, Antón (2012): *La torre de la arrogancia. Políticas y mercados después de la crisis* (Barcelona, Ariel, segunda edición).
- ARIÑO, Gaspar (1996): *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, De Palma, Buenos Aires, pp. 97-110.
- ARIÑO, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico* (Lima-Madrid, Ara editores).
- ARÓSTICA, Iván (1995): “Acción de amparo económico. Acerca del recurrente y el recurrido”, en *Gaceta Jurídica* (N° 182), pp. 7-14.

- ARÓSTICA, Iván (2001): *Derecho Administrativo Económico. La libre iniciativa privada y actividad empresarial del Estado* (Santiago, Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás).
- ATRIA, Fernando; LARRAÍN, Guillermo; BENAVENTE, José Miguel; COUSO, Javier; JOIGNANT, Alfredo (2013): *El Otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* (Santiago, Debate).
- ATRIA, Fernando (2013), *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano* (Santiago, Catalonia).
- BAGUS, Philipp (2012): *La tragedia del euro* (Madrid, Unión Editorial).
- BARRIENTOS, Francisca, DE LA MAZA, Iñigo; PIZARRO, Carlos (2012): *Consumidores* (Santiago, Thomson Reuters).
- BEAUD, Michel (2010): *Histoire du capitalisme 1500-2010* (Paris, Seuil).
- BELL, Daniel (1973, 1999): *The Coming Of Post-industrial Society* (New York, Basic Books).
- BERTELSEN, Raúl (1997): “El Estado empresario en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 14), pp. 115-126.
- BERTELSEN, Soledad (2010): “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales” (Santiago, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N° 42).
- BETANCOR, Andrés (2010): *Regulación: mito o realidad. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos* (Cizur, Civitas-Thomson).
- BORRELL, Josep (2012): *La crisis del euro: de Atenas a Madrid* (Barcelona, Turpial, tercera edición).
- BRONFMAN, Alan; MARTÍNEZ, José Ignacio; NÚÑEZ, Manuel (2012): *Constitución Política comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, AbeledoPerrot).
- BRUCKNER, Pascal (2002): *Misere de la prospérité. La religion marchande et ses ennemis* (París, Grasset).
- BRUNA, Guillermo (1985): “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, en *Revista Política* (N° 13), pp. 59-76.
- BULNES, Luz (1985): “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica”, en *Revista de Derecho Público* (N° 37-38), pp. 149-165.
- CAMACHO, Gladys (2007): “La actividad sustancial de la administración del Estado”, en PANTOJA, Rolando, *Derecho Administrativo Chileno*, (México, Porrúa-UNAM), pp. 408-457.
- CASTELLANO, Danilo (2010): *Orden ético y derecho* (traducción de Miguel AYUSO, Madrid-Barcelona, Marcial Pons).

- CEA E., José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CEA E., José Luis (1991): “Notas sobre el orden público económico”, en *Gaceta Jurídica* (Nº 135), pp. 18-32.
- CEA E., José Luis (2013): *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, segunda edición actualizada).
- CECOTTI, Samuele: *Associazionismo aziendale. La regolazione secondo giustizia del rapporto capitale/laboro (nell'impresa economica) nel progetto sociale di Carlo Francesco D'Agostino*, Cantagalli, Siena, 2013.
- CHANG, Ha-Joon (2010): *23 Things They Don't Tell You About Capitalism* (London, Penguin Books).
- CIDONCHA, Antonio (2006): *La libertad de empresa* (Cizur, Civitas).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2001): “El principio de subsidiariedad”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *Veinte años de la Constitución Chilena: 1981-2001* Santiago, ConoSur, pp. 89-91.
- CUEVAS FARREN, Gustavo (2006): “Protección constitucional de la libertad económica: notas y reflexiones”, en *Letras Jurídicas* (Nº 2), pp. 1-32.
- CUMPLIDO, Francisco (1995): “Actividades económicas de las personas en la Constitución”, en *Estudios Sociales* (Nº 85), pp. 109-145.
- DÍAZ DE VALDÉS J., José Manuel (2010): “Anomalías constitucionales de las Superintendencias: un diagnóstico”, *Estudios Constitucionales* (Año 8, Nº 1), pp. 249-282.
- DIEZ, Sergio (1999), *Personas y valores. Su protección constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *Sistema de derechos fundamentales* (Cizur, Thomson-Civitas, tercera edición).
- DIP, Ricardo (2009): *Los derechos humanos y el derecho natural. De cómo el hombre “imago Dei” se tornó “imago hominis”* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- DOUGNAC, Fernando (1986): “La garantía constitucional del Nº 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con los demás que configuran el ‘Orden Público Económico’”, en *Gaceta Jurídica* (Nº 68), pp. 6-12.
- EMBED, Antonio (2012): *La constitucionalización de la crisis económica* (Madrid, Iustel).
- ENGEL, Eduardo; MUÑOZ, Ernesto; REPETTO, Andrea (2013): *Propuesta para una Protección Eficaz de los consumidores*, Informe de Políticas Públicas Nº 1, de Espacio Público, agosto, pp. 13-29.

- ERRÁZURIZ, Juan M. (2002): “Recurso de amparo económico ante la jurisprudencia: ¿carácter declarativo?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finnis Terrae* (Nº 6), pp. 441-447.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1996): “Acciones cautelares de la libertad económica”, en *Revista Temas de Derecho* (Año 11, N°s. 1-2), pp. 49-61.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- EVANS, Eugenio (2001): “El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 28, Nº 2), pp. 227-237.
- FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 24, Nº 2), pp. 91-111.
- FERMANDOIS, Arturo (2000): “El orden público económico bajo la Constitución de 1980”, en *Ius Publicum* (Nº 4), pp. 63-78.
- FERMANDOIS, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición). Tomo I.
- FERMANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile). Tomo II.
- FERMANDOIS, Arturo (2014): “El mito de la Constitución neoliberal: Derechos sociales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA, José Francisco (Coor.), *Nueva Constitución o Reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 213-242.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, Nº 3), pp. 587-620.
- FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION USA (2011): *Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States* (Washington, Official Government Edition).
- FINNIS, John (1998): *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- FRIEDEN, Jeffrey (2006): *Global Capitalism. Its Fall and Rise in the Twentieth Century* (New York-London, Norton).
- FRICKHÖFFER, Wolfgang (1982): “La implantación de una economía de mercado: el modelo alemán y el modelo chileno”, *Estudios Públicos*, Nº 6, pp. 89-98.
- GAMONAL, Sergio (2013): “El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales* (Año 11, Nº 1), pp. 425-457.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009): *Democracia, jueces y control de la Administración* (Cizur, Thomson Civitas).
- GARCÍA ESCUDERO, José María (1960), *Los principios de solidaridad y de subsidiariedad, como postulados de la política social*, Publicaciones españolas, Madrid.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín (Dir.) (2013), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa. 20 casos de Jurisprudencia Constitucional*, (Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona), pp. 87-691.
- GÓMEZ, Gastón (2009): “Notas sobre el recurso de amparo económico. La jurisprudencia y la fisonomía de la acción”, AA.VV., *Temas actuales de derecho constitucional. Libro homenaje al Profesor Mario Verdugo M.* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 97-118.
- GUERRERO, Roberto (1979): “La Constitución Económica”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 6, N°s. 1-4), pp. 79-94.
- GUERRERO, Roberto (2001): “El orden público económico”, en NAVARRO, Enrique (ed.), *20 años de la Constitución chilena* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur-Universidad Finis Terrae), pp. 307-329.
- GUZMÁN, Lionel (1999): “Paralelo entre el recurso de protección y el recurso de amparo económico”, en *Gaceta Jurídica* (N° 224), pp. 49-68.
- HARVEY, David (2010): *The Enigma of Capital: And the Crises of Capitalism* (London, Profile Books).
- HERNÁNDEZ, Domingo (2010): “El recurso de amparo económico: una tendencia jurisprudencial peligrosamente reduccionista”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N° 1), pp. 443-463.
- HUIDOBRO, Ramón (1988): “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”, en *Revista de Derecho Público* (N°s. 43-44), pp. 98-116.
- IRARRÁZAVAL C., Arturo (1987): “Principios económicos de la Constitución de 1980”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 14), pp. 97-115.
- JAEDERLUND, John (1999): *El recurso de amparo económico. Doctrina, procedimiento, jurisprudencia* (Santiago, Librotecnia).
- LASCANO, Iván (2008): *El Ordoliberalismo alemán y la economía social de mercado* (México, UNAB).
- LOO GUTIÉRREZ, Martín (2009): “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2009), pp. 391-426.

- LÓPEZ DE CASTRO, Lucía, y ARIÑO, Gaspar (2003): *La competencia en sectores regulados: regulación empresarial y mercados de empresas* (Granada, Comares).
- LÓPEZ M., Sebastián (2012): *Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Cuadernos del TC, N° 48).
- LORENZINI, Jaime (2013), *Protección Efectiva del Consumidor*, Documento de referencia 4, Espacio Público, pp. 7-27 y 49-55.
- MERCADO, Pedro (2012): “Libertad de empresa”, en MONEREO, Cristina y MONE-REO, José Luis, *La Europa de los derechos* (Granada, Comares), pp. 375-400.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2004): *Globalización y Estado de Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Madrid, Thomson Civitas).
- NAVARRO, Enrique (1997): “Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas constitucionales de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (N° 1), pp. 117-142.
- NAVARRO, Enrique (1998): “Protección y amparo de la libertad económica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (N° 2), pp. 77-93.
- NAVARRO, Enrique (1998): “Protección y amparo de la libertad económica en Chile e Hispanoamérica”, en *Revista Chilena de Derecho*, edición especial, pp. 185-195.
- NAVARRO, Enrique (1999): “Notas sobre el contenido esencial del derecho a emprender cualquier actividad económica”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (N° 3), pp. 19-28.
- NAVARRO, Enrique (2000): “El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho Público* (N° 62), pp. 32-47.
- NAVARRO, Enrique (2001): “El Recurso de amparo económico (notas sobre diez años de jurisprudencia)”, en NAVARRO, Enrique (ed.), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur), pp. 451-468.
- NAVARRO, Enrique (2003): “Orden Público Económico y Libre Competencia”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (N° 7), pp. 67-78.
- NAVARRO, Enrique (2007): “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 2), pp. 99-119.
- NAVARRO B., Enrique y CARMONA S., Carlos (Editores) (2011): *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)* (Santiago, Cuadernos del TC, N° 45).

- NOGUEIRA, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 7, N° 2), pp. 143-205.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): “Análisis crítico sobre la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre el recurso de amparo económico”, en *Gaceta Jurídica* (N° 360), pp. 7-27.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia). Tomo 4.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), en español OCDE, *Better Life Index* (fecha de consulta: 5 de enero de 2014) (Disponible en: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/>).
- OSSENBÜHL, Fritz (1991): “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (N° 32), pp. 9-44.
- PRADO, Maximiliano (2007): “Limitaciones de los derechos humanos, algunas consideraciones teóricas”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 34, N° 1), pp. 61-90.
- RESTREPO, Manuel (2007): “La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de Derecho”, en *Saberes* (N° 5), pp. 1-18.
- RIFKIN, Jeremy (2000): *The Age Of Access: The New Culture of Hypercapitalism, Where All of Life is a Paid-For Experience* (New York, Putnam Publishing Group).
- RIVERA, Teodoro (2014): “El Orden Público Económico en la Constitución Chilena: fundamentos de un exitoso modelo de desarrollo”, en GARCÍA, José Francisco (Coor.), *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 189-212.
- RUIZ TAGLE, Pablo (2000): “Principios constitucionales del Estado Empresario”, en *Revista de Derecho Público* (N° 62), pp. 48-65.
- SAIEH MENA, Cristián (2011): *Derecho para el emprendimiento y los negocios* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, segunda edición).
- SCHURMAN, Miguel (2006): “Orden público económico y principio de subsidiariedad: argumentos para una crítica”, en *Revista de Derecho y Humanidades* (N° 12), pp. 217-229.

- SENNETT, Richard (2006): *The Culture of the New Capitalism* (New Haven, Yale University Press).
- SEGOVIA, Fernando (2004): *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo IV.
- SOLARI, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. XX, N°s. 2-3), pp. 333-344.
- SOLIMEO, Andrés (2013): *Capitalismo a la chilena y la prosperidad de las Élités*, Catalonia, Santiago, 2ª ed., pp. 117-159.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1993): “Amparo económico y rol subsidiario de Estado”, en *Revista Temas de Derecho* (Vol. 8, N° 1), pp. 105-136.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1999): “La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile”, en *Ius Publicum* (N° 2), pp. 119-128.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing-Abeledo Perrot).
- STIGLITZ Joseph (2010): *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy* (New York, Norton & Company).
- TIRONI, Ernesto (1987): “Otro rol para el Estado de Chile: de Subsidiario a Promotor”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. XIV, N° 1), pp. 171-185.
- THUROW, Lester (1996): *El futuro del capitalismo. Cómo la economía de hoy determina el mundo del mañana* (traducción de Federico Villegas), Javier Vergara Editor, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- UGARTE, José Luis (2007): “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 20, N° 2), pp. 49-67.
- URETA, Ismael (1997): *Recurso de amparo económico* (Santiago, Editorial ConoSur).
- VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego (2008): “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35, N° 1), pp. 135-156.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1998-1999): “El Derecho como ciencia moral y como moderador de la Política y la Economía”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (año LI, N° 76), pp. 543-577.
- VARAS, Paulino (1998): “Amparo Económico”, en *Revista de Derecho Público* (N° 49), pp. 45-70.

- VARAS, Paulino (2002): “De la razón –no establecida por la jurisprudencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema– de por qué es meramente declarativa la sentencia definitiva de amparo económico”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Vol. I, Año 80, N° 212), pp. 307-316.
- VÁZQUEZ PENA, Manuel José (2012): *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (Valencia, Tirant).
- VEGA, Francisco y ZUÑIGA, Francisco (1997): “Recurso de amparo económico: selección de jurisprudencia”, en *Gaceta Jurídica* (N° 209), pp. 9-45.
- VERGÉS I JAIME, Joaquim (2010): “Economía Política de la Intervención sobre el Mercado”, Pirámide, Madrid, pp. 81-86.
- VIERA, Cristián (2013): *Libre Iniciativa Económica y Estado Social: Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena* (Santiago, Thomson Reuters).
- YAÑEZ, Eugenio (2001), “¿La vía chilena hacia una economía social de mercado?”, *Acontecimiento*, N° 60, 2001, pp. 7-9.

### *Sentencias Tribunal Constitucional*

- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 146-1992-INA, de 21 de abril de 1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 167-1993-INA, de 6 de abril de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 226-1995-INC, de 30 de octubre de 1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 280-1998-INC, de 20 de octubre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 467-2006-INA, de 14 de noviembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 513-2006-INA, de 2 de enero de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional roles N°s. 694-06 y 695-06-INA (acumulados), de 5 de julio de 2007 (inaplicabilidad).
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 980-2007-INA, de 13 de mayo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1252-2008-INA, de 28 de abril de 2009.

- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1416-2009-INA, de 14 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1448-2009-INA, de 7 de septiembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1413-2009-INA, de 16 de noviembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1572-2009-INA, de 30 de noviembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2110-2011-INA, de 16 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2197-2012-INA, de 16 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2186-2012-INA, de 18 de abril de 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2398-2013-INA, de 27 de agosto de 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2340-2012-INA, de 12 de septiembre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2337-2012-INA, de 1 de octubre de 2013.