



Sección Diálogos

Elementos Constitucionales del Régimen Económico

Jorge Streeter

*Abogado de la Universidad de Chile. Of
Counsel de FerradaNehme.*

I. LA CONSTITUCIÓN

“Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”*

* Así reza el N° XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En su entusiasmo los integrantes de la Asamblea Nacional francesa olvidaron o ignoraron lo que ocurría al otro lado de La Manche (*en inglés, the Channel*): *The British Constitution is not a written document, but a collection of mostly unwritten -and somewhat flexible- customs, conventions and rules. It is also based on a long tradition of the rule of law.* M. Byers en LRB Vol. 21 N° 2, 1999.

Elementos constitucionales del régimen económico

Jorge Streeter

Abogado de la Universidad de Chile.
Of Counsel de FerradaNehme.

¿Qué es esa *Constitución* a que hace referencia la Declaración de 1789?

Lo primero: esa Constitución es un texto, un escrito, una colección más o menos coherente de enunciados y de proposiciones -muchas de ellas prescriptivas- que ha sido creado y redactado como una magna obra del arte de la política con vista al gobierno de la *res publica* y a la conducta de las personas e instituciones que la forman.

Lo segundo: este *magnum opus* político se crea, se escribe, se comunica a la generalidad de las personas y se pone en vigencia para que los individuos y las instituciones ajusten su hacer y su omitir a lo que la Constitución les prescribe. Ello podrá ser así en la medida y forma cómo el texto sea comprendido y aplicado por las personas a quienes se dirige la comunicación, a saber, los órganos del Estado y la generalidad de los ciudadanos.

Lo tercero: la sustancia del texto constitucional está en que él contenga los *atributos del poder* y las *garantías de la libertad*, conforme al acertado dicho de Georges Burdeau.

II. EL TEXTO CONSTITUCIONAL, SU INTELIGENCIA Y SU APLICACIÓN

La comprensión de lo que el político ha creado –que se llama *Constitución*, pero que de momento sólo es un texto– frecuentemente encierra una paradoja.

Escribiendo sobre la Declaración de 1789 el jurista español Gregorio Peces-Barba Martínez¹ cierra sus reflexiones con las siguientes frases:

“La Declaración de 1789 sí que (...) está vigente. Si se evita tomarla al pie de la letra (...) su valor es vivo y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre (...) y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico”.

Esa breve frase *“Si se evita tomarla al pie de la letra (...)”* pone ante nosotros un fenómeno de sobra conocido: el tenor literal –sea de la Declaración, de una ley o de la misma Constitución– puede ser comprendido, interpretado y aplicado de diversas formas y es frecuente que así ocurra en las causas civiles o criminales de que conocen los tribunales de justicia, así como en las determinaciones que adoptan las autoridades de la Administración. Se arguye que ello sería así solamente si el tenor literal del precepto no es claro, preciso, distinto, pero no cabe olvidar que la claridad y precisión del texto es, de suyo, una cuestión potencialmente controvertida.

Un precepto constitucional o legal puede tener –sea porque se le *descubre* o porque se le *atribuye*– más de un sentido, más de un significado, más de una posible aplicación. Por ende, el mismo tenor literal, si es controvertido en juicio, lleva dentro de sí dos leyes diferentes: una de ellas conduce a la absolución y la otra al castigo; una de ellas mueve al juez a acoger la demanda, la otra a desecharla.

Dicho en otros términos, es posible que un mismo texto, que una misma comunicación expresada en palabras escritas (el *tenor literal*), tenga para una persona la inteligencia ‘X’ mientras que para otra –su contraparte en juicio, por ejemplo– el texto se comprenda en el sentido ‘no-X’².

En definitiva, será tarea y deber del juez –o del administrador, en su caso– decidir cuál de esos sentidos contrapuestos será acogido en su sentencia³ o en su resolución o dictamen.

Se ha derrochado ingenio y mucho se ha escrito para hacer lugar a eso de la *única respuesta correcta*, con lo que se quiere decir que la reflexión y la ciencia jurídica permitirían saber con un

1 Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los Derechos del Hombre en 1789*, en *Anuario de Filosofía del Derecho VI* (1989), pp. 57-128.

2 Hace algunos años redacté unas páginas acerca de este tema. Con el título *El texto y sus leyes* esas reflexiones fueron presentadas en una reunión académica en la Universidad de Valparaíso y luego se publicaron en la revista *Societas* de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales N° 14 (2012), pp. 227 y ss.

3 El precepto legal que el juez está llamado a aplicar es un texto escrito dotado de significado jurídico. Inventar (*inventar* quiere decir *encontrar algo, buscándolo*) el sentido que debe atribuirse al texto (sentido que se encuentra en el texto mismo, por lo que esa atribución es precisamente una invención o descubrimiento) es el resultado de la interpretación. No debe el tribunal desvincular el texto escrito (que es la *materia* del precepto) del sentido que se le atribuye con vista a su aplicación al caso (siendo ese sentido la *forma* del precepto). Es la unificación de texto y sentido lo que hace al precepto producir un determinado efecto y no otro que, con otra inteligencia de texto y sentido, habría sido posible. Es ampliamente reconocido hoy en día que un mismo texto escrito puede tener más de un sentido y que el juez debe escoger uno de ellos. Será en la motivación de la sentencia que el juez deberá dar razón suficiente de por qué prefirió un sentido en vez de otro que también se había invocado en el proceso. Esta realidad: hay un solo texto escrito, pero en él pueden revelarse dos leyes distintas según fuese el sentido que se descubre en el texto, es cuestión que no puede soslayarse al momento de redactar el texto constitucional. La claridad y precisión de las palabras y de las proposiciones que forman el texto son de la esencia de su futura inteligencia y aplicación. Ello no evitará los desacuerdos, pero reducirá su número y su alcance, facilitará –en su momento– el respeto a los precedentes y dará resguardo a la seguridad o certeza jurídica.

grado aceptable de certeza cuál es en la realidad –despojándose uno de su discrecionalidad– el sentido *verdadero o correcto* de la regla o norma escrita por el político y que deberá ser aplicada por el juez o por el administrador.

Se trata de una mera ilusión que no resiste una contrastación rigurosa con la experiencia en la práctica del derecho. Las divergencias, las disidencias, las discrepancias, los desacuerdos son patentes: no sólo están a la vista, sino que, en ocasiones, se sienten, duelen, se padecen.

Pongamos los ojos en ilustraciones que nos permitirán ver cómo hay maneras bien diversas de apreciar la relación entre lo que dicen las normas constitucionales y la aplicación que de ellas se hace⁴.

1ª ilustración

La propiedad inviolable en Chile

La inviolabilidad del derecho de dominio figuró en las constituciones chilenas por muchos años, tantos como transcurrieron entre 1828 y 1967.

La Constitución de 1828 en su artículo 10 disponía que *“La nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, (...) la propiedad”* y el artículo 17 establecía la protección de que gozaba este derecho inviolable.

El artículo 12 N° 5 de la Constitución de 1833 mantenía *“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan á particulares ó comunidades (...)”*.

La misma garantía figuró en el artículo 10 N° 10 del texto original de la Constitución de 1925: *“La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna”*.

La inviolabilidad del derecho de dominio desapareció de la Constitución en virtud de la reforma aprobada por la Ley N° 16.615 que hizo posible la extensión de la reforma agraria a mediados de la administración del Presidente Eduardo Frei M.

Se estimó que habría una contradicción insalvable entre esa inviolabilidad y la extensión, sin precedentes en el derecho constitucional chileno, de la expropiación, de las obligaciones y de las limitaciones de la propiedad.

La intervención del Ministro de Justicia de la época ante la Comisión de Constitución del Senado afirmó la percepción de esa incompatibilidad.

Algunas de sus opiniones destacaron que:

“Lo que la Constitución actual garantiza es el objeto del derecho de dominio, asegura su situación presente a los actuales poseedores, que su propiedad resulte inviolable.”

⁴ Serían más bien formas diversas de valerse de la razón en el pensamiento y en la argumentación jurídica, tal como ocurre en las causas o controversias litigiosas; el autor A. Giuliani lo ha llamado la *lógica de la controversia*.

En el texto de la Constitución vigente, el derecho de propiedad aparece sujeto a un estatuto de excepción, que lo declara inviolable.

La inviolabilidad, jurídicamente considerada, consiste en que un derecho no quede sujeto a las alternativas de la ley futura. Esta inviolabilidad ha sido reforzada por el texto constitucional respecto del derecho de dominio, rodeándolo de mayor seguridad, y en tal sentido su inviolabilidad es mayor que la de los otros derechos, pues si bien la ley futura puede imponerle limitaciones, éstas deben restringirse a las causales y casos que la propia Constitución prevé en el inciso final del N° 10.

La inviolabilidad desaparece del texto mismo, lo que resulta sano y plausible porque denota el propósito de cambios en el derecho.

La garantía constitucional, en los términos actuales, da ciertamente seguridad al propietario; pero una seguridad excesiva, gratuita e inamovible”.

Los razonamientos del Ministro ilustran una manera de pensar la Constitución más como norma jurídica que como expresión política. Por ello, hace primar el rigor del derecho por sobre la flexibilidad de la política.

Es curioso que así se considerasen estas materias, porque la realidad política y administrativa de Chile ponía a vista de todos más de algún conjunto de reglas que tenían plena aplicación, y fue así en varias administraciones de distinto signo político y económico, a pesar de ser ellas contrarias a la Constitución –sobre todo porque contrariaban el derecho de dominio– y a leyes vigentes. Piénsese en ciertas disposiciones del D.L. N° 520 de 1932; en el Reglamento de Industrias de 1954; en el D.S. N° 419 (Economía) de 1968 que reguló el mercado de la harina; y tantas otras. Los trabajos del Profesor Aramayo⁵ daban amplia información sobre muchas de esas reglas.

En suma, nuestra forma de tratar la Constitución que estuviese vigente, una forma más jurídica que política, hacía a menudo olvidar que *“The problem is the politics. The professionals, the experts, the idealists naturally prefer reason. But politics, which is driven by power and passion, trumps reason every time”*⁶.

Y esto último es muy cierto en un tema fundamental, cual es el amparo del derecho de propiedad, que constituye *“a titanic struggle’ over the constitutional protection of private property. Can property rights be guaranteed without alienating the democratic socialists who fight for economic justice?”*⁷.

5 Sus escritos, de amplia divulgación, comprendían *Régimen Legal del Comercio Interno, Régimen Legal del Comercio Exterior* -que incluía el estudio de las reglas sobre cambios internacionales- y *Régimen Legal de la Industria Manufacturera*. Ver Apéndice N° 3.

6 R. Braithwaite, en LRB Vol. 35 N° 2, 2013.

7 J. Waldron, en LRB Vol. 47 N° 17, 2019.

2ª ilustración

La propiedad inviolable en Francia

Una manera distinta de pensar la Constitución y el derecho de dominio ante la ley es la que se aprecia en el sistema francés.

La Asamblea Nacional francesa acordó exponer los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre en su solemne Declaración de 1789, vigente al día de hoy conforme al Preámbulo de la Constitución francesa de 1958.

El texto del N° 17 de la Declaración es el siguiente:

“Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de que haya una justa y previa indemnización”.

Esa prescripción era una de las consecuencias del texto elemental transcrito en el N° 2 de la Declaración:

“La finalidad de cualquiera asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

No tan *inviolable y sagrada* sería la propiedad como que el texto del N° 9 del Preámbulo a la Constitución de 1946, que también forma parte integrante de la Constitución francesa de 1958, prescribe que:

“Todo bien, toda empresa, cuya explotación tiene o adquiere las características de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe pasar a ser de dominio de la colectividad”.

Esta última regla, sensata y adecuada para muchos, sin embargo, a más de alguno le hará pensar que ella no se aviene con la letra de los números 2 y 17 de la Declaración de 1789.

De allí tal vez venga eso de Peces-Barba: *“Si se evita tomarla al pie de la letra (...)”.*

La propiedad, declarada en los textos *un derecho inviolable y sagrado* desde 1789, para nada impidió que L. Duguit propusiera que el dominio constituía una función social; tampoco impidió las nacionalizaciones ni la intervención estatal.

Es muy ilustrativo el reciente y completo trabajo elaborado a iniciativa de la Corte de Casación y que fue publicado en su Estudio Anual 2019: [La propriété dans la jurisprudence de la Cour de Cassation](#)⁸.

En sus más de 200 páginas, el estudio destaca que la propiedad es uno de los pilares del pacto social y del funcionamiento de la economía de mercado. Su jurisprudencia trata desde la majestad decimonónica del dominio hasta la posterior socialización. Y ésta no habría sido posible sino atendiendo, cuando fuere indispensable, a la frase de Peces-Barba: *“Si se evita tomarla al pie de la letra, (...) si se tiene en cuenta la dialéctica razón e historia”.*

No puedo sino concluir que la relación de la Constitución con la ley es pensada en Francia y en Chile de distinta manera y que ello es algo que no se debiera ignorar en este momento.

8 Está disponible en el sitio internet de la Corte de Casación francesa.

III. LA CONSTITUCIÓN NO DETERMINA, SINO QUE INDICA UN CAMINO

De lo anterior pudiera tal vez deducirse una lección, a saber: la Constitución, que ha sido creada como una obra de la política para ser luego puesta en aplicación como una regla de derecho, respondería al aforismo de Heráclito de Éfeso (DK 93):

*"El dios cuyo oráculo está en Delfos no muestra ni oculta,
sino que da un signo [sugiere]"⁹*

*"El señor, al que pertenece el oráculo que está en Delfos,
ni descubre ni esconde, sólo insinúa"¹⁰*

El dios Apolo sugiere un camino e indica señales acerca de cuál sería el buen camino; ellas equivalen a nuestros elementos, como denominamos a esas prescripciones que son fundamento de las demás reglas del texto y a partir de las cuales puede descubrirse lo que de ellas –los elementos que dan su sustancia al régimen– se sigue, así como lo que dichos elementos proscriben.

Al tiempo de redactar un texto constitucional es indispensable estar bien convencidos de que la interpretación y la aplicación de lo que en el texto se escribe puede no solamente discrepar de lo que los redactores originales estimaron conveniente, sino que las discrepancias pueden ser tales que den origen a diversas y contrapuestas reglas fundamentales a partir de un mismo escrito.

La interpretación constitucional ha sido eminentemente variable en el conocimiento y fallo de las acciones constitucionales (inaplicabilidad, protección, amparo económico) como lo ilustran causas como *Molinera del Norte* y *Curtidos Bas*, cuestiones como el sentido y alcance de la acción de amparo económico y conceptos que antes tuvimos por afinados, como el de *cosas incorporales*, hasta que las sentencias de protección nos dijeron lo contrario.

De lo escrito a lo resuelto puede haber largo trecho.

Algo de ello tal vez se deba a que ni la deferencia a otras decisiones ni el respeto a los precedentes –este respeto, conforme a la plena aplicación del principio de razón suficiente– han sentado tienda entre nosotros.

Más de alguna vez se sostiene que el respeto a las decisiones anteriores inmoviliza el derecho, pero esa afirmación no resiste un análisis objetivo.

Los países de *common law*, pensemos en Inglaterra y EE.UU., de entre muchos ejemplos en contrario nos ofrecen uno que es de la mayor importancia: la responsabilidad por productos defectuosos.

Una primera restricción –tal responsabilidad sólo tenía cabida entre personas que han contratado directamente una con la otra, siempre que el cedente hubiera conocido el potencial dañoso de la cosa y no lo hubiera hecho saber a su contraparte contractual– va poco a poco cediendo, hasta que los casos *Buick Motor Co.* (EE.UU.) y *Donoghue v Stevenson* (U.K.) aceptan la responsabilidad del fabricante o vendedor fundada, en el caso *Donoghue*, en el deber de amparar al prójimo que se convierte en fundamento del derecho de daños.

9 Versión traducida de la que da C.H. Kahn.

10 Versión de G.Colli.

Ha habido respeto a los precedentes, en cuanto ello era compatible con nuevas realidades; hubo cambios, pero no fueron violentos ni aleatorios, sino que –por decirlo de alguna manera– fueron obra de la prudencia jurídica.

La deferencia y el respeto a los precedentes, especialmente en temas constitucionales, dan una aceptable estabilidad que es compatible con las exigencias del estado de derecho.

Los constituyentes, sabiendo que los textos que escriban y aprueben no serán las tablas de la ley grabadas en piedra e inamovibles, sino que ofrecen elementos e indicaciones para la realización del derecho en el futuro, procurarán crear un tenor literal escueto, sobrio, con términos tan claros y precisos como sea posible. Esos textos darían el marco para los criterios de que se valdrán jueces, administradores y letrados para que los legos puedan vivir lo suyo en un ambiente relativamente estable, al menos sin esa mutabilidad que ha sido una de las fuentes de ineficiencia económica en nuestro pasado, digamos desde la gran crisis de los años treinta.

IV. CONSTITUCIÓN: POLÍTICA Y DERECHO

Lo que precede era conveniente escribirlo para destacar que:

- La Constitución se crea como una obra política, pero después la entendemos y le damos aplicación como si fuera principalmente un texto jurídico;
- Muchas de sus disposiciones son susceptibles de variada inteligencia, lo que trae como consecuencia que –salvo en el puro texto escrito– en la realidad del derecho vivido podamos tener más de una Constitución, lo que no es sano;
- La forma en que pensamos la Constitución y tratamos con ella puede determinar diversas formas de vivir con el derecho, particularmente porque la textura muy abierta del texto político es fuente de demasiada indeterminación e incertidumbre en lo jurídico; esa incertidumbre es nociva porque socava la seguridad que tanto se precisa para un funcionamiento eficiente del régimen económico.

De lo anterior desprendo que entre la constitución política y la constitución jurídica (que son un mismo y único texto) hay una ineludible tensión.

En efecto, la magna obra de la política se gesta en un ambiente de poder y pasiones, se aprueba en virtud de tenues acuerdos de momento y se expresa mediante fórmulas abiertas, cláusulas generales, conceptos difusos y estándares que necesariamente adolecen de indeterminación.

Por su parte, y especialmente en lo que se refiere a los elementos del régimen económico, la Constitución –considerada ahora como regla jurídica– se aviene mal con esa indeterminación.

El derecho llama a la seguridad jurídica (el valor que le es más propio, en la opinión de don Jorge Millas). Sin embargo, no se tendrá un grado aceptable de certeza a partir del solo texto constitucional; la seguridad jurídica más bien provendrá de la sensata aplicación que se haga del texto constitucional y de la ley aplicable en una jurisprudencia respetuosa de los precedentes.

De lo anterior desprendo que más valdrá evitar que el texto constitucional caiga en el *uso y abuso de las nociones confusas* contra el que nos prevenía Ch. Perelman.

Atendamos a la siguiente ilustración: una de tantas nociones confusas, la de orden público económico, puede inducirnos al error de creer que ella alude a una realidad bien determinada. No hay tal. No existe un solo orden público económico, sino que esas tres palabras encubren varias nociones diferentes y hasta contradictorias de lo que sería ese orden. Ello ha dado pie para graves confusiones que todo aconseja evitar¹¹.

V. UNA PREVENCIÓN

La lectura de textos constitucionales recientes (el de 1925, tal como regía hacia 1971; el de 1980 en su redacción actual) sugiere que en una serie de aspectos importantes del régimen económico el constituyente se ha explayado en demasía, revelando alguna o mucha desconfianza en el legislador del futuro.

Esta desconfianza se extiende también a los jueces, ya que las leyes del futuro, de ser impugnadas en su constitucionalidad o inteligencia, han de ser examinadas por los tribunales competentes y al parecer los redactores de la constitución piensan que, salvo escribirse en la constitución con mucho detalle, sus intenciones podrían ser desconocidas.

Ello queda muy claro al analizar nuestros textos sobre el derecho de dominio, cuyos contenidos y extensión son excesivos. Así se desprende de compararlos con otros textos contemporáneos (Alemania de Weimar 1919, Francia 1958 y España 1978, por ejemplo).

No creo que esa haya sido una buena técnica constitucional. Hay virtudes en ser concreto, escueto, tan claro y preciso como fuese posible; apartarse de términos doctrinarios (como el de 'subsidiariedad'), de estándares, conceptos difusos o indeterminados.

Los sistemas vigentes en el Reino Unido (carente de una constitución escrita) y en Francia (una constitución breve que, en lo de derechos básicos, reitera la sustanciosa Declaración de 1789) muestran que el estado de derecho -hasta dónde es factible su realización- no se fortalece por la mera extensión de los textos, sino por su sensata y mesurada inteligencia y aplicación.

11 Hay también confusión cuando, en aras de usar expresiones más variadas para mentar una misma realidad, se ignora lo que pueden hacer interpretaciones ulteriores. Si se desea nombrar la realidad que llamamos *ley* más vale hacerlo siempre con esta palabra. Si nos valemos de *normas legales* o de *preceptos legales* u otras expresiones que creemos sinónimas, bien podremos llevarnos la sorpresa de que los operadores jurídicos no están de acuerdo, como lo muestra la jurisprudencia. Las nociones 'claras y distintas' han de preferirse a la riqueza del lenguaje.

VI. EL RÉGIMEN ECONÓMICO

Los sistemas económicos actuales son sistemas de intercambio. En cada uno de ellos, el sujeto económico produce uno o unos pocos bienes o servicios, en cantidad mucho mayor de la que necesita para satisfacer sus propias necesidades. Por consiguiente, para su subsistencia depende de que pueda cambiar lo que él produce en gran cantidad por aquellas cosas de las que carece.

Estas economías de intercambio se caracterizan por una acentuada división del trabajo, por la especialización de los productores y también, ineludiblemente, por un complejo sistema de asignación de recursos que permite a cada uno procurarse, en cierta medida y conforme a sus posibilidades, las cosas que necesita en cuanto ser humano y que no produce ni elabora por sí mismo.

La actividad económica y la asignación de recursos necesariamente han de partir de una constatación fundamental: los recursos, de cualquiera naturaleza que sean, son escasos y son susceptibles de usos alternativos.

Son también limitados los recursos del Estado.

Es así que resulta forzoso elegir y toda elección comporta el sacrificio de aquella alterativa que debió desecharse. Esto es ineludible y, tratándose del Estado y de sus políticas públicas, pone un fortísimo peso sobre las espaldas de quienes tienen la responsabilidad de decidir qué recursos escasos se destinarán a la satisfacción de cuáles necesidades, porque estas últimas exceden –y por mucho– a lo que es posible resolver con los recursos disponibles.

Es indispensable hacer elecciones, preferir una acción y desechar otra, dar aplicación a los recursos disponibles para hacer posible el cumplimiento de funciones esenciales del Estado (como resguardar la seguridad de las personas y proteger el orden público) y para asistir a las personas más vulnerables de manera que no carezcan de lo que es necesario para su vida¹².

La diferencia entre un buen gobierno y uno malo estará en la prudencia política y en la racionalidad económica con que se adopten estas elecciones y se lleven adelante las políticas adoptadas.

Hagamos dos consideraciones acerca de la asignación de recursos escasos.

1ª El mercado como asignador

En Chile, y desde hace ya tiempo, la asignación de recursos se hace mediante el uso habitual y generalizado –pero de ninguna manera exclusivo– del mercado.

El mercado eficaz y competitivo no es solamente una cuestión de economía. Hace más de medio siglo W. Röpke lo describió en estos términos:

¹² Respecto de esto valga un llamado a la medida: no es preciso ser neoliberal para abrir bien los ojos y reflexionar sobre experiencias recientes de la historia para aprender que la exageración del 'estado de bienestar' dio lugar a inflación y a una mala asignación de recursos del Estado. Es muy fuerte la tentación política de prometer *El Estado se lo solucionará*, pero habrá que resistirla porque el principio de respeto a la escasez hace necesario ser muy cauteloso para ser más eficiente.

“La competencia puede significar dos cosas bien distintas: (i) una disposición para estimular la producción, o (ii) una para dirigir y ordenar el proceso económico.

En la economía de mercado, la competencia significa tanto una cosa como la otra, suponiendo por ello una inmejorable solución de los problemas cardinales de todo sistema económico: el problema del constante estímulo para alcanzar una producción máxima y el de la constante dirección y ordenación armónica del proceso económico.

Los defensores de la economía de mercado, en tanto son relativamente exigentes en lo espiritual, tuvieron siempre bien presente que el alcance del mercado, de la competencia, de los precios fijados por la oferta y la demanda y de la producción regulada por ellos, sólo puede entenderse y defenderse como parte de una ordenación social más elevada y más amplia, en donde se hallan la moral, el derecho, las condiciones naturales de la existencia y de la felicidad, el Estado, la política y el poder.

La sociedad no puede ser edificada sobre la base de la ley de la oferta y la demanda.

Los hombres que en el mercado se miden mutuamente a través de la competencia, persiguiendo un beneficio, han de estar más ligados aún por los lazos sociales y morales de la comunidad, ya que en otro caso, la competencia degenera hasta el máximo”¹³.

2ª Más allá de la oferta y la demanda

La asignación de recursos en una economía de mercado no puede prescindir de una realidad tan elemental como es que nadie puede concurrir a un intercambio si no es un *demandante solvente*. No es demandante solvente aquella persona que, a pesar de padecer necesidad, carece de medios para procurarse la subsistencia. Quien no es demandante solvente respecto de bienes y servicios de primerísima necesidad –partiendo por aquellos de los que depende su existencia biológica, para seguir con los que le habilitan para actuar como persona en su comunidad– precisa de asistencia para poder *ser un fin en sí mismo y no un medio para satisfacer los intereses de otros*.

Esa asistencia es la más clara afirmación de que hay, respecto de ciertas personas y en relación a ciertos bienes, un *más allá de la oferta y la demanda*. Esas personas vulnerables, y en esos sectores en que su vulnerabilidad es más patente y dañosa, demandan una atención prioritaria o preferente del Estado.

De allí que el sistema nacional, vista nuestra realidad, ni debe ser un régimen de mercado capitalista y liberal, ni tampoco uno de planificación centralizada. Será un sistema de mercado, pero uno particular que se podría llamar régimen de ‘mercado guiado’.

Esta ‘guía’ estatal de la asignación de recursos mediante el mercado no se identifica con las funciones y tareas de la policía administrativa en la aplicación de las leyes generales (cual ocurre con el Sernac y el amparo de los consumidores o con Subtel y las telecomunicaciones). La ‘guía’ tampoco es sinónimo de planificación centralizada de ciertas actividades de producción y distribución.

13 W. Röpke, Más allá de la oferta y la demanda, 1957.

La guía más bien consiste en una programación y organización de los recursos y de los actos del Estado, generalmente en unas pocas áreas o sectores, con el objeto de realizar una política pública que le habilite para servir a las personas más vulnerables en materias propias del área o sector en que se ha decidido actuar. Así, por ejemplo, en educación o salud, que son ejemplos clásicos de lo que –para los grupos vulnerables– está más allá de la oferta y la demanda.

Aquí la palabra clave es ‘organización’.

El jurista español Manuel García Pelayo en su escrito Ordenación y Organización¹⁴ distingue entre un orden espontáneo y una organización razonablemente programada. La reflexión sobre ese artículo¹⁵ me parece importante.

El ‘mercado guiado’ por el Estado, puede ser uno que se extiende a todas las actividades económicas o tener carácter sectorial.

Hay un ‘mercado guiado’ de lo que es fundamental y general, a saber, el régimen del dinero, del crédito y del cambio internacional. Por dura experiencia de muchos decenios sabemos que en Chile ese mercado, con o sin intervención estatal, fue muy ineficiente. Baste recordar las crisis bancarias entre 1976 y 1983 con sus terribles secuelas para comprender que la guía que provee el Banco Central autónomo, con la más reciente participación de la Comisión del Mercado Financiero, es fundamental para la subsistencia de un sistema medianamente eficiente. En materia de dinero, crédito y cambio internacional, estamos a la fecha en una mucho mejor situación que en el largo período de 1945 a 1990.

Hay otros mercados guiados que son de naturaleza sectorial y que miran sustancialmente a la protección de personas vulnerables en esos sectores. En ellos la actividad estatal, ojalá con la colaboración del sector privado en el área pertinente, se enfoca en las personas vulnerables y arbitra medios para satisfacerlas en lo que les es esencial, como es el caso de la salud, de la educación y de la vivienda, hasta donde lo permite un uso eficiente de los recursos disponibles¹⁶.

Conviene anotar, sin embargo, que por diversos motivos algunas políticas públicas sectoriales, que son indispensables para que exista una ‘guía’ razonable, en más de alguna ocasión no se nos han dado bien.

Algunas de ellas (como en salud y educación, por vía ilustrativa) ni han sido estables en el tiempo ni han logrado evitar la notoria desigualdad que todavía existe entre lo que las personas vulnerables reciben del Estado y lo que otros más solventes esperan y tienen del sector privado. No es solamente cuestión de cuántos recursos se destinan a implementar la política en cuestión; lo grave es que la eficiencia de muchas políticas públicas deje mucho que desear, que ella no sea la que el mismo Estado había prometido al anunciarla.

14 Ver Apéndice N° 2.

15 Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/49/rucv_1971_49_9-28.pdf.

16 Existen también ‘mercados guiados’ de ciertas actividades, tales como los servicios eléctricos y la pesca, que responden a criterios distintos de la asistencia a las personas vulnerables.

VII. ¿QUÉ COMPRENDE UN RÉGIMEN ECONÓMICO?

El régimen económico, que ha de ser coherente con el sistema de asignación de recursos, está formado por el conjunto de leyes, normas de derecho y reglas que ordenan, disponen y, en su caso, organizan la conducta económica de las personas.

Las normas que lo integran miran a las siguientes materias:

El régimen de las personas:

- La elección de la actividad económica;
- Las reglas acerca del ejercicio de dicha actividad.

El régimen de los bienes:

- La facultad o libertad de adquirirlos;
- La tutela de las cosas ya incorporadas al patrimonio.

El régimen del poder público:

A. Su actividad como mero sujeto económico:

- Los ingresos fiscales (impuestos y aranceles, p. ej.);
- Los egresos o gastos del Fisco;
- La recaudación, el presupuesto y las inversiones públicas.

B. El Estado empresario, es decir, su actividad destinada a la producción o comercialización de bienes y servicios para ser transados en el mercado:

- La regla general de la actividad empresarial pública (regida por normas sustancialmente similares a las aplicables a la generalidad de las empresas);
- Las reglas que se prescriben para ciertos casos especiales, como es en nuestro caso el de la Gran Minería del cobre nacionalizada.

C. Las actividades estatales destinadas al fomento de ciertas actividades productivas.

D. Las actividades de programación y coordinación de la actividad económica nacional, regional o sectorial.

E. Las restricciones (limitaciones, obligaciones) que el Estado, en ejercicio de sus potestades legislativas, de regulación o normativas, impone respecto de la actividad económica de terceros:

- Restricciones al régimen de las personas;
- Restricciones al régimen de los bienes;
- Límites dentro de los cuales el Estado puede imponer restricciones;
- Resguardos de que gozan los sujetos no estatales para que no desconozcan ni infrinjan sus derechos con ocasión de tales restricciones.

El régimen económico afecta la autonomía privada de las personas en lo que se refiere a su actividad en la producción y el intercambio.

En efecto, y por vía meramente ilustrativa, el poder de disposición (integrante esencial de dicha autonomía) puede resultar tocado en su aspecto negocial (la libertad de contratación o estipulación) y en lo que respecta a la adquisición y enajenación de cosas (sean corporales o incorporales). Llega a ser habitual que la realización de ciertos negocios y la enajenación de algunos bienes sean vinculadas al deber o a la necesidad de perseguir una finalidad determinada por otro, por ejemplo, por la autoridad del Estado¹⁷.

Ahora bien, en el caso de las restricciones que crea el Estado, sea en virtud de la ley, sea en virtud de la potestad normativa de que gozan ciertos órganos públicos (piénsese en el Banco Central, por ejemplo), las técnicas de intervención más conocidas¹⁸ son:

- Las reglas de prohibición estricta, las normas generalmente prohibitivas y las disposiciones imperativas;
- La regulación simple, creando obligaciones de informar, estableciendo el deber de sujetarse a normas técnicas determinadas o la necesidad de cumplir requisitos objetivos;
- Los controles (que normalmente son de carácter discrecional), en sus especies de (i) control ocasional, (ii) control *a posteriori* o (iii) control permanente;
- La determinación total o parcial del contenido del negocio por la autoridad pública;
- La formación de la relación contractual (o convencional o negocial) por vía de autoridad, en sus especies de (i) relación contractual provocada, (ii) obligación de contratar, y (iii) situación contractual de origen legal.

Entre nosotros se ha hecho ya costumbre que las normas que forman el régimen económico, incluyendo las diversas técnicas de que se vale el Estado para afectar la autonomía de las personas privadas, se denominen colectivamente como *orden público económico*. La denominación llama a error porque la historia muestra a saciedad que no hay un solo orden público económico, sino que conocemos varios, a veces incluso de signo contrario, pero que coexisten en el tiempo creando desconcierto, incoherencia, ineficiencia y abusos.

17 Pero no solamente del Estado, ya que la misma afectación de la autonomía privada puede provenir de la conducta de personas privadas que gozan de poder en el mercado (sea aisladamente o como consecuencia de una colusión). Las reglas de derecho de la libre competencia, de competencia desleal y de protección de los sujetos vulnerables miran a la prevención y, en su caso, al castigo de tales conductas de abuso.

18 Uno de los primeros y más acuciosos estudios de este tema se lo debemos a Gerard Farjat. Siguiendo las aguas de Georges Ripert. Farjat en sus trabajos *L'ordre public économique* y *Droit économique* sentó los principios y las clasificaciones que se han hecho clásicas.

Hecha esta somera descripción, cabe ahora dejar constancia de una aseveración cuya evidencia está a los ojos de todos quienes se asomen a la historia económica de Chile:

Ninguna estructura jurídica, por razonable y técnicamente satisfactoria que fuese, lleva por sí a una economía eficiente.

En esta materia al derecho le corresponde, antes que nada, no constituirse en un obstáculo.

Pero digo mal: no es que obstaculizar sea cosa que provenga del derecho mismo, sino que lo es más bien de su aplicación, sea por parte de los operadores estatales (tribunales y órganos administrativos), sea por parte de empresas importantes en sectores clave (como el de banca y crédito, por ejemplo).

A la Constitución y a las leyes les cabe, más bien, dotar al Estado y a la generalidad de las personas de cierta claridad en las reglas, de un grado suficiente de seguridad jurídica y de ciertos instrumentos de acción como son un régimen de contratación sensato y un sistema estatal que permita defender a las personas vulnerables de abusos, vengan esos abusos de personas privadas poderosas o del Estado mismo.

En otras palabras, tener un sistema económico medianamente aceptable es también una cuestión de política: de la política estatal (las políticas públicas) y de las estrategias de empresas importantes.

Si en la sociedad no hay políticas de Estado –unas pocas, pero bien escogidas y llevadas adelante con perseverancia– en sectores fundamentales para los grupos vulnerables (como la salud, la educación y la previsión social), entonces el país va de crisis en crisis, con solamente algunos intervalos de lucidez y mejores resultados.

Si en la sociedad los conglomerados empresariales de mayor connotación se dejan coger por la fiebre de crecer en todas las direcciones y ponen como su principalísima finalidad la obtención de beneficios (en ocasiones, a cualquier costo), sin dar importancia a su situación en la comunidad, las cosas se deterioran para todos.

Me parece que algo así ocurrió en Chile desde el inicio de las privatizaciones en 1974 hasta las crisis bancarias de 1976/77, 1981 y 1983. Especialmente grave fue esta última; sus efectos fueron dramáticos haciendo a la nación un daño enorme. Tanto el Estado –incluyendo sus organismos de supervigilancia y control– cuanto los principales actores de la economía privada fracasaron en forma estrepitosa.

VIII. ELEMENTOS¹⁹ DEL RÉGIMEN ECONÓMICO CONSTITUCIONAL

El régimen de las personas

Primer elemento del régimen de las personas:

El Estado está al servicio de la persona, le reconoce su autonomía privada y ampara su ejercicio conforme a derecho.

Consecuencias del elemento sustancial del régimen de las personas:

- *Las personas gozan de libertad de trabajo, de libertad de asociación y de libertad de empresa, que el Estado les reconoce y protege.*
- *Se ampara a las personas en la adquisición, el disfrute y la disposición de cosas corporales e incorpóreas y se reconocen los derechos en ellas, delimitados por su función social de acuerdo a la ley²⁰.*
- *La exploración y la explotación de las minas y el aprovechamiento de las aguas terrestres se autorizan en virtud de concesiones otorgadas por el Estado conforme a lo que disponen los Códigos de Minas y de Aguas, respectivamente. El titular de la concesión tiene la propiedad de ella.*
- *A las libertades, las garantías y los derechos de las personas no se podrán imponer otras limitaciones sino aquéllas que sean razonables y que estén prescritas por una ley cuya justificación sea compatible con el estado de derecho en una sociedad libre y democrática²¹.*
- *Si padecieren indigencia, los niños, los enfermos y los ancianos tendrán atención preferente del Estado, sin perjuicio de su derecho a los alimentos que se les debieren conforme a la ley.*

El régimen del poder estatal

Primer elemento del régimen del poder estatal:

El Estado, sus órganos y sus funcionarios actuarán dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Someterán su acción a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni ejercer, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad, potestad o derecho que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.

19 La mejor definición de *elementos* que conozco reza así: "*Elements are those propositions whose understanding leads to the knowledge of the rest and by which the difficulties in them are resolved; they have the rank of starting-points for the propositions that follow*". Proclus: A Commentary on the First Book of Euclid's Elements, Princeton, 1970, p. 59.

20 La expropiación, a la que tanta letra se ha dedicado en los más recientes textos constitucionales, posiblemente necesite una referencia constitucional expresa. Cual haya de ser esa referencia, eso dependerá de la forma en que -en definitiva- se regule el derecho de dominio y se le vincule con la sustancia del régimen económico. La prudencia indica que en la materia conviene atenerse al derecho internacional en lo que se refiere a la indemnización y su forma de pago. El tema es prioritario en el derecho internacional de inversiones, al que Chile se ha adscrito sin reservas. Ello incide en el régimen nacional en virtud de que la discriminación a favor del foráneo y en desmedro del nacional debiera ser eliminada. Chile ha sido pionero en igualar a nacionales y extranjeros ante la adquisición y el ejercicio de derechos; no es el momento de revertir esa tendencia y seguir favoreciendo al extranjero con desmedro del nacional.

21 Texto tomado del artículo 1° de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá de 1982.

Consecuencias del elemento sustancial del régimen estatal:

Son materias de ley (en lo que interesa directamente al régimen económico):

- *las que la propia Constitución exige que sean reguladas por ley, particularmente las que miran a los derechos fundamentales de las personas.*
- *el presupuesto de la Nación.*
- *los impuestos, contribuciones, aranceles aduaneros y otros gravámenes pecuniarios que afecten actividades económicas, bienes y rentas.*
- *los actos y contratos que comprometen el crédito público.*
- *la adquisición, gestión y disposición de bienes nacionales o municipales.*
- *las bases de los actos y procedimientos de la Administración Pública.*
- *el sistema monetario.*
- *autorizar la creación de órganos del Estado para desarrollar actividades empresariales; los negocios y operaciones de las empresas estatales se regirán por el derecho común.*

El Banco Central de Chile, sus operaciones y sus atribuciones

Hasta que se hizo realidad un Banco Central autónomo, con la entrada en vigencia de la Ley N° 18.840, fue tanto lo que diversos gobiernos abusaron de él, de sus préstamos al Fisco, de la emisión monetaria, del manejo arbitrario del crédito interno y del cambio internacional, que el Banco Central estuvo lejos de poder cumplir la función que se le había asignado al momento de su creación.

Desde hace unos 30 años la situación del Banco Central ha sido, por fortuna, muy distinta. Sin embargo, ya se inició un quiebre al modificarse su estatuto constitucional (Ley N° 21.253) con motivo del coronavirus. Es un mal presagio, ya que al abrirse una puerta casi con toda seguridad se hace posible restablecer los vicios del pasado, de los que piadosamente nos hemos olvidado. Todo sea por el dinero fácil para atender la exigencia del momento, aunque el peso para el futuro pueda ser insoportable.

Sin tener duda alguna me inclino por mantener el régimen del Banco establecido en los artículos 108 y siguientes de la Constitución, exceptuando el texto nacido de la reciente reforma (me parece muy peligroso por ser susceptible de abuso), con los solos cambios que vengan de eliminar ciertas referencias, como las que se hacen al Consejo de Seguridad Nacional y a las leyes orgánicas constitucionales, si ese Consejo y esa especie de leyes quedaren fuera del nuevo texto.

Elemento sustancial común a los regímenes de las personas y del Estado

- *La discriminación arbitraria y el abuso son contrarios a derecho.*

La revisión de los actos de la Administración

Estimo conveniente suprimir el recurso o acción de protección del artículo 20 de la Constitución de 1980 como vía para la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa.

Es indispensable hacer realidad una disposición que ha quedado como meramente programática durante casi un siglo: crear tribunales administrativos de plena jurisdicción, a diferencia de nuestra tendencia a establecer tribunales especiales de jurisdicción restringida (como en materias de libre competencia y de protección del medio ambiente).

Ya antes se mandó la creación de tribunales administrativos, sujeto a que se dictare la ley pertinente, lo que jamás se hizo. En materia tan importante la letra constitucional fue absolutamente ineficaz.

Para evitar que se repita ese fiasco podría considerarse una regla (en parte sería una regla de aplicación transitoria) como la siguiente:

Habrá tribunales administrativos permanentes, conforme a la ley, para la protección de los particulares y la resolución de sus reclamaciones contra los actos o disposiciones ilegales o arbitrarios de las autoridades políticas o administrativas.

Mientras no esté vigente la ley sobre tribunales administrativos a que se refiere el inciso anterior, regirán las disposiciones que siguen:

- *habrá tribunales administrativos unipersonales de primera instancia con sede en (...) los que conocerán y juzgarán las causas que se les presenten conforme a las reglas del procedimiento sumario;*
- *los habrá de segunda instancia colegiados de tres ministros con sede en (...), cuyas sentencias sólo podrán ser revisadas por la Corte Suprema en virtud de recurso de casación por infracción de ley sustantiva con influencia determinante en lo dispositivo del fallo;*
- *los tribunales administrativos no quedan sujetos a la jurisdicción disciplinaria o correccional de ningún otro tribunal;*
- *en cada sede de tribunal administrativo de primera instancia se desempeñará como tal el que actualmente sea Primer Juzgado Civil; en las sedes de tribunales administrativos de segunda instancia, se desempeñará como tal la Primera Sala de la Corte de Apelaciones respectiva;*
- *los Tribunales y las Salas que pasaren a ser de justicia administrativa cesarán en el conocimiento de las causas que ante ellos estuvieren, las que cederán a los demás jueces y salas de la respectiva sede, para ejercer en lo sucesivo solamente su competencia administrativa conforme a la Constitución;*
- *en lo demás, es decir, en su funcionamiento y procedimientos, remuneraciones y recursos materiales, los tribunales y las salas que pasaren a constituir justicia administrativa seguirán rigiéndose por las normas vigentes y con cargo a los presupuestos del Poder Judicial.*

Cuestiones de coherencia en el texto constitucional

La coherencia del texto, lo que Bello expresó como la *debida correspondencia y armonía* de sus disposiciones, hace indispensable que lo que en el texto se escriba acerca de los elementos del régimen económico se combine bien y se complemente con lo que la Constitución diga acerca de temas como, por ejemplo, la juridicidad de la acción del Estado y de sus órganos²², la legalidad de la potestad tributaria y las materias que son propias de ley. El régimen económico no existe en un vacío, sino que en una circunstancia en que también se encuentran las relaciones laborales, el sistema fiscal y tributario, el presupuesto público y la protección ambiental. Sobre esos temas, así como sobre varios otros, nada se dice aquí. Ello se debe a que he preferido prestar atención a los elementos o prescripciones básicas que dan al régimen económico su sustancia y sus características.

Las reglas que la Constitución contenga sobre esos temas han de ser coherentes y armónicas con las demás de su texto. Toda contradicción o ambigüedad conspira contra la buena aplicación de las normas.

Conviene eliminar el *arbitrium liberum* de la interpretación y aplicación de la Constitución; donde quepa una sana discrecionalidad –el *arbitrium regulatum*– la medida del arbitrio ha de estar en el respeto a los elementos constitucionales y a las reglas o preceptos del arte del derecho: *honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere*.

El tema internacional

Chile tiene convenidos muchos acuerdos y tratados de integración o complementación económica, de libre comercio y de protección de inversiones. En casi la totalidad de ellos destaca la prohibición de dar un trato más favorable a los nacionales, salvo solamente lo que el mismo acuerdo permita. Los derechos, las garantías, los beneficios, las posibilidades de acción que el derecho reconoce a las personas no pueden, en la mayoría de los casos, negarse a los extranjeros.

Lo curioso, sin embargo, es que muchos convenios internacionales –de entre ellos particularmente los de protección de inversiones– producen el efecto de que sí puede llegar a existir una discriminación importante en beneficio del extranjero.

Si el inversionista foráneo tiene una controversia con el Estado de Chile, en este país ella se conocerá y se juzgará al tenor del derecho interno (al que se ha incorporado el pertinente acuerdo internacional, concluida su tramitación constitucional). Mas si el inversionista extranjero no queda satisfecho con lo que se resuelva en Chile puede llevar su caso al conocimiento de tribunales arbitrales foráneos no permanentes, constituidos al efecto según lo que prescriba el tratado, los que conocerán la causa según sus propios criterios de lo que sea el derecho internacional de inversiones.

²² Las potestades de algunos órganos del Estado son amplias y de importancia crucial. Baste pensar en lo que el Banco Central y la Comisión del Mercado Financiero, en uso de atribuciones discrecionales conferidas por la ley, pueden hacer dictando normas de general aplicación, interpretando y aplicando la ley, fiscalizando, requiriendo información, controlando actos, etc. La legalidad de las potestades y de su ejercicio, la motivación de sus actos hasta satisfacer el principio de dar razón suficiente de ellos, la corrección de sus investigaciones, etc. son cuestiones que todo el ordenamiento jurídico ha de contemplar, no son temas de los que se ocupen sólo las reglas del régimen económico.

Ese derecho, de muy grande desarrollo en las últimas décadas, produce en su aplicación resultados en que abundan las contradicciones, tanto con los fallos de tribunales locales como con sentencias sobre las mismas materias dados por otros tribunales arbitrales en casos similares.

Un caso muy ilustrativo es el del Reino de España en su aplicación del tratado Carta de la Energía. En virtud de esa Carta se realizaron muchas inversiones extranjeras en España, se produjeron diferencias con el Estado español y ellas fueron conocidas y juzgadas, primero, en tribunales locales, luego ante los tribunales previstos en el tratado. Las sentencias locales, de las más altas jurisdicciones, resolvieron que España había dado cumplida aplicación a sus obligaciones internacionales; los tribunales del tratado decidieron lo contrario y condenaron a España por infringirlas.

La seguridad jurídica²³

Mucha actividad económica, pensemos en las inversiones, por ejemplo, está orientada hacia el futuro. Eso, de por sí, ya genera incertidumbre. En la incertidumbre cuesta decidir porque es difícil saber qué riesgos pueden presentarse y cómo ellos afectarían negativamente la inversión. La actual situación sanitaria ha dado muchas y serias pruebas de ello.

A la incertidumbre respecto de eventos y de hechos futuros puede agregarse la falta de certeza que proviene de la aplicación del derecho pertinente en el tiempo por venir. Esa indeterminación tiene como efecto un *no saber a qué atenerse*²⁴ que conspira contra la inversión y la buena administración de la empresa, de sus recursos y de sus operaciones.

Para hacer frente a esa indeterminación que causa incertidumbre jurídica el Estado de Chile inventó el 'contrato ley', de amplia utilización en la inversión extranjera y en la construcción de viviendas. Fue tal su importancia que, en la reforma constitucional con ocasión de la nacionalización del cobre, en 1971, se le dedicó mención especial, privándolo de sus principales efectos. Pero ya en 1974 el contrato ley volvería por sus fueros en el D.L. N° 600.

No va por esa vía excepcional el hacer realidad un grado razonable de certeza en la aplicación del derecho. Más eficiente sería (i) exigir que las potestades de los órganos del Estado y las modalidades de su ejercicio estén contempladas expresamente en la Constitución y las leyes (atribuirse 'potestades implícitas' produce efectos serios y muy negativos); y (ii) el respeto de los precedentes, de manera que los actos jurisdiccionales y los administrativos, que ambos deben ser motivados, no se aparten sin razón suficiente de las decisiones adoptadas en casos anteriores.

23 Ver el Apéndice pertinente.

24 "El hombre no puede estar siempre cómodamente en su circunstancia, instalado en una situación firme y segura, en la cual sepa a qué atenerse respecto a las cosas con las que tiene que habérselas y respecto a sí mismo. (...) La incertidumbre no es, por supuesto, la ignorancia. La incertidumbre no es simplemente "no saber", en el sentido de "ignorar", sino un concreto no saber a qué atenerse. (...) Lo opuesto al saber no es propiamente el ignorar, sino la incertidumbre, que es un tipo muy concreto de ignorancia: la que afecta a un ingrediente dinámicamente activo de mi situación, en vista del cual tengo que orientar mi conducta. (...) El hombre se encuentra en estado de incertidumbre cuando no sabe a qué atenerse respecto a su situación, y por tanto le resulta imposible la acción vital: literalmente, no sabe qué hacer". J. Marías, *Introducción a la Filosofía*, # 4, 22, 25 y 62.

Que la certeza jurídica sea cosa principal en el derecho actual lo muestra el Consejo de Estado francés en un estudio que patrocinó sobre este preciso tema²⁵. Es también cuestión de que se ocupa la Corte de Casación. Uno y otra desarrollan el valor del principio de seguridad, protegen la confianza legítima y amparan las expectativas que se depositan en la actuación de los órganos estatales. Lo mismo ocurre ante el Tribunal de Justicia de la UE y la Corte de Estrasburgo, máximo tribunal para protección de los derechos de las personas.

Si falla la seguridad jurídica la economía no podrá ir por buen rumbo en el mediano plazo.

25 Rapport du Conseil d'Etat (1991), De la sécurité juridique. Ver también Rapport Public (2006), Sécurité juridique et complexité du droit.

APÉNDICE N° 1

El Estado al servicio de la persona

*Confía[le] tu derecho, tu juicio,
para que rija al pueblo con justicia,
a los afligidos con rectitud;
que defienda a los humildes del pueblo,
socorra a los hijos del pobre y quebrante al explotador.*

*Librará al pobre que le pide auxilio, al oprimido que no tiene protector;
se apiadará del menesteroso y del indigente
y salvará la vida de los pobres.*

Salmo 72

Aristóteles escribió:

“Es necesariamente una tiranía la monarquía que ejerce el poder de un modo irresponsable sobre todos, en vista de su propio interés y no del de los súbditos; por tanto contra la voluntad de éstos.

Los que tuvieron la hegemonía en la Hélade, mirando sólo a su propio régimen, establecieron en las ciudades unos democracias²⁶ y otros oligarquías, sin tener en cuenta la conveniencia de esas ciudades, sino la suya propia.²⁷

Tanto el Filósofo como su maestro, Platón, convenían en que las formas de gobierno sanas se caracterizaban porque el o los gobernantes actuaban en interés y beneficio de los ciudadanos, mientras que en las formas degeneradas de gobierno –tiranía, oligarquía y demagogia– quienes detentaban el poder lo ejercían en beneficio propio y de los suyos.

Varios siglos antes de Platón y de Aristóteles, los profetas de Israel de los siglos VIII y VII a. C. se alzan en protesta y denuncia del gobernante y del pudiente porque:

“No respetó la alianza fraterna, porque persiguió con la espada a su hermano ahogando la compasión, (...) siempre se ensañaba su ira, conservó siempre la cólera, (...) porque venden al inocente por dinero y al pobre por un par de sandalias, revuelcan en el polvo al desvalido y tuercen el proceso del indigente.”²⁸

“¡Ay de los que disponen decretos inicuos y redactan normas vejatorias, que dejan sin defensa al desvalido y niegan sus derechos a los pobres del pueblo, que hacen su presa de las viudas y saquean a los huérfanos!”²⁹

Y más tarde sus sabios confirmaron:

26 La voz 'democracia' se emplea aquí como sinónimo de lo que hoy día llamaríamos *gobierno demagógico* o *populista*.

27 Política, 1295a.

28 Amós, 1,9ss y 2,5ss.

29 Isaías, 10,1-2

“Otra cosa observé bajo el sol: en la sede del derecho, el delito; en el tribunal de la justicia, la inequidad. Observé también todas las opresiones que se cometen bajo el sol: vi llorar a los oprimidos sin que nadie los consolase, sin que nadie los consolase del poder de los opresores.

Si ves en una provincia oprimido el pobre, conculcados el derecho y la justicia, no te extrañes de tal situación.”³⁰

Leídos los profetas y los sabios de Israel, visto lo que escribieron los grandes filósofos de Grecia clásica, se hace tajante la diferencia entre el gobierno de servicio al ciudadano y el gobierno de provecho de quien(es) lo detenta(n).

La voz servicio = *service* significa:

- *Aprovechar, valer, ser de utilidad a alguien; asistir a alguien o hacer algo en su favor, beneficio o utilidad;*
- *The action of helping or doing work for someone; an act of assistance;*
- *Action qu’un individu accomplit et dont un autre individu retire un avantage quelconque.*

El servicio se orienta al otro, se dirige intencionadamente al beneficio del otro.

Servir “es un querer, obrar y hacer en el que una persona actúa no conforme a sus propios fines o planes, sino teniendo su finalidad en otra persona y con arreglo a la necesidad y disposición del otro”. (K. Barth)

En derecho público³¹⁻³² la voz ‘servicio’ es habitualmente entendida como la designación de una organización estatal que atiende al público, como lo fue el Servicio de Correos y Telégrafos y como lo son actualmente el Servicio de Registro Civil y los Servicios de Salud.

Esta visión institucional, con lo útil que pueda ser en derecho administrativo, carga con un pesado fardo: olvida la personalidad única de quien es asistido en virtud del servicio que se le presta. Para muchos de quienes prestan un servicio público, el otro que acude al Servicio en demanda de atención y asistencia es anónimo, es apenas un número de RUT.

Para entender el servicio a la persona, a cada persona que lo precise, me parece mejor dirigir la vista a una posta rural, a una escuela de pueblo, a un albergue del Hogar de Cristo, a la atención de urgencia en un hospital, a una Facultad universitaria. En cada uno de ellos habrá servicio propiamente tal en la medida que frente a quien lo presta hay un ser humano.

30 *Qohelet*, 3,16; 4,1 y 5,7.

31 La más reciente aplicación del concepto y del alcance de *servicio público* en la jurisprudencia nacional está en la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema el 10 de noviembre de 2020 en los autos Rol N° 112.508-2020 sobre el sector portuario. Ella desecha, al parecer de forma definitiva, la supuesta subsidiariedad del Estado en materia económica. Debo el conocimiento de este importante texto a la gentileza de profesor don Luis Cordero V.

32 El tema de fondo -la referencia al otro- no es para nada exclusivo del derecho público. En derecho de responsabilidad civil (*tort*) por daños causados por productos defectuosos es fascinante apreciar cómo, desde la exclusividad de la responsabilidad basada en la promesa o el contrato, se va abriendo camino la responsabilidad respecto de productos peligrosos -sea de suyo o en potencia- hasta llegar a la responsabilidad por negligencia hacia el posible otro (consumidor o usuario del producto) cuya mejor ilustración está en el principio de amparar al prójimo que sienta Lord Atkin en la causa *Donoghue v. Stevenson* (1932) que tanto desarrollo ha tenido luego en el *common law of torts*. La referencia a otro -la *intencionalidad* en los términos de Brentano- pasó definitivamente desde la filosofía hacia el derecho.

García Morente escribió, ya en 1935, que:

“La relación pública es esencialmente abstracta. No pone una frente a otra a dos personas, sino dos conceptos. (...) Llamáramos anónima a la relación pública. Lo es, en efecto, puesto que en ella se enfrentan no dos personas, sino dos conceptos abstractos; no yo y tú, sino el ciudadano y el funcionario, el cliente y el profesional. Los que se relacionan en el trato público no son éste y aquél, sino dos especies como tales. No son Fulano ni Mengano. No son nadie. La relación pública es relación entre nadie; es, pues, abstracta, mecánica, anónima.”

En la consideración de lo humano, primordialmente en la ética y en el derecho, el mero individuo puede ser anónimo, pero no así la persona. Tratándose de nosotros, los humanos, cada uno es individuo en su materialidad, pero es, también y, sobre todo, persona por su espiritualidad.

Quien explota u oprime a otro, el que abusa del vecino, quien se vale de él como un medio para conseguir lo que le apetece, todos ellos prescinden de la persona del otro y atienden en él sólo a la materialidad de individuo.

No es así en los clásicos de la antigüedad, ni en Tomás de Aquino, ni en Kant, ni en Scheler, ni en N. Hartmann, ni en J. Maritain, por nombrar sólo a algunos.

Sobre todo no es así para quien dijo:

“Entre los paganos los que son tenidos por jefes tienen sometidos a los súbditos y los poderosos imponen su autoridad. No debe ser así entre vosotros; antes bien, quien quiera entre vosotros ser grande que se haga vuestro servidor; y quien quiera ser el primero que se haga vuestro siervo. Si uno aspira a ser el primero, sea servidor de todos. No he venido a ser servido, sino que a servir.”

Para todos ellos la persona humana es un ser subsistente, dotado de inteligencia, de voluntad y de autonomía; es quien nunca ha de ser considerado ni tratado como un medio para satisfacer a otros, por cuanto cada persona es un fin en sí misma, plena de dignidad.

En un Estado en forma con un régimen jurídico social y democrático, respetuoso del *rule of law*, la primacía de la persona y el reconocimiento de su dignidad son de la esencia.

Es en ese contexto que entiendo la servicialidad del Estado, expresada y mandada en las palabras del precepto elemental que dispondría:

El Estado está al servicio de la persona, le reconoce su autonomía y ampara su ejercicio conforme a derecho.

En nuestro derecho constitucional la frase *El Estado está al servicio de la persona humana* se introduce por vez primera, en esos términos, con la Carta de 1980. A pesar de las muchas enmiendas que ha experimentado ese texto, la frase en cuestión sigue ahí, en vigencia hasta hoy día.

¿Qué significa esa frase en opinión de quienes la han comentado y de quienes le han dado aplicación en lo que respecta a nuestro régimen económico?

Lamentablemente la discusión –no el diálogo– que se ha suscitado ha sido, o al menos así lo creo, más ideológico que jurídico. Así, por ejemplo, se ha tratado sobre *la subsidiariedad del Estado en las actividades económicas* y se lo ha hecho desde un punto de vista doctrinario, con olvido o con deliberada negación de nuestras circunstancias históricas, de lo que ha ocurrido a las personas, a sus actividades e instituciones en el transcurso del tiempo.

Es duro ver esto, ya que si uno no atiende a lo que la nación ha sido y es, mal puede pensar adecuadamente lo que debe ser.

¿Cómo olvidar que de todas las naciones abiertas al intercambio internacional la nuestra fue la que más duro padeció la crisis de 1929-1933?

¿Cómo pasar por alto que entre 1946 y 1973 la economía chilena, y el derecho que la regía, vivieron en permanente sobresalto, inflación desatada e incertidumbre?

¿Cómo hacer abstracción de que la revolución –la *revolución en libertad* primero, luego la que sería con *empanadas y vino tinto*– nos llevaron al lema *avanzar sin transar*, con toda la angustia, dolor y muerte que siguieron?

¿Cómo no recordar, con temor de que pudiera repetirse, que el auge de la empresa privada desde 1974 llevó a la terrible crisis de 1982/3 y los años siguientes?

Plantear el respeto a la persona y a su autonomía al margen de lo que hemos sido y de lo que somos no me parece razonable. La ideología no es una respuesta satisfactoria bajo ningún concepto, ni en economía, ni en derecho, ni en política.

Dejemos a un lado la subsidiariedad; si bien le pareció natural a Jaime Guzmán E. y a Eduardo Soto K. invocarla, se trata de un concepto que es ajeno a nuestra manera de entender y de hacer las cosas, por lo menos desde el gobierno de Aguirre Cerda³³.

En el régimen económico chileno la primacía de la persona, establecida constitucionalmente y –así confío– respetada por quienes aplican las leyes, ha de ser una guía para la realización del derecho por los administradores y los jueces. Esa primacía está allí para proteger a las personas comunes y corrientes de las discriminaciones, de los abusos y torpezas que les hacen sufrir el Estado y aquellos particulares que detentan poder.

Está allí también para fundamentar el ‘mercado guiado’ en las áreas en que más asistencia necesitan las personas vulnerables.

No nos excedamos, no pretendamos dar una última e irrefutable fundamentación de lo que parece deseable en derecho económico.

Hagamos lo posible con lo que tenemos a mano, conforme a nuestro sentido de lo que son las cosas: cuando uno lo pone en términos elementales lo que primará es evitar que el otro siga en la miseria y la indigencia, particularmente en educación, salud y vivienda.

³³ Dudo que la palabra *subsidiariedad*, en el sentido que se la usa respecto de subordinar la actividad económica del Estado a la del sector privado, siquiera fuese pronunciada en el ámbito de la política parlamentaria nacional.

Y todo eso va para largo; de allí que la primacía de la persona exige políticas de Estado, eficazmente llevadas a cabo en el tiempo, y no políticas de partido que escasamente sobreviven los cambios de gabinete.

Para los efectos que interesan, los estudios sobre la autonomía privada de académicos de tanto prestigio como Luigi Ferri y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, a los que se suman tantos libros y artículos sobre autonomía, libertad económica y propiedad que se han publicado últimamente (ver por ejemplo los comentarios a los artículos 33 y 38 de la Constitución de España) son textos muy útiles: ellos sitúan la autonomía de la persona en el centro mismo de lo jurídico.

Una prevención: la existencia de políticas de Estado eficaces para dar asistencia a personas vulnerables no es algo que pueda existir sólo por mandarlo una regla jurídica. Ellas son, o debieran ser, las obras maestras del arte de la política y si este noble arte se olvida difícilmente las habrá.

Y si no se trata sólo de una cuestión de normas, entonces ¿por qué está aquí?

Está aquí porque toda norma, además de su tenor literal, responde a un espíritu o aliento vital, ese que según Bello puede estar manifestado en la misma prescripción o en la historia fidedigna de su establecimiento.

No conviene a los ciudadanos ni al Estado que del texto fundamental puedan deducirse por vía interpretativa diversos ordenamientos económicos de contrario sentido entre los que se optaría discrecionalmente. Es preferible que exista uno predominante que sea razonable y respecto del cual las personas puedan saber a qué atenerse. Entre todas sus partes hay que privilegiar, hasta dónde nos sea posible, la coherencia y la armonía.

Por ello pienso que la primacía de la persona, el servicio que le debe el Estado y el amparo a la autonomía de cada una conforme a derecho constituyen el principal elemento del régimen constitucional. En ellas radican las antípodas del abuso y de la discriminación arbitraria, a la vez que esa primacía da una base sólida a los *mercados guiados* que asisten a las personas vulnerables.

APÉNDICE N° 2

Seguridad Jurídica³⁴

Jorge Millas J.

El orbe de los valores jurídicos sensu strictu se reduce a un valor único: la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado.

Es (...) la seguridad del hombre social que (...) sabe con qué ha de contar como norma exigible para su trato con los demás. Es la seguridad, por tanto, de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. Es este concepto, a la vez dinámico y formal de la seguridad, el que fijara ya Locke por modo impecable en su segundo tratado al definir la libertad política (*freedom under government*):

“La libertad política -escribió- consiste en tener una regla fija a qué someterse, común a todo miembro de la comunidad y promulgada por el poder legislativo erigido en ella; libertad para atenerme a mi propia voluntad en todo lo que esa regla no conmina y no encontrarme sujeto a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre; así como la libertad natural consiste en no hallarse bajo otra imitación que la de la ley natural.”

El Derecho como sistema normativo sólo puede ser el instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que el mismo sea, en cuanto tal, seguridad.

La seguridad constituye un valor de situación: la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando, sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentadas expectativas que ellas se cumplan.

Dado éste su concepto, la seguridad como posibilidad de ser (ser de situación) que “debe ser”, es decir como valor, queda determinada por las siguientes condiciones:

- i. Que existen normas reguladoras de las relaciones sociales;
- ii. Que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;
- iii. Que estas normas sean impersonales, esto es función de necesidades y fines comunes de convivencia social;
- iv. Que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;
- v. Que estas normas sean o puedan ser reconocidas por el súbdito que les debe acatamiento; y

34 Párrafos tomados de su obra [Filosofía del Derecho](#).

vi. Que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento.

Es fácil ver, a partir de este análisis, que la seguridad jurídica, en cuanto situación de quien psicológicamente la vive, se resuelve en dos componentes vivenciales: saber o certeza, por una parte, y expectativa o confianza por la otra. El saber se refiere a la existencia de las normas jurídicas: es nuestro conocimiento, a) de que hay ciertas normas que disponen tales y cuales conductas por modo impersonal y objetivo, y b) de que el orden así previsto es generalmente observado. La confianza deriva de ese conocimiento, y consiste en la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del orden jurídico. No se trata aquí de esa certeza de conocimiento teórico respecto a la existencia y contenido de las normas, sino de la anticipación de lo que probablemente ocurrirá en vista de la actual vigencia del orden jurídico dado. Sin embargo, el valor práctico de esta probabilidad es tan grande, que lo equiparamos a la certeza y arreglamos conforme a ella nuestra conducta.

La seguridad jurídica es una dimensión ontológica del Derecho, su fin a priori, al cual todo otro fin queda funcionalmente supeditado. Un Derecho que no implique en su esencia la intención pragmática de una cierta ideal seguridad, no es, propiamente, Derecho.

APÉNDICE N° 3

En su ensayo *Ordenación y Organización*³⁵ el gran jurista español Manuel García Pelayo expuso en forma magistral las diferencias entre el orden espontáneo de la economía, al modo de la mano invisible de Adam Smith, y la organización económica, esa de que se ocupa el derecho económico.

García Pelayo nos ofrece las siguientes nociones fundamentales:

“Desde el punto de vista de la estructura de su racionalidad, el orden puede tomar dos formas, a las que designamos como Organización y Ordenación. En sus términos más generales, la distinción entre ambos tipos de orden puede formularse diciendo que la Organización es un orden estructurado por una racionalidad previa a la realidad ordenada, mientras que la Ordenación es un orden estructurado por una racionalidad inmanente a la realidad misma.

Pero veamos con más detalle la distinción entre ambos tipos.

(1)

La Organización se constituye en vista a la obtención de un fin previamente planteado, para cuya consecución se calculan unos medios y se fija una secuencia lógica de objetivos, es decir, de unos resultados parciales de cuya integración se obtiene el fin propuesto.

En la Ordenación no hay planteamiento previo ni del fin ni de la secuencia e integración de objetivos, sino que la dialéctica completa de las cosas conduce a un resultado con un determinado sentido. Este resultado puede, sin embargo, ser estimado y considerado como desiderátum, en cuyo caso habrá una conformidad con el orden establecido y con el sistema que lo hace posible. Lo importante es que en la Organización el planteamiento racional es previo a la praxis, mientras que en la Ordenación se descubre una racionalidad en la praxis misma.

(2)

La Organización pretende ordenar las cosas someténdolas a un plan o modelo arquetípico previamente concebido. En la Ordenación, en cambio, el orden no tiene un modelo previo, pues la praxis no sigue a la formulación, sino la formulación a la praxis; el modelo puede ser intuitivo o comprendido por los participantes o “construido” por los estudiosos del orden, pero, en uno y otro caso, lo es siempre a posteriori de su funcionamiento. En resumen, la Organización supone la invención de un sistema a actualizar; la Ordenación, el descubrimiento de un sistema ya actualizado.

(3)

Todo orden exige una conducta pautada y, por tanto, un sistema de reglas de naturaleza axiológica, técnica y de procedimiento. En la Organización, tales reglas son formuladas racional, abstracta y genéricamente, imaginando una conducta como debida, a la que se pretende transformar en conducta efectiva normal. En la Ordenación, las reglas no se han establecido previamente al conjunto del orden, sino que son decantadas de su desarrollo fáctico a través de un proceso de transformación de la

35 Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/49/rucv_1971_49_9-28.pdf.

conducta efectiva en normas y, por tanto, de la normalidad en normatividad. En la Organización, a la validez de una regla debe seguir su vigencia, es decir, su cumplimiento normal; en la Ordenación, a la vigencia suele seguir la validez, es decir, la pretensión de normatividad”.

La principal diferencia entre el orden que procedería de la mano invisible del mercado y el creado por una organización de la actividad económica, es que, en aquél, el orden de mercado, los fines supuestamente valiosos se lograrían natural y espontáneamente, sin que la generalidad de las personas persiguiera una finalidad que fuera más allá de su propio beneficio. En la organización, en cambio, quien organiza tiene conciencia del fin que se propone obtener y lo busca deliberadamente, mandando la conducta de personas, la disposición de cosas y la ejecución coordinada de actos en la forma que estime adecuada para lograr eficientemente el fin que se ha propuesto lograr.

Un ejemplo criollo de lo anterior está dado en el D.S. N° 419/Economía, D.O. 25.IV.1968, que reglamentó la producción, el transporte y la comercialización de harina en algunas provincias del centro del país. Ese decreto organizaba el mercado de la harina, pero lo hacía lesionando garantías constitucionales y contraviniendo el orden público de libre competencia vigente a la sazón. Pero no eran esos años propicios para alzarse a favor de la *mano invisible* del libre mercado. Los grandes industriales del rubro no encontraron tan negativo ajustarse a las reglas que organizaban su actividad porque, cualesquiera fueran los defectos jurídicos de dicha reglamentación, en su operación real las empresas más eficientes (a diferencia de muchas pequeñas y casi marginales) no dejaron de obtener su dinero.

La organización encuentra su fundamento radical en el poder y solamente puede provenir de quienes lo detentan, sea en el ámbito económico público o en el privado. Tanto o más organiza una empresa internacional dotada de poder de mercado, que lo que pueden organizar muchos de los Estados que sobre la faz de la tierra existen.

La organización se vale de medios jurídicos –la reglamentación y la contratación son ilustraciones clásicas– y el empleo de esos medios que hace el poderoso, sea Estado o empresa, frecuentemente se contrapone al principal atributo de la personalidad en lo que se refiere a su manifestación en las actividades económicas, cual es la autonomía privada. Mientras que la organización se asienta en que quien la concibe y la realiza dispone de conductas y de bienes de otros, la autonomía privada consiste en que la persona pueda dirigir su propia conducta y disponer de sus bienes sin que le sea necesario ni obligatorio hacerlo para promover los fines de un tercero: el organizador.

Entre la persona y el organizador hay una ineludible tensión, cuando no abierto litigio, cada vez que la organización de las actividades económicas, sea público o privado el origen y la mantención de esa organización, abre la puerta a discriminaciones y a abusos. Ejemplos de ello hay legión.

APÉNDICE N° 4

El Profesor don Oscar Aramayo A. inició en el primer lustro de los años 1940 una serie de publicaciones sobre la legislación económica chilena en la que más adelante destacaron:

- Régimen legal del comercio exterior chileno (1962 y 1968)
- Régimen legal del comercio interno chileno (1964)
- Régimen legal de la industria manufacturera en Chile (1970)

Estos libros ofrecen la mejor información para conocer cómo distintos gobiernos, de muy diversas orientaciones político-económicas, se valieron de reglas, algunas de dudoso origen constitucional, para dirigir la economía del país conforme a ideologías que variaban casi aleatoriamente. Se mostraba así que la legislación económica nacional era como un camaleón, esencialmente mutable.

El Profesor Aramayo abrió los ojos de quienes pensaban que aquello que los textos constitucionales y legales dicen es necesariamente el derecho que está vigente.

Una de sus vívidas ilustraciones está en el Reglamento de Industrias que rigió por muchos años a partir de 1954. En sus explicaciones Aramayo destacaba que las normas de ese reglamento eran probablemente contrarias a la Constitución entonces vigente y, también, en la época que él escribía, eran ilegales por contravenir las normas del Título V de la Ley N° 13.305 sobre competencia industrial y comercial.

Sin embargo, ni su inconstitucionalidad ni su ilegalidad impedían que ese Reglamento de Industrias fuera derecho vigente y aplicado en el país.

Escribía Aramayo:

“El precepto constitucional [se refiere al artículo 10 N° 14, inciso tercero, del texto entonces vigente de la Constitución de 1925], relativo a la libertad de comercio e industria aparentemente intocado y de plena vigencia, ha venido en el hecho siendo deteriorado por la realidad moderna que rige las actividades comerciales e industriales, especialmente en sus relaciones con el Poder Público.

Nada sacaríamos con encastillarnos en un principio que muestra una validez formal pero que se distancia de la normativa jurídica que rige la materia a que él se refiere.

En la Constitución, la norma general es la libertad de industria, la que por excepción puede verse restringida en atención a consideraciones de orden público calificadas por una ley. En la realidad jurídica que rige la materia, conformada por las leyes y reglamentos pertinentes, la norma general es que la instalación de una industria está sujeta a autorizaciones administrativas previas y, en definitiva, el hecho de que una persona o conjunto de personas pueda instalar una industria o no, depende de la voluntad de la Administración.

La norma constitucional indicada [que asegura la libertad de industria], no corresponde a la realidad jurídica que vive el país.

En un mundo socializado de economía planificada no cabe la libertad de comercio e industria irrestricta. Las actividades comerciales e industriales no tienen sólo las limitaciones de las buenas costumbres, la seguridad o salubridad públicas o el interés nacional calificado por una ley. El piso mismo en que debe moverse, o sea las bases legales de su ejercicio, lo constituyen una serie de normas y decisiones de autoridad, que las regulan, orientan, encauzan y controlan. Ya no se trata de una libertad que tiene las limitaciones obvias relativas al perjuicio de terceros o las que pueden imponer las leyes por razón de conveniencia general: se trata de un nuevo estatuto, en que la norma general es la autorización previa, la regulación y el control, y en que la actividad industrial o comercial está encuadrada en un marco reglamentario.

En síntesis, es el vuelco de un régimen liberal, expresado en la norma señalada, a un régimen de regulación estatal, que se basa en presupuestos distintos. Nada sacaríamos con hacer la defensa de la norma que aún sobrevive en nuestra Constitución. Resulta más útil, a nuestro juicio, señalar la nueva realidad jurídica y sobre esta base modelar la nueva estructura que mejor convenga a la nueva situación”.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Jorge Streeter, "Elementos constitucionales del régimen económico", *Diálogos CeCo* (abril, 2021),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones/>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile