

**JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA RELATIVA AL DERECHO A
DESARROLLAR ACTIVIDADES EMPRESARIALES.
UN ENSAYO DE ANÁLISIS CRÍTICO.**

**Patricio Masbernat M.¹
José Tomás Hurtado C.²**

Resumen

El presente artículo analiza de manera crítica la doctrina y jurisprudencia relativa al derecho consagrado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República de Chile, referido al derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Intenta ensayar un nuevo enfoque, basado en el constitucionalismo comparado, especialmente en materia de derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. En su primera parte analiza lo más representativo de la doctrina nacional relativa a la materia, y en su segunda parte, analiza un sentencias judiciales recaídas en recursos de protección y amparo económico.

SUMARIO.

- I.- INTRODUCCIÓN –
- II.- BREVE ANÁLISIS DE LA DOCTRINA NACIONAL.–
- III.- APLICACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 19 N°21
- IV.- ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE RECURSOS DE PROTECCIÓN.
- V.- ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE RECURSOS DE AMPARO ECONÓMICO
- VI.- A MODO DE CONCLUSIÓN.

I.- Introducción.

1.- Existen algunos temas esenciales en el enfoque del presente artículo.

El primero, se refiere a los problemas de interpretación constitucional. Al respecto, estimamos que en nuestro país normalmente se hace referencia a la interpretación de la Constitución consistente con una tradición hermenéutica, sobre todo tributaria de la Escuela Exegética³. A partir de ello, existen nuevos enfoques en

¹ Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

² Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La presente investigación cuenta con el apoyo de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad de Chile.

³ Para nosotros los elementos de interpretación del Código Civil no pueden considerarse suficientes, a lo más tan sólo un punto de partida con efectos bastantes relativos en la interpretación constitucional, debiendo, al contrario,

la doctrina nacional, también de la misma vertiente, que de nuestra perspectiva no hacen suficientes distinciones de todas las clases de interpretación constitucional que los órganos estatales realizan⁴.

El segundo aspecto se refiere a las carencias de la doctrina nacional (y también la jurisprudencia) relacionadas con los temas de la aplicación de la Constitución, sea a la llamada interpretación operativa⁵ como a las exigencias del razonamiento jurídico (según se explicará).

Para nosotros, la interpretación y aplicación de la Constitución tienen características especiales, diferentes en sede legislativa, jurisdiccional, administrativa o del Tribunal Constitucional. Ello significará diferenciar los análisis de acuerdo se trate de cada una de esas sedes.

El presente artículo, por otro lado, también manifiesta cierta postura en materia de teorías de razonamiento jurídico. Sin intentar abordar específicamente si el Derecho presenta una solución única o diferentes soluciones posibles a cada caso, al menos planteamos a su respecto que las resoluciones judiciales son siempre una decisión (y nunca una conclusión necesaria) que por generarse en un contexto de debate forense, constituyen un razonamiento dialéctico⁶. De ello se deriva que el razonamiento jurídico es problemático y no analítico⁷.

contar con diversos elementos, tales como adecuarse a la evolución socio-cultural de la comunidad de que se trata (Rodríguez Mourullo, Gonzalo; "Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, Rodríguez 1988, pag. 16), a la fórmula política (Zúñiga Urbina, Francisco; "Tendencia contemporáneas de interpretación constitucional", En VVAA, "Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992; Canosa Usera, Raul, "Interpretación constitucional y fórmula política", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988), debe atender a los valores (Cea Egaña, José Luis "La interpretación axiológica de la Constitución", En VVAA, "Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992), hacerse de modo sistemático, antiformalista, y conforme a los derechos fundamentales (Humberto Nogueira Alcalá, "Dogmática constitucional", Talca, Editorial de la Universidad de Talca, 1997).

⁴ VER: Eduardo Aldunate, "La doctrina nacional sobre la Interpretación Constitucional. Estado y Crítica". Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Chile. N°8, 2000, pp. 59-74; VV.AA., "Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos". Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991. Bajo los auspicios de Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

⁵ Wroblewsky, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, 1998, Madrid.

⁶ Rodríguez-Mourullo, Gonzalo. *Aplicación Judicial del derecho y Lógica de la argumentación*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988, pag. 15.

⁷ Gonzalo Rodríguez-Mourullo, op. cit., pag. 69.

Pese a lo anterior, sin embargo, sí creemos que existen mejores y peores decisiones judiciales, y que el Tribunal debe fundar racionalmente sus opciones⁸.

2.- En materia de interpretación constitucional (doctrinaria) o de aplicación de la Constitución (especialmente en sede de la jurisdicción constitucional de la libertad, que es aquella a la cual este artículo se refiere) la consideración a los derechos fundamentales es relevante, en el sentido de entenderlos de manera sistemática (al modo de una teoría de derechos fundamentales, que considere la evolución que ha tenido desde el liberalismo clásico hasta hoy⁹). Basar el razonamiento en ellos es, por otra parte, mucho menos (jurídicamente) discutible que la consideración a cualquier otra circunstancia (como veremos), por lo cual pueden con ello establecerse parámetros razonables de interpretación o aplicación del Derecho compartido por todos¹⁰. Esto es importante al razonar sobre el derecho establecido en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República (CPR), disposición la cual la doctrina fundamenta básicamente en razones económicas o de planificación social.

De lo anterior es que el presente artículo intenta defender la interpretación del *derecho a desarrollar actividades económicas conforme a los derechos fundamentales*, lo que tiene la dificultad de constituir un paradigma¹¹ diferente (con excepciones) de las actualmente dominantes en nuestro medio.

⁸ Racional significa fundamentado discursivamente, conforme a ciertas reglas (Robert Alexy, citado y explicado por Manuel Atienza en *Las Razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pag. 201), o fundamentado en buenas razones (Weinberger, en Atienza, op. cit., pag. 207).

⁹ Cfr. Ollero Tassara, Andrés. *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Fioravanti, Mauricio. *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

¹⁰ Cfr. Peña González, Carlos. *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago de Chile, 1996.

Medina Q., Cecilia, y Jorge Mera, Editores, *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Chile, 1996.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 19.

II.- Breve análisis de la doctrina nacional.

En el presente apartado, nos referiremos apretadamente a las que consideramos las más relevantes categorías usadas por la doctrina nacional en la materia, realizando un enfoque crítico desde la perspectiva indicada.

El análisis de la extensa producción doctrinaria nacional se hará a través de aislar las categorías más usualmente usadas y que consideramos centrales (el mismo método se usará respecto de la jurisprudencia) para nuestro objetivo.

1.- Fundamentos del derecho constitucional consagrado en el artículo 19 N°21 de la CPR.

1.1.- La doctrina vincula y fundamenta el artículo 19 N°21 a las ideas de empresa, libertad de empresa, libertad económica, sistemas económicos. Dichas ideas básicamente son expresadas a través de sus definiciones, buscadas tanto en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como en algún libro de Economía¹².

Los argumentos de carácter filosóficas (sobre todo relativo a la libertad y sus fundamentos sociales)¹³ o de políticas públicas acompañan los argumentos económicos señalados, y le sirven a la doctrina nacional para encuadrar o vincular el derecho en comento (por ejemplo, las ideas de “economía de mercado”¹⁴, “sociedades libres”¹⁵, o liberalismo¹⁶, el fracaso de los socialismos¹⁷, etc.), incluso afirmando la institucionalización de un sistema económico determinado¹⁸. Esto último, entendido

¹² Ureta Silva, Ismael. “Recurso de Amparo Económico”. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1997, pag. 3; Navarro Beltrán, Enrique. “Notas sobre el contenido esencial del Derecho a Emprender cualquier actividad económica”. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año 3 N°3, 1999, pp. 19-28. Santiago de Chile.

¹³ Ver: Fernandois Vöhringer, Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I. Ediciones de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 2001; Soto Kloss, Eduardo (en muchas de sus obras).

¹⁴ Jaederlund Lüttecke, John. “Recurso de Amparo Económico”. Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 1999, p. 28.

¹⁵ Ureta, op.cit., p. 4

¹⁶ Jaederlund, op.cit., p. 33

¹⁷ Puede verse en Ureta, op.cit., p. 4; Jaederlund, op.cit., p. 33; Fernandois, op.cit., *passim*.

¹⁸ Ureta, op.cit., p. 5; Jaederland, op.cit., p. 28

como verdadero, ha sido objeto de algunas críticas¹⁹, contestadas a su vez bajo la idea de una tesis un poco más sofisticada, que plantea que la Constitución configura límites dentro de los cuales permite un abanico de posibilidades dentro del sistema democrático, permitiendo una flexibilidad constitucional²⁰.

1.2.- El fundamento ligado a los contextos históricos también ha sido buscado por la doctrina mayoritaria para enfocar este derecho constitucional. Este (así entendido generalmente como) *elemento histórico* (en cuanto como elemento hermenéutico de la *historia fidedigna del establecimiento de la norma*) se plantea al menos con cuatro pilares:

- a) La “asfixiante” regulación existente al derecho de desarrollar actividades empresariales²¹ y el “inmenso” desarrollo de un extenso Estado Empresario²².
- b) La opción (“*gradual inclinación*”²³) del Gobierno de las Fuerzas Armadas por el sistema de libertad económica y libertad de empresa²⁴.
- c) Con la opción de un Sistema de Libertad Económica y Libertad de Empresa, se presentó el dilema de incorporarlo en un capítulo de la Constitución, o en varios artículos de ella²⁵.
- d) Las discusiones (Actas) de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) y el Proyecto del Consejo de Estado²⁶.

¹⁹ Juan Carlos Ferrada Bórquez. “*La constitución económica de 1980. Algunas reflexiones críticas*”. Revista de Derecho. Universidad Austral. Vol. XI. Año 2000. Valdivia, Chile.

²⁰ En diferentes sentidos, el mismo tema: (a) Fermandois (op.cit., p. 30); (b) Francisco Zúñiga Urbina. “*Constitución económica y estado empresario*”. Revista de Derecho Público N°63, Año 2001. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile.

²¹ Aróstica Maldonado, Iván. “*Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada*”. *Ius Publicum* N° 2. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás, 1999, pp. 126-146

²² VV.AA., “*El Rol de Estado Empresario*”. Política 13. Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 1987. Edición monográfica con diversas ponencias sobre el tema; VV.AA., “*El Estado Empresario*”, Edición monográfica. Revista Chilena de Derecho N°14. Universidad Católica de Chile. 1987.

²³ Fermandois, op. cit., p. 68, Nota N°97. Para nosotros, la influencia socialista dentro del ideario inicial del gobierno militar (el mismo que tenía a todos los sectores de la actividad económica, política, social) se puede verificar claramente en su conocida *Declaración de Principios* del año 1973.

²⁴ Ureta, op.cit., p. 5.

²⁵ Ureta, op.cit., p. 5.

²⁶ Por ejemplo, las obras citadas de Ureta, Jaederland, Fermandois, Navarro.

1.3.- El derecho a la libertad económica también ha sido entendido sistemáticamente en el marco del orden público económico (OPE). Dentro de la idea de OPE, se señala que se encuentra y entiende el derecho o libertad empresarial.

El concepto de OPE es citado como un dogma constantemente en la doctrina jurídica nacional del Derecho Económico. En este punto nos remitiremos a lo tratado de manera extensa en un artículo de los autores ya publicado en esta materia²⁷, por lo que en este espacio sólo daremos una breve noticia.

Para nosotros, el contenido del concepto de la doctrina nacional de OPE es confuso²⁸ y contradictorio²⁹, ha servido para justificar toda clase de interpretaciones, restricciones y limitaciones del derecho de realizar actividades empresariales, y que por dicha razón es mejor prescindir³⁰ de ella por inútil y contrario a un ordenamiento jurídico basado en derechos fundamentales³¹. Constituye una categoría que nace y se

²⁷ Patricio Masbernat y José Tomás Hurtado, "Crítica de la noción de orden público económico". Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, N°66, año 2004.

²⁸ Arturo Yrarrázaval Covarrubias. "Principios económicos en la Constitución de 1980". En Revista Chilena de Derecho, 1987, N° 14. Vol. XIV N° 1, 1987. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile, pp. 100 y 112. Yrarrázaval prefiere prescindir del "paradójico" concepto de OPE mientras no se clarifique, decante y precise jurídicamente porque la autoridad pública, a pretexto de su defensa en cuanto "principio rector de la actividad económica consagrada constitucionalmente, podría cometer un sinnúmero de gravísimas arbitrariedades, pudiendo incluso llegar a eliminar y conculcar la eficacia de los demás principios económicos constitucionales, como ya ocurrió en el pasado".

²⁹ Para Streeter la ambigüedad es peligrosa "porque el concepto de OPE tiene muy buena presentación, ya que todos sin excepción creen actuar en su resguardo, achacando al contrario el desorden y la arbitrariedad" (Streeter Prieto, Jorge: "Principios de Derecho Económico: el paradójico Orden Público Económico". En Revista de Derecho Económico N° 60-61, 1983. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 1983, p. 22).

³⁰ La conceptualización confusa y poco pacífica que percibe Ruiz-Tagle respecto del OPE, lo lleva "a recomendar a la doctrina y jurisprudencia constitucional chilena el abandono del uso de las nociones de OPE y que utilicen en sus opiniones y resoluciones los viejos principios constitucionales de libertad, igualdad y propiedad". Pablo Ruiz-Tagle Vial. "Principios Constitucionales del Estado Empresario", Revista de Derecho Público N°62. Año 2000. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile, pp. 59.

³¹ La doctrina y jurisprudencia ha fundado y subordinado el derecho de desarrollar actividades económicas a la idea de OPE, incluso con pretensiones de defender ese derecho. La idea general de fundar un derecho en un concepto jurídico indeterminado que trasunta un principio de construcción del orden social, ya es conocida a partir del concepto de "bien común". Para nosotros, la idea de OPE no es sino una visión esencialmente tributaria del orden público, no obstante cualquier maquillaje diferenciador que quiera dársele, el efecto es enteramente semejante, cual es, un conflicto con la idea de derechos fundamentales. Compartimos, por ello, con Carlos Peña, que señala que "decir que alguien tiene derecho subordinado al bien común es lo mismo que decir que no tiene derecho. O sea, caeríamos en lo mismo que cualquier razonamiento autoritario que en definitiva priva a las personas de derecho en mérito a consideraciones globales o agregativas, como el bien común o el orden público. No puede hacerse depender los derechos de la legitimidad, del bien común, porque justamente la legitimidad y los derechos son límites a la prosecución del bien común por parte de las autoridades" (VVAA, *Razonamiento Judicial: Verdad, Justicia, Ley y Derecho*. Cuadernos de Análisis Jurídico 18, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1991, Santiago de Chile, pp. 80).

configura como justificación del intervencionismo económico del Estado, y que en razón de ello, y por lo que diremos más adelante respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, no es posible entenderlo en el marco de una dogmática de derechos fundamentales.

1.4.- El derecho a emprender ha sido entendido por algunos como parte de la dogmática constitucional y un principio constitucional, ya que junto al Capítulo I de la Constitución, las disposiciones del Capítulo III conforma lo que se llama la dogmática de la Constitución³², por señalarlo así la Comisión de Reforma Constitucional del año 1989, y por ello el artículo 19 N° 21 de la Constitución es parte de los principios, ideas, valores³³ constitucionales e inspiraciones fundamentales que orientan el proceso de creación y transformación del derecho constitucional chileno³⁴. A partir de esos valores debe interpretarse la Constitución³⁵.

1.5.- La interpretación sistemática de las normas constitucionales también es planteada, y en este punto, el artículo 19 N°21 en concordancia con los artículos 1 (incisos 1, 3 y 4) y 5 (inciso 2), entre otros, de la Constitución³⁶. Lo anterior permite señalar que el hecho de que el Estado esté al servicio de la persona humana, permite

³² Ureta, op.cit., p. 9; Jaederlund, op.cit., p. 47; Varas Alfonso, Paulino: "Amparo Económico. Recurso jurisdiccional especial establecido por la Ley Orgánica Constitucional N° 18.971 de 10 de Marzo de 1990 para cautelar la libertad económica consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución". En Revista de Derecho Público N°49, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1991, p. 67.

³³ Ureta, op.cit., p. 4; Jaederlund, op.cit., p. 32; Fernandois, op.cit.; y Cea, op.cit.

³⁴ Ureta, op.cit., pp. 9. Estas ideas no son nuevas. Derivan además de la concepción de la doctrina constitucional de los principios y valores (Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto. "Derecho constitucional" Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª Edición, 1999; Cea Egaña, José Luis. *Tratado de la constitución de 1980.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1988; etc.), y del Tribunal Constitucional, como lo señaló en su Sentencia Rol 280 de 20 de octubre de 1998 en su considerando 12, y la Sentencia Rol N° 46 de 21 de diciembre de 1987 en su considerandos N° 19° y 21°.

³⁵ Cea Egaña, José Luis. *La interpretación axiológica de la Constitución.* En VV.AA., "Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos", op. cit. p. 91.

³⁶ También Fernandois, quien señala que debe interpretarse sistemáticamente y buscando la interpretación útil de las normas de que se trata (Fernandois, op.cit., p. 87). También en Soto Kloss, Eduardo: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile. (La primacía de la persona humana)." En *Ius Publicum* N°2. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás, 1999, p. 127.

entender la función del Estado en materia económica³⁷. Jamás puede suplantar la actividad empresarial que le corresponde a la persona - en cuanto privados - en virtud del principio de subsidiariedad (obligación de abstención del Estado) consagrado en dicho artículo 1 inciso 3 señalado, el que es interpretado en el sentido que el Estado sólo puede realizar actividades empresariales donde (y mientras) las personas no quieran o no puedan realizarlas, y mientras dure tal circunstancia³⁸.

2.- Contenido del derecho.

El artículo 19 N° 21 de la CPR comprende dos incisos:

- a) El primero consagra el derecho a desarrollar o emprender actividades económicas empresariales (derecho o libertad económica, de emprender o de empresa).
- b) El segundo establece las regulaciones a que debe sujetarse el Estado o sus organismos cuando desarrollen actividades empresariales.

2.1.- Respecto del contenido del inciso primero, resulta útil considerar la postura del profesor Raúl Bertelsen que el Tribunal Constitucional hace suya en la Sentencia Rol 280 del 20 de octubre de 1998, considerando 22°, a través del cual intenta precisar su contenido expresando que *"este derecho, denominado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República 'libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica' y usualmente 'derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita', significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera*

³⁷ Soto Kloss, Eduardo. "La servicialidad del Estado: Base esencial de la institucionalidad". Revista de Derecho Público. Vol. 1995, N° 57-58, pp. 13-28. La idea de la servicialidad constituye una idea fuerza en importante en parte de la doctrina nacional.

³⁸ "Al expresarse la primera obligación/deber de abstención del estado de interferir la actividad económica lícita de los particulares, debe señalarse que ello significa primeramente *no asumir tal actividad* ni directamente por medio de organismos estatales que la desarrollen, ni indirectamente participando en ella a través de entidades en que sea miembro o socio. Sólo *excepcionalmente*, tal como lo prevé el inciso 2° del artículo 19 N° 21 de la Constitución, cabe tal posibilidad y cumpliéndose las exigencias allí impuestas (autorización expresa y formal, a través de una ley especial y que ésta sea aprobada con quórum calificado, siendo regulada su actividad por las mismas disposiciones que regulan a los particulares)." Soto Kloss, Eduardo: "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile. (La primacía de la persona humana)." En *Ius Publicum* N° 2, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, 1999, p. 127.

actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen."

Para nosotros la cita refleja una idea muy limitada de este derecho escondida detrás de un juego de palabras. Fermeois comprende que este derecho ha sido entendido de manera general en nuestro medio de manera limitada y restrictiva, por lo que manifiesta su oposición a ello considerándolo como un "derecho vasto e indefinido", que no puede interpretarse a partir de sus límites. Sin embargo, y pese a su esfuerzo, este autor lo caracteriza precisamente recurriendo a sus límites intrínsecos (inmanentes al ejercicio del mismo) y extrínsecos (las prohibiciones y la regulación).

Los problemas para configurar este derecho ha llevado a vincularlo a otros. De este modo, Ureta señala que este derecho hace referencia a la libre iniciativa privada o actividad empresarial de los particulares³⁹, y comprende además la igualdad ante la ley y en el trato que en materia económica les debe ser otorgado. Zúñiga⁴⁰ indica que se trata de un derecho fundamental de libertad económica de amplia cobertura (que comprende la libertad de industria y comercio, libertad de asociación, libertad de fundación de empresas y libertad de mercados). Para otros, la libertad de empresa es una especie dentro del género libertad económica, y libertad económica expresa la capacidad de emprendimiento⁴¹ tanto unipersonal como pluripersonal

³⁹ Ureta, op. cit., p. 13

⁴⁰ Zúñiga (2001, "Destacan naturaleza cuatrelar del amparo económico", op. cit.).

⁴¹ También, Fermeois, op. cit., p. 89

(como lo entendió la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución)⁴², esto es, la libertad de formar todo tipo de empresas, para realizar toda clase de actividades económicas (de carácter primario, secundario, terciario) con fines lucrativos⁴³.

Fernandois señala que la actividad económica es aquella susceptible de producir lucro⁴⁴ o de alterar los elementos que lo producen; actividad empresarial es aquella actividad económica que el ente despliega organizado en un conjunto de personas y bienes llamado empresa⁴⁵. Para este autor, la importancia de la distinción radica en que para el desarrollo de actividades puramente económicas el Estado no requiere autorización especial, y sí para actividades empresariales.

Al contrario, Navarro considera que este derecho se vincula a la libertad de toda clase de actividad económica, señalando que se trata de "la libertad que se garantiza a todas las personas, sean naturales o jurídicas, para propender a satisfacer las diversas necesidades -múltiples e ilimitadas- mediante la utilización y asignación de bienes escasos y limitados; no siendo indispensable, por tanto, el carácter lucrativo o no de las aludidas actividades económicas"⁴⁶ (con ello, la actividad desarrollada por una corporación o fundación sin fines de lucro es una actividad económica y por lo tanto susceptible de tutelarse por el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución en tanto cuanto ella despliega una actividad destinada a satisfacer sus necesidades).

En resumen, no existe un consenso básico en torno a si el derecho del artículo 19 N°21 se refiere a derecho de emprendimiento o a libertad económica en general, y si el elemento lucro es o no componente del derecho contemplado en el artículo 19 N°21 inciso 1°. Los problemas de la dogmática por darle un contenido coherente se proyectarán con graves consecuencias en la jurisprudencia.

⁴² Las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución son citadas en la doctrina nacional de manera profusa. Por ejemplo, Fernandois (op. cit., pp. 104), cita la Sesión 388 para estos efectos.

⁴³ Fernandois, op. cit., p. 104 y ss. En el mismo sentido Montt, citando las Actas de la CENC, Sesión 388. EN: Montt Dubourmais, Luis. "Informe en Derecho: La libertad Económica y su tutela jurisdiccional". Edición mimeografiada.

⁴⁴ Pero para Jaederlund la actividad económica de los particulares no necesariamente conlleva el lucro (op. cit., p. 15).

⁴⁵ Fernandois, op. cit., pp. 168.

⁴⁶ Navarro, 1999 (*Notas sobre el contenido esencial ...*), p. 28. Ureta (loc. cit) comparte esta interpretación amplificada del derecho del artículo 19 N°21.

2.2.- En su inciso segundo, la norma constitucional establece las regulaciones a que deben sujetarse el Estado o sus organismos cuando desarrollen actividades empresariales⁴⁷.

Para algunos, esta norma constitucional sería una fuerte restricción de la actividad empresarial del Estado a favor de los particulares⁴⁸; para otros, ella sólo establece un marco regulatorio⁴⁹.

2.3.- Un tema especialmente importante se refiere a la regulación de la libertad de emprender.

Podemos resumir la posición general de la doctrina nacional en la afirmación de que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional (consideradas estas tres como prohibiciones absolutas para su ejercicio) debe ejercerse respetando las normas legales que la regulen (comprendiendo por regular el someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse), en el entendido que dicha

⁴⁷ Ver: (a) Ivan Aróstica "Crónica sobre la expansión del Estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada". En "Ius Publicum" N° 2. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás, 1999, pp. 126-146; Pierry Arrau, Pedro, "Algunos Aspectos De La Actividad Empresarial Del Estado", En Revista De Derecho Público. Stgo., 1985, N° 37-38; (b) Precht Pizarro, Jorge E., "Estado Empresario: Análisis De La Legislación Complementaria Constitucional", En Revista Chilena De Derecho, Stgo., 1987, VOL. 14.; (c) Francisco Zúñiga Urbina. "Constitución económica y estado empresario". Revista de Derecho Público N°63. Año 2001. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile; (d) Pablo Ruiz-Tagle Vial. "Principios Constitucionales del Estado Empresario". (e) Revista de Derecho Público N°62. Año 2000. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago de Chile; El Rol de Estado Empresario, Política 13, Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 1987. Edición monográfica con diversas ponencias sobre el tema; (f) El Estado Empresario. Edición monográfica. Revista Chilena de Derecho N°14. Universidad Católica de Chile. 1987; (g) Ministerio Gobierno de Chile, *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, Tomo I, Santiago, 2000, pp. 327 y ss.

⁴⁸ Ureta (op. cit., pp. 13) y Jaederlund (op. cit., pp. 44) señalan que la Constitución da una preferencia absoluta al sector privado" como agente empresarial, y al Estado le reconoce un papel excepcional, si se interpreta ambos incisos del artículo 19 N° 21 y su artículo 1° (principio de subsidiariedad, autonomía de cuerpos intermedios, deberes y finalidades del Estado). El Estado tiene prohibición de participar en actividades empresariales a menos que cuente con autorización legislativa expresa para cada actividad empresarial de que se trate. Ello, no obstante considerar el artículo 5° transitorio.

⁴⁹ Zúñiga señala que "el inciso 2° del N° 21 del artículo 19 consagra una norma de organización del Estado empresario, en virtud de la cual la actividad empresarial del Estado y sus organismos requieren de ley habilitante de quórum calificado y, por regla, la actividad empresarial se rige por el Derecho Común de los privados". (Zúñiga Urbina, Francisco, *Destacan naturaleza cuatelar del amparo económico: Acción incluida en ley 18.971*

regulación no puede llegar a obstaculizar o impedir su ejercicio afectando su núcleo esencial.

Siguiendo la tradición nacional, se intenta explicar recurriendo a la definición de las palabras (en este caso “regulación”) del Diccionario de la Real Academia Española.

En una apretada síntesis, los problema a que se hace referencia son quien, cuándo y cómo debe establecerse las regulaciones del ámbito de ejercicio lícito del derecho.

Para algunos, el concepto de “normas legales” debe interpretarse en sentido amplio (como sinónimos de normas de cualquier jerarquía jurídica) y para otros, en sentido estricto (solo la ley formal emanada del Congreso de la República por el mecanismo normal de producción de leyes).

Con lo anterior, se deduce que para algunos sólo puede regular el legislador y para otros también o sólo la Administración vía potestad reglamentaria de ejecución⁵⁰ o vía remisión normativa del legislador⁵¹. Esto se relaciona con el principio de “reserva de ley”.

Fernandois define regular como el sometimiento de la actividad al imperio de una normativa que le señala cómo debe ejercerse⁵², establece un ordenamiento sin disminuir ni afectar su libre ejercicio, siendo el termino regular menos severo que limitar o restringir (las que disminuyen cualitativa o cuantitativamente el goce de un derecho, obstaculizando e impidiendo).

de 1990. Artículo de Revista Jurídica: La Semana Jurídica. Santiago de Chile. 2001. Nov. 26 a Dic. 2. Versión on-line: <http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/710/article-3312.html>.

⁵⁰ El Tribunal Constitucional en Sentencia Rol 325 (26 de junio de 2001), explica estas distinciones en dos considerandos. La potestad reglamentaria: a) “autónoma” es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y b) “la de ejecución” destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política;”. El considerando 41° señala que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución.

⁵¹ Hay quienes no están de acuerdo. Soto Kloss, Eduardo: “En la forma que prescriba la ley. Notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales”. En Revista Chilena de Derecho, vol. XX N° 3, 1993, p. 687-693.

⁵² Fernandois, op. cit., p. 107.

Ureta, a su vez, considera que el ámbito del derecho a desarrollar actividades económicas legítimas y lícitas es aquel que queda luego de excluir las áreas de ejercicio prohibido, es decir, aquellas que “atentan contra los valores morales, de orden público o de seguridad nacional”, y ese es el ámbito de regulación del legislador⁵³. Define regular como “moderar la facultad del titular del derecho, con obligaciones y restricciones que tienen como objetivo conciliar su interés con el de la sociedad”. Para este autor, el término “legislación” debe entenderse en sentido amplio, esto es, referida a las normas específicas de una actividad determinada, o sea, aquellas que la regulen en particular, incluyendo ordenanzas y resoluciones de carácter general dictadas por los municipios (siguiendo un fallo recaído en recurso de amparo económico, “Galeani contra Municipalidad de Recoleta”).

Para nosotros, la falta de consensos en materias elementales en la doctrina no es el único problema. La confusión entre ideas cuyo contenido es diferente como las de regular, limitar o restringir es común en la doctrina y jurisprudencia chilenas⁵⁴.

Las ideas vertidas en algunos de sus fallos por el Tribunal Constitucional no modifican este panorama, reflejando en gran medida los enfoques contradictorios de la doctrina nacional. En efecto, los considerandos 12 y 14 del fallo Rol 167 de 6 de abril de 1993 (y en sentido semejante los considerandos 9 y 11 del fallo Rol 146 de 21 de Abril de 1992) indican que “al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho”, pero sin llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el artículo 19 N° 21. También señala que las regulaciones de acuerdo al texto de la Constitución deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo.

Por otro lado, la sentencia Rol 325 de 26 de junio de 2001, en sus considerandos 25 y 40, señala esta vez que la autoridad administrativa sí puede regular a través de la potestad reglamentaria de ejecución (pormenorizando y

⁵³ Ureta, op. cit., p. 16. Ureta, razona inadecuadamente, pues dice que con la potestad regulatoria se podría llegar a limitación (tampoco señala qué extremo de limitación), pero nunca a obstaculizar o impedir su libre ejercicio, pues el artículo 19 N°26 dice que el legislador “no puede afectar la esencia del derecho”.

⁵⁴ Ureta, op. cit., p. 16. También Jeaderlund, , op. cit., p. 49 y ss.

particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal)⁵⁵, en la medida que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos reúnan los requisitos de "determinación" y "especificidad". Pero la regulación no puede afectar la esencia del derecho.

Respecto de este último importante punto el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 43 de 24 de febrero de 1987 en su considerando 21 (y también otras sentencias posteriores en el mismo sentido, como la Rol 280 de 20 de octubre de 1998 en sus considerando 28 al 31) ha establecido una doctrina que llamamos "*no técnica*" del concepto de "esencia" del derecho. Decimos que no es técnica la noción ya que el citado Tribunal, eludiendo una construcción técnica de manera expresa, argumenta que su decisión debe ser entendible por todos los ciudadanos. Sería esperable entonces que la doctrina nacional asumiera su responsabilidad de elaborar concepciones técnicas, sin embargo, al menos en relación al derecho en análisis, se ha limitado a repetir la definición "no técnica" del Tribunal Constitucional.

2.4.- Un tema muy poco trabajado en la doctrina nacional se refiere a las "limitaciones absolutas o prohibiciones al ejercicio del derecho" establecido en el artículo 19 N°21.

La doctrina nacional ve unánimemente en los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el inciso 1 del N° 21 del artículo 19 de la Constitución (moral, orden público y seguridad nacional) limitaciones absolutas o prohibiciones al derecho en estudio.

Sus aspectos más notorios se relacionan a su contenido, al quién y al cómo (órgano habilitado y forma de aplicarlas) se establecen.

⁵⁵ Relacionado a esto, la sentencia Rol 254 de 26 de abril de 1997 en su considerando 26 distingue la reserva legal en absoluta o relativa, y la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad.

La doctrina no tiene claridad conceptual frente a los términos moral, orden público o seguridad nacional⁵⁶. Las explicaciones normalmente se vinculan a ideas vagas de carácter social, filosófico, religioso o político. Los intentos jurídicos se vinculan a la más tradicional dogmática civilista⁵⁷.

Respecto del órgano habilitado para aplicar estas prohibiciones, hay quienes señalan que sólo corresponde al legislador, debido a que constituyen restricciones mayores que las regulaciones y, habiendo reserva legal para la regulación, con mayor razón existe para la prohibición. Otros señalan que es el juez⁵⁸, debido a que requiere de un casuismo que no corresponde a la ley⁵⁹, y porque es un órgano que sólo las aplicará luego de un debido proceso. Agregan que el legislador sólo está habilitado expresamente para regular y no para prohibir (y las potestades requieren atribución expresa)⁶⁰. Para otros, corresponde a la Administración⁶¹.

Vemos, por tanto, que la doctrina no sólo no tiene una postura común, sino que tampoco ha podido abordar adecuadamente un tema, por cierto, en extremo complejo. En este punto las decisiones del Tribunal Constitucional no presentan una

⁵⁶ Ver el Acta Constitucional N° 4 en su considerando N° 1; Jaime Guzmán Errazuriz, *Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*, Revista de Derecho Público, N° 37-38. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 1985, p. 45-65. Varela del Solar, Jorge: *Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*. En "Revista Chilena de Derecho", vol. XVI N° 2, 1989, p. 379-390. Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; y Nogueira Alcalá, Humberto: *Derecho Constitucional*. T. I. Edit. Jurídica de Chile, 1994, p. 113-114.

⁵⁷ Ver el tema, por ejemplo, en Denis González Grandjean, "La libertad económica y su protección jurídica en la constitución chilena: un análisis a través de la jurisprudencia". Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago. 2001.

⁵⁸ Fermeadois, op.cit., 93. Afirma que excepcionalmente le corresponde al legislador, a través de parámetros generales, fundadamente, respetando la esencia del derecho. En ningún caso le corresponde a la Administración, porque no ha sido habilitado conforme al artículo 19 N°26.

⁵⁹ Ureta, op.cit., 15. Para Ureta le correspondía al juez, pero más adelante afirma que le corresponde a la autoridad administrativa conforme a la ley, de acuerdo al artículo 62 N°2 inc. 4°, que señala que las atribuciones y funciones de los servicios públicos se establecen por ley⁵⁹. En sentido casi absolutamente idéntico argumenta Jaederlund (op.cit., pp. 51). Sin embargo, se apoya en Dougnac⁵⁹ para agregar que existe título de prohibición para el legislador, a través de los "intereses generales de la nación", como todos los demás derechos del OPE, del cual la subsidiariedad es esencial.

⁶⁰ Soto, Eduardo "La actividad económica en la Constitución Política de la República de Chile (La primacía de la persona humana)". En *Ius Publicum* N° 2. Escuela de Derecho. Universidad Santo Tomás, 1999, p. 119-128. Evans, Enrique: "Los Derechos Constitucionales". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 317-318.

⁶¹ Luz Bulnes plantea que la potestad reglamentaria puede establecer las prohibiciones, en razón del artículo 60 de la Constitución que establece el dominio legal máximo, que no considera ésta como materia de ley, por lo cual es materia de atribución de potestades públicas conforme al artículo 62 N°4 inc. 2 (Bulnes, Luz, "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica", Revista de Derecho Público N° 37-38. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 1985, p. 149-165).

gran elaboración, y aparecen planteando ideas no semejantes a las expuestas por los autores nacionales. En efecto, dicho Tribunal, en su sentencia Rol 146 de 21 de Abril de 1992, en su considerando 13, expresa que estas categorías son las únicas prohibiciones que pueden imponerse al derecho a desarrollar una actividad económica; y que las normas reglamentarias no están facultadas para restringir, limitar o prohibir el ejercicio los derechos constitucionales, pues esta atribución es exclusiva de la ley. Además, para que la autoridad administrativa pueda reglamentar ciertas limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, debe estar autorizada por la Constitución, autorización que no existe en relación a esta materia en el artículo 19 N° 21.

2.5.- Finalmente, abordaremos el tema de las fórmulas de protección jurisdiccional de la libertad económica. Los autores nacionales expresan que existen diversos mecanismos de resguardo del derecho (recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, el recurso de protección, el recurso de amparo económico, acción de Nulidad de Derecho Público, etc.).

En este punto, la doctrina se limita básicamente a describir las acciones judiciales y sus características procesales. También la descripción apunta a dar cuenta de la gran cantidad de recursos no admitidos a tramitación o rechazados en definitiva⁶².

Se refieren a algunos de esos recursos (de protección y de amparo económico) con los apelativos de ágiles y expeditos, pero a continuación los mismos autores exponen casos concluyendo lo contrario. Las razones serían la excesiva recarga de trabajo de los tribunales, el exceso de formalismo en la dictación de los fallos, los problemas vinculados a los mecanismos de admisibilidad de los recursos, la

⁶² Sólo Ferrandois hace un intento no concluido de criticar desde una perspectiva constitucional la jurisprudencia relativa al derecho en estudio, pero su argumentación termina siendo casuística, dogmática e insuficiente (Ferrandois, op.cit., passim.).

existencia de trabas normativas autoimpuestas por los tribunales como el auto acordado para la tramitación de recursos de protección, etc.

III.- Aplicación judicial del artículo 19 N°21.

En adelante, analizamos una serie de sentencias de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, recaídas en recursos de protección y recursos de amparo económico, a fin de determinar la forma en que los Tribunales Superiores de Justicia (las Cortes) enfocan la protección judicial del derecho establecido en el artículo 19 N°21 de la CPR.

Abordaremos este estudio buscando argumentos que nos permitan obtener patrones de razonamiento comunes en una diversidad de fallos. El universo de fallos estudiados corresponden casi totalmente a aquellos que se encuentran en los apéndices las obras de González, Ureta y Jaederlund, ya citadas. Se optó por ellos a fin de que los lectores del presente trabajo pudieran encontrarlos fácilmente.

Los argumentos obtenidos (y sólo aquellos que consideramos más relevantes para nuestro estudio) son organizados en categorías que nos permitirá inferir “*patrones de argumentación*”, constituidos por *estrategias generalizables*. Ellas nos permitirán *interpretar y evaluar* si la actividad judicial es o no funcional a la protección de derechos (en particular, la libertad de emprender), y se harán algunas *aproximaciones* a sus causas y consecuencias (jamás pretenderíamos dar respuestas definitivas).

En este punto, es conveniente hacer una precisión. El discurso judicial debiera contener siempre, pero especialmente en sede de *jurisdicción constitucional de la libertad* (i.e., cuando se debate judicialmente respecto de derechos fundamentales), ciertos requisitos. Estos requisitos son señalados por diversos autores y por diversos estudios. No cumpliendo dichos requisitos puede ponerse en duda que el Tribunal realice la función que le corresponde.

Volviendo a la metodología, cabe señalar que cada argumento de la sentencia está compuesto por diversos elementos tanto explícitos como implícitos (palabras, significados denotativos y connotativos, métodos, enfoques, doctrinas, concepciones, etc.)⁶³.

Cada argumento aspira (o al menos debiera aspirar) a fundamentar (coherentemente, se esperaría) la decisión judicial adoptada otorgándole a ésta una validez jurídica, estimando en este punto que toda la audiencia está de acuerdo en que la sentencia debe fundamentarse⁶⁴ (ya que es una exigencia constitucional⁶⁵ y una exigencia jurídica⁶⁶) y que esa fundamentación debe ser racional. La *sentencia judicial* es, entonces, es el resultado de un proceso de *razonamiento jurídico*.

En este punto cabe avanzar sobre otro de nuestros planteamientos. El *razonamiento jurídico* es un tipo de *razonamiento práctico* (no es apodíctico ni axiomático, sino que *problemático*) y, como tal, busca dirigir la acción y la conducta del hombre⁶⁷. Constituye el resultado de un *debate judicial* (el cual es un *proceso dialéctico* de al menos dos posiciones respetables que se disputan legítimamente que la ley se aplique al caso concreto de acuerdo a su criterio) frente al cual el juez debe decidir justificadamente⁶⁸. Decimos que cada posición es respetable en el sentido de que cada una debe ser tratada con el mismo respeto y por tanto atendidas conforme a la garantía de tutela judicial efectiva y el debido proceso⁶⁹.

⁶³ Por ejemplo, ver Squella, Squella N., Agustín, Introducción al Derecho, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 426 y ss.

⁶⁴ Wroblewski señala que "la justificación de la justificación judicial versa sobre los argumentos que sustentan la decisión y, por lo tanto, es un asunto de razonamientos justificativos y de su control" (Jerzy Wroblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Editorial Civitas, 1998, Madrid, pp. 59).

⁶⁵ Carocca, Alex. *Derechos Humanos y Derecho Civil: Perspectiva Procesal*. Editado por el Centro de Desarrollo Jurídico Judicial y la Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1997.

⁶⁶ La sentencia judicial constituye una norma jurídica para el caso concreto creada por el juez a partir de normas generales y abstracta. La justificación de sus decisiones son, también por ello, es un imperativo (Agustín Squella N., op. cit.). Pedro Sagües (*Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 230 y ss.) explica que los argumentos son los de control, de garantía contra la arbitrariedad, de la dedicación judicial, de la persuasión, de la ejemplaridad, del principio del régimen republicano.

⁶⁷ Diversos autores explican lo señalado, pero es interesante por su capacidad sintética, ver Andruet, Aramando, *Introducción a la argumentación Forense*, en VVAA, *Teoría y Práctica del Razonamiento Forense*, Edit. Advocatus, Córdoba, Argentina, 1999, pp. 41 a 55.

⁶⁸ Gonzalo Rodríguez-Mourillo, *Aplicación Judicial del derecho y Lógica de la argumentación*, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1988, pp15.

⁶⁹ Alex Carocca, Op. Cit., *passim*.

Pero que el razonamiento sea abierto no significa que pueda ser arbitrario, ya que debe ser el resultado de un discurso racional y constituir una respuesta (al problema planteado en el litigio) vinculada a Derecho⁷⁰, y más precisamente en este caso, a *los derechos*.

Y en este punto cabe adelantar otra de nuestras conclusiones. Pensamos que sí debe existir una solución correcta frente a cada caso, cual es, la que mejor refleje la argumentación iusfundamental.

La distinción entre Derecho (como regla) y *derechos* (especialmente como principios) se traduce en que a diferencia de las reglas legales (que aumentan su nivel de especificidad en la medida que bajan en la escala jerárquica), los principios jurídicos (tales como la libertad económica) son muy abiertos y deben ser precisados en el debate judicial, y precisamente con la sentencia. Siendo un principio constitucional que debe ser precisado (por tener una textura abierta⁷¹) se superpone a reglas legales y directrices de organización política o *policies*⁷² (tales como el orden público, las buenas costumbres, la moral, el interés general, la seguridad nacional), salvo que puedan traducirse claramente en derechos de otros, y en tal medida, hacerse por el juez un proceso de razonamiento para determinar cuál debe prevalecer en el caso (en el caso de que existiera un real conflicto entre ellos).

IV.- La aplicación judicial del artículo 19 N°21 en recursos de protección.

2.1.- En primer término, expondremos las *estrategias argumentativas específicas* en relación al artículo 19 N° 21. Ellas, como se verá, no son muy destacables, básicamente porque los recursos realmente son bastante genéricos, ya que los abogados recurren por infracción a varios derechos fundamentales, y los Tribunales

⁷⁰ Wroblewski, op. cit., pag. 62.

⁷¹ José Juan Moreso. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.

⁷² Rodríguez, Cesar. *La Decisión Judicial: El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, pag. 75 y ss.

suelen acoger o rechazar por otros derechos que tienen mayor desarrollo dogmático (o quizás sea sólo por el estilo de la práctica de nuestros Tribunales) que el derecho a emprender, haciendo generalmente pocos análisis en relación al derecho del artículo 19 número 21.

2.1.1.- En algunos fallos (los menos) se dispone que si un acto administrativo o acto de otro particular que ha sido objetado por el recurso (aún siendo ilegal y arbitrario) no impide la actividad empresarial de modo absoluto y permanente, no puede afirmarse que pueda afectar o afecte el derecho de emprender, debido a que el recurrente de todos modos puede realizar otras actividades económicas de su giro, u otros giros relacionados. Ello, no obstante que en muchos casos el recurrente busca la protección del derecho reclamando la posibilidad de realizar negocios específicos o líneas de negocios (uno o más giros).

Esta categoría encontraría su fundamento en la idea de que cada negocio no es protegible por el artículo 19 N°21, sino la generalidad, sobre la base de que en tal caso la “esencia del derecho” no se ve afectada”⁷³.

2.1.2.- Los Tribunales muchas veces no aprecian la importancia de los elementos del caso propios de la actividad empresarial. Ello es extraño, debido a que el derecho en estudio precisamente busca proteger esta actividad⁷⁴.

⁷³ Ver: “*Exportadora Aconcagua Ltda. con Director Nacional de Aduanas*”, R.D.J., T. LXXVIII N° 2, 1981, secc. V, págs. 165-168. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de Julio de 1981. Confirmada por la Corte Suprema el día 30 del mismo mes y año. Recurso rechazado.

⁷⁴ Ver: (a) Considerando 10 de “*Rodríguez Guaita, Germán y otros con Directorio Ejecutivo de la Federación de Rodeo de Chile*”; R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 145-151; Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 18 de junio de 1985; Recurso rechazado. (b) “*Callejas Molina, Homero y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A.*”; R.D.J., T. LXXXIX N° 3, 1992, secc. V, págs. 354-382; Corte de Apelaciones de Copiapó, 22 de junio de 1992; confirmado por la Corte Suprema con fecha 06 de agosto del mismo año; Recurso acogido. Si bien acoge el recurso, el Tribunal no perciben que la contaminación atmosférica de fuente determinada e identificada al afectar la producción agrícola y pecuaria afecta el derecho de emprender. (c) “*Bórquez Muñoz, Bernabé y otros con Fundación de Paipote (ENAMI)*”. R.D.J., T. LXXXVIII N° 2, 1991, secc. V, págs. 144-159, Corte Suprema, 13 de junio de 1991; Corte de Apelaciones de Copiapó, 15 de febrero de 1991, Recurso acogido.

Es llamativo considerar que en recursos en los cuales se reclaman los mismos hechos contra del Servicio de Impuestos Internos, mientras en algunos de sus fallos⁷⁵ no se percibe que la limitación impuesta por dicho Servicio para cumplir obligaciones tributarias obstaculiza el desarrollo de las actividades empresariales del contribuyente, en otros se entiende en sentido exactamente contrario⁷⁶.

2.1.3.- Como criterio general en los fallos, los Tribunales estiman que las limitaciones al derecho de emprender pueden ser establecidos por cualquier autoridad administrativa, no sólo por la legislativa. Y esto, ya sea referido tanto a las regulaciones legales (interpretando extensivamente el concepto "ley") como a las prohibiciones o limitaciones absolutas (así consideradas como hemos visto por la generalidad de la doctrina y también la jurisprudencia nacionales) en razón de la moral, el orden público y la seguridad nacional⁷⁷.

2.1.4.- La generalidad de la jurisprudencia señala que la actividad económica *sólo puede o debe* desarrollarse conforme a la ley (sólo en cuanto y cómo lo permita la ley, siendo entendida la *ley* en sentido amplio), es decir, de algún modo la regulación que la Constitución autoriza implica la restricción del derecho⁷⁸. Con ello, tenemos que el concepto jurisprudencial de libertad empresarial es implícitamente (y la minoría

⁷⁵ "Ricardo Eugenio Reyes Salvo con Director Regional de Impuestos Internos IX Región"; F.M. N° 405, agosto de 1992, págs. 477-482; (Rol N° 441-92) Corte de Apelaciones de Temuco, 04 de agosto de 1992; confirmada por la Corte Suprema con fecha 20 del mismo mes y año; Recurso acogido.

⁷⁶ Ejemplos: (a) "Atenas Rodríguez, Jorge con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos 5ª Región y otro"; R.D.J., T. XC N° 1, 1993, secc. V, págs. 56-67; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 08 de enero de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 02 de marzo del mismo año, Recurso acogido. (b) "Nicolás Renato Bustamante Martínez con Director Regional Metropolitano Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos", G.J. N° 160, 1993, págs. 118-119, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 28 del mismo mes y año, Recurso acogido.

⁷⁷ Ejemplo, fallo "Fonck O'Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago", R.D.J., T. LXXX N° 2, 1983, secc. V, págs. 100-104, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de Abril de 1983, confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de Mayo de 1983, Recurso rechazado.

⁷⁸ Ver: "Eyzaguirre García de la Huerta, José María con Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones Región Metropolitana". R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs. 206-211, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1992, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 del mismo mes y año; Recurso rechazado.

explícitamente) muy limitado⁷⁹. Con ello, tenemos que es suficiente que el acto administrativo impugnado se haya dictado sobre la base de una ley en sentido estricto (por muy amplia e indeterminada que esta sea) o amplio (a su vez) inclusive, e interpretada de manera literal, por lo que normalmente es suficiente sólo citar una ley u otra norma. Es interesante que para algunos fallos es suficiente que el acto administrativo impugnado se haya dictado sobre la base de una ley (en sentido amplio), habiendo una regularidad del acto impugnado con los anteriores actos administrativos, resoluciones, reglamentos o leyes, y con ello los actos posteriores se reputan igualmente legales⁸⁰.

⁷⁹ Ver: (a) "*Aeroflot con Consejo y Secretario General de la Junta de Aeronáutica Civil*"; R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs. 195-201, Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 1992, Recurso rechazado. (b) "*Federación Gremial de la Industria Hotelera y Gastronómica de Chile con Ministerio de Economía*", G.J., N° 73, 1986, págs. 51-53, Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 1986, Recurso rechazado (considerando 3°). (c) "*Empresas Periodísticas y Editoriales (Asociación Nacional de la Prensa) con Sindicato de Suplementeros de Chillán*" (considerando 3°). F.M. N° 409, Diciembre de 1992, págs. 923-930, Corte de Apelaciones de Chillán, 18 de noviembre de 1992; confirmada por la Corte Suprema con fecha 03 de diciembre del mismo año, Recurso rechazado. (d) El Fallo de "*Soc. Pedro Farias Soto y Cia. Ltda. con Gerente Administrador de Sociedad Administradora de Terminal de Buses de La Serena*", hace ver (lo mismo que prácticamente todos los fallos revisados) que un acto administrativo que incida (regulando, limitando, prohibiendo, sin distinguir) en el derecho de emprender es válido si fue dictado conforme (conformidad analizada de acuerdo a interpretación literal) a una ley, reglamento, oficio, estatutos sociales, etc. Y la actividad económica deba actuar conforme a él para que se la considere ajustada a la ley y por tanto ajustada a la Constitución (R.D.J., T. LXXXIII N° 2, 1986, secc. V, págs. 111-114; Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de julio de 1986, confirmada por la Corte Suprema con fecha 25 de agosto del mismo año, con el voto en contra del Ministro sr. Correa Labra, que se reproduce a continuación del fallo de primera instancia; Recurso acogido). (e) En "*Empresa Marítima del Estado S.A. con Dirección del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante*", la Corte afirma que "No puede estimarse de ilegal una resolución administrativa que se fundamenta en preceptos reglamentarios de ejecución de ley sin hacer referencia en su motivación jurídica a las disposiciones legales que dichos preceptos desarrollan, más aún si éstos sólo reiteran aquéllos" (R.D.J., T. LXXXIX N° 1, 1992, secc. V, págs. 84-89; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de diciembre de 1991, confirmada por la Corte Suprema con fecha 09 de marzo de 1992; Recurso rechazado). (f) El "*Carlos Alfredo Thomas Howard con Alcalde de la I. Municipalidad de Arica*", al justificar su fallo denegatorio, da un sentido interpretativo a las regulaciones (aún en detrimento de los derechos constitucionales argüidos) señalando que "*así las cosas, la Ley de Rentas Municipales, D.L. N° 3.063, debe entenderse en el contexto del cumplimiento de las exigencias administrativas y reglamentarias*". El fallo no fundamenta tal afirmación (F.M. N° 400, marzo de 1992, págs. 22-24, Corte de Apelaciones de Arica, 12 de diciembre de 1991; confirmada por la Corte Suprema con fecha 09 de marzo de 1992; Recurso rechazado). (g) En "*CONATE S.A. con Consejo de Calificación Cinematográfica*" (C. 6°) no haberse transgredido "la garantía constitucional prevista en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, por cuanto, como ya ha sido resuelto con anterioridad, el desarrollo de una actividad económica queda enmarcado al ordenamiento jurídico específico que pueda existir en relación a ella. Y es del caso que la recurrente, en cuanto realiza actividades vinculadas a la cinematografía, está sujeta a las normas legales y reglamentarias que las regulan" (R.D.J., T. LXXXII N° 3, 1985, secc. V, págs. 280-283; Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de septiembre de 1985, confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de octubre del mismo año; Recurso rechazado).

⁸⁰ En "*Exequiel Luis Antonio Godoy Sanchez con Jefe de la Oficina de Rentas y Patentes de la Ilustre Municipalidad de Villarrica*", G.J. N° 57, 1985, págs. 92-94., Corte de Apelaciones de Temuco, 05 de noviembre de 1984, Recurso acogido.

2.1.5.- En general, como se señaló, la jurisprudencia considera a los conceptos jurídicos indeterminados como limitaciones absolutas del derecho de emprender cuya determinación concreta corresponde a una “facultad” de la autoridad administrativa.

Además de los señalados expresamente en el artículo 19 número 21, la jurisprudencia revisada también ha usado otras categorías de incierto contenido⁸¹ (pues las menciona pero no las explica sistemáticamente ni las justifica, tales como el bien común, los intereses de la comunidad, el interés nacionales⁸²) para decidir algunos recursos de protección.

Estos conceptos jurídicos indeterminados han sido interpretados (implícita o explícitamente) por la jurisprudencia de manera general, como “cláusulas” atributivas de potestades para la Administración y causales de justificación de limitaciones o prohibiciones al derecho de emprender.

Por ello, en la generalidad de los casos en que las autoridades han esgrimido tales cláusulas, las Cortes los han admitido, sin hacer ningún ejercicio justificatorio que signifique que se ha contrapuesto y sopesado consideraciones relacionadas a un derecho fundamental como es el derecho de emprender (en efecto, en los casos que

⁸¹ Aparecen agregados a los fallos como “llamados a los más altos intereses”, en el sentido de Betham, “Tratado de los Sofismas Políticos”, Edit. Leviatán, Buenos Aires, 1986, pp. 161.

⁸² En el citado fallo de “Fonck O'Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago”⁸² (Fonck O'Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago, R.D.J., T. LXXX N°2, 1983, secc. V, págs.100-104, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de Abril de 1983, confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de Mayo de 1983, recurso rechazado), la Corte en su C 3° afirma que la autoridad administrativa (alcalde recurrido) puede establecer regulaciones (que en la práctica muchas veces se expresan como limitaciones, restricciones o prohibiciones), puede normar una actividad comercial (las funciones de las salas de espectáculo), debido a que “no podrá razonablemente desconocerse la necesidad de que la autoridad -celadora del bien común- regule aquellas actividades y labores cuyo carácter público involucra el interés de la comunidad”, luego se ejemplifica como base de dicha potestad reguladora alcaldicia (así es vista por el fallo) las potestades generales contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. El mismo Fallo realiza una interpretación literal de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el artículo 19 N° 16 inciso 4° relativo a la libertad de trabajo (moral, la seguridad y la salubridad pública), y las argumentaciones que plantea lleva a deducir que para el Tribunal el establecimiento de dicha norma (como para otros fallos se establece lo mismo en relación al artículo 19 N°21), es decir el estatuto constitucional de garantías constitucionales, está establecida para justificar y autorizar la intervención de la autoridad en contra de ellas. Sobre esa base, se llega a toda clase de argumentaciones, tales como una basada en la “moral ambiente” atribuida a la “comunidad” (obviamente, se trata de argumentaciones no sustentadas en la realidad). Para ello, afirma o se sujeta en otra argumentación de poca validez: ... “cualquier ciudadano prudente, de sano juicio y limpia intención, está en situación de juzgar criteriosa y adecuada la nueva normativa (municipal) que, por lo mismo, dista de merecer el achaque de arbitraria”.

no se han aceptado, se ha hecho un análisis basado en los artículos 6 y 7 de la Constitución)⁸³.

2.1.6.- Finalmente, cabe en esta parte referirse a la Parte Resolutiva de las sentencias recaídas en recursos de protección. Los Tribunales han tenido una actitud extremadamente confusa. Tradicionalmente ha entendido que los artículos 19 y 20 de la Constitución les otorgan “facultades” para adoptar las medidas conducentes a cautelar las garantías constitucionales, actuando de diferentes modos en cada caso, frente a lo cual han actuado dictando un acto administrativo (poniéndose en el lugar del órgano público), ordenando se dicte una decisión administrativa con un contenido determinado o sin un contenido determinado, dejando sin efecto un acto administrativo, sea ordenando a un particular una actividad o la ejecución de un acto jurídico.

2.2.- En este punto, nos referiremos a estrategias argumentativas generales (propias de cualquier fallo recaído en recurso de protección), no necesariamente relacionadas al derecho de emprender pero que les afecta debido a que forman parte de un estilo o práctica judicial.

⁸³ El Fallo “Martínez Zepeda, Juan y otros con Dirección de Vialidad”, C 12, analiza los derechos fundamentales sobre la base del orden público, no de la CPR ni sobre la base de una dogmática (teoría) de derechos fundamentales (R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 151-157, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 31 de julio de 1985, *Recurso acogido*). El Fallo “CONATE S.A. con Consejo de Calificación Cinematográfica.”, hace la siguiente afirmación: “Que resulta de toda evidencia que si el propósito de orden público que se persigue es impedir la exhibición de afiches atentatorios a los valores éticos y morales,…” (R.D.J., T. LXXXII N° 3, 1985, secc. V, págs. 280-283, Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de septiembre de 1985, confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de octubre del mismo año, *Recurso rechazado*). El Fallo “Flores Marcos, Lilia con Intendente de la Región Metropolitana.”, considera que no puede desarrollarse actividades empresariales que constituyan un peligro para la tranquilidad o moral públicas (R.D.J., T. LXXXVIII N° 1, 1991, secc. V, págs.58-62, Corte Suprema, 30 de enero de 1991; Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, *Recurso rechazado en 2ª Instancia*) El Fallo “Eyzaguirre García de la Huerta, José María con Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones Región Metropolitana”, indica que “En lo que atañe a la referencia que la resolución hace al artículo 1º de la Constitución, debe tenerse presente que, conforme a esta disposición, el Estado tiene como finalidad promover el bien común y como deber dar protección a la población” (R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs.206-211, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1992, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 del mismo mes y año, *Recurso rechazado*)

2.2.1.- Tentación Formalista. Bajo esta denominación hemos agrupado un conjunto de subcategorías relacionadas al carácter formalista del razonamiento mostrado en las sentencias (en su argumentación)⁸⁴.

2.2.1.1.- Una primera forma de tentación formalista, se expresa en la alusión a que la “existencia de facultades legales para actuar excluye la posibilidad de atropellar los derechos”⁸⁵. Este es un argumento usado en casi todos los fallos. Normalmente sobre la base de la descripción de la normas (y de los elementos fácticos que aparecen expuestos en el expediente), se deduce luego que la autoridad tiene facultades legales para actuar, con lo que “no se ve como puedan verse afectados los derechos”.

Este punto, puede aparecer vinculado a la idea de la jurisprudencia relativa a que sólo se puede “desarrollar la actividad económica conforme a la ley”. En efecto, en algunos casos (más llamativos por lo extremo) cuando una autoridad es recurrida, ésta alega que tuvo facultades legales para actuar, frente a lo cual, revisado formalmente ello por el Tribunal bajo múltiples vías (interpretación literalista, acogiendo conceptos jurídicos indeterminados, etc.), vuelve su mirada sobre el recurrente, informándole que sólo puede considerarse atropellado su derecho si lo ha ejercido conforme a la ley (conforme al acto administrativo impugnado, que precisamente le limita o imposibilita ejercer su derecho). Que por tanto, se le rechaza el recurso de protección debido a que el acto recurrido ha sido dictado por la autoridad y procedimiento establecido por norma de rango superior, por lo que está excluida la posibilidad de afectar su derecho constitucional. No se entregan

⁸⁴ Desde nuestra perspectiva, el formalismo no forma parte de la interpretación constitucional y menos aún en materia de derechos fundamentales, al menos con el privilegio que muestra en nuestras Cortes, con el cual no se resuelve el tema de fondo relativo al posible atentado a derechos fundamentales. Ver al respecto, Nogueira, 1997, op. cit.

⁸⁵ Atria (1997, op. cit. p. 62) lo explica, diciendo que “si el acto ha sido dictado por autoridad y procedimiento establecido por norma de rango superior, excluye a priori la posibilidad de afectar el derecho”. Atria Lemaitre, Fernando. “*Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*”. Cuadernos de Análisis Jurídicos N°36, Serie Seminarios, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997.

razonamientos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sino desde las normas habilitantes del acto del recurrido⁸⁶.

Desde un punto de vista implícito, estimamos que las Cortes ven que el recurso de protección debe enfocarse a los problemas de legalidad (entendiendo “ley” en sentido amplio), y que sólo en dicho marco podría darse una lesión de derechos fundamentales.

Esta visión produce que las Cortes recurran al Derecho Administrativo cuando el recurrido es un órgano del Estado (y en su versión más estatista o de la perspectiva de la “*función pública*”⁸⁷), o al Derecho Privado cuando se trata de un particular.

2.2.1.2.- Una segunda tentación formalista se refiere a la idea jurisprudencial relativa a las “facultades legales para actuar”, en el sentido de que “la existencia de facultades legales para actuar excluye posibilidad de ilegalidad y arbitrariedad”.

Esta estrategia argumentativa encadena con la anterior, y constituye una regla general de casi absoluta incidencia en las sentencias, donde la *legalidad excluye* (casi automáticamente) la arbitrariedad, y viceversa.

En algunos casos se toma como una obviedad que no merece explicación, y otras veces se explica definiendo lo que el Tribunal entiende de manera general y abstracta por arbitrariedad (no en relación al caso concreto). Algunos fallos (los menos) distinguen la *ilegalidad* de la *arbitrariedad*, pero no obstante ello, no excluyen el uso de esta estrategia argumentativa formalista⁸⁸.

⁸⁶ Por ejemplo: (a) Fallo “*Melo Claverie Jorge con Director del Servicio de Salud Metropolitano Oriente*”, R.D.J., T. LXXXI N° 3, secc. V págs. 249-252. Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de noviembre de 1984, confirmado por la Corte Suprema el 20 de diciembre del mismo año, Recurso rechazado. (b) Fallo “*Pinochet y Compañía con Cámara de Comercio de Santiago*”, considerandos 6 y 8. G.J. N° 89, 1987, págs. 40-42, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de noviembre de 1987, Recurso rechazado.

⁸⁷ Ejemplo, Fallo “*Sureda Rodríguez, Berta y otra con Superintendencia de Valores y Seguros*”, considerando 3°. R.D.J., T. LXXXV N° 1, 1988, secc. V, págs. 119-128., Corte Suprema, 7 de julio de 1988, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de marzo de 1988, Recurso rechazado.

⁸⁸ Plantea la distinción pero no la explica ni justifica el Fallo “*Bustos Sepúlveda, Luis con Asociación Gremial de Dueños de Taxibuses*”, R.D.J., T. XC N° 2, 1993, secc. V, págs. 209-213, Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de mayo de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 01 de julio del mismo año. También en Fallo “*Flores Marcos, Lilia con Intendente de la Región Metropolitana*”, R.D.J., T. LXXXVIII N° 1, 1991, secc. V, págs.58-62; Corte Suprema, 30 de enero de 1991; Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990; Recurso rechazado en 2° Instancia.

En casos esporádicos, se considera que un acto legal puede ser arbitrario⁸⁹ (con lo que afecta a derechos fundamentales), o que un acto ilegal puede no ser arbitrario⁹⁰ (entendido como 'no razonable')⁹¹.

⁸⁹ Hay una corriente minoritaria de fallos que aplica el Derecho en sentido contrario (diferencia legalidad de arbitrariedad). Pero no por ello dejan de lado el literalismo y formalismo. Simplemente hacen la distinción. Por ejemplo, el voto disidente en Fallo "Sergio Ricardo Maragaño Vergara y otros con Jorge Etchegoyen Navarrete y otros, fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos", estima que es legal el acto administrativo (recurrido) dictado en uso (formal) de la potestad atribuida, pero es "arbitrario cuando no obedece a ningún fundamento lógico y racional, o bien no ha sido realizado por autoridad en atención al fin perseguido en la ley" (Voto disidente al fallo F.M. N° 413, Abril de 1993, págs. 118-123, Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de enero de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 15 de marzo del mismo año, Recurso acogido). Para nosotros, entonces, de acuerdo a esta postura sería arbitrario lo formalmente legal pero materialmente ilegal. El Fallo "Naour Villalobos, Víctor con Alcalde de Municipalidad de Victoria." es un poco más explicativo, al plantear que el recurrido tiene facultades legales, pero no puede usarse arbitrariamente (R.D.J., T. LXXXV N° 2, 1988, secc. V págs. 148-152, Corte Suprema, 17 de agosto de 1988; Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de mayo de 1988, Recurso acogido).

⁹⁰ El Fallo Ricardo Eugenio Reyes Salvo con Director Regional de Impuestos Internos IX Región (C 11°) dictamina que la sanción aplicada por el SII "debe calificarse de ilegal, aún cuando pueda no ser arbitraria, dados los antecedentes que la generaron". Sin embargo, tampoco explica la distinción (F.M. N° 405, agosto de 1992, págs. 477-482, Rol N° 441-92, Corte de Apelaciones de Temuco, 04 de agosto de 1992; confirmada por la Corte Suprema con fecha 20 del mismo mes y año, Recurso acogido).

⁹¹ En otros fallos, como "Eyzaguirre García de la Huerta, José María con Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones Región Metropolitana.", se plantea (estudiando ambas separadamente). Veamos los considerando:

6°.- *Que desestimada la censura de ilegalidad formulada por los recurrentes a la resolución reclamada procede hacer el estudio de su posible contenido arbitrario desvalor que también se le imputa;*

7°.- *Que tratándose de facultades discrecionales -cuyo es el caso- la autoridad no puede decidir y actuar caprichosamente, porque en definitiva 'la discrecionalidad es sola la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de lo razonable' (Sayagués Laso). Por otra parte, 'la libertad que el orden jurídico da a la Administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad debe encuadrarse dentro de los fines de la ley' (Villegas Besavilbaso). De esta suerte 'existe desviación de poder cuando el órgano actúa con una finalidad distinta o diversa de la perseguida por la ley' (Dromi);*

8°.- *Que atenta a estos principios elementales del Derecho Público, para esta Corte, la Administración debe explicitar los motivos causantes de su decisión, no siendo por lo mismo suficiente que invoque causales superiores de utilidad pública, bien común, salud pública, orden público, etc., sin comprobar su veracidad;*"

Lo anterior, exige comprobar la "razonabilidad y el objeto del acto administrativo", por lo que cabe solicitar la explicitación de los fundamentos de ella al órgano que la dictó.

11°.- *Que ante el acopio de informes técnicos acompañados al expediente y que aconsejan mantener la restricción vehicular como medida de emergencia para reducir los niveles de congestión y de contaminación atmosférica, debe admitirse que la restricción vehicular establecida por la resolución recurrida no puede calificarse como arbitraria y caprichosa, sino que es una expresión administrativa razonada y prudente para enfrentar una situación de emergencia que afecta la salud de los habitantes de la Región Metropolitana;"* La Corte afirma que los fines de la ley del tránsito son regular restringir el ejercicio derechos fundamentales (C. 12, perturbaciones y privaciones de derechos), para evitar la contaminación y la congestión como política pública para la ciudad (R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs.206-211, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1992, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 del mismo mes y año, Recurso rechazado).

No creemos posible sostener que los problemas de congestión sean suficientes para establecer limitación de derechos fundamentales, salvo se explique y de cuenta precisamente la forma en que la congestión o contaminación afectan otros derechos fundamentales."

El Fallo "*Martínez Zepeda, Juan y otros con Dirección de Vialidad.*" demuestra que a través de las categorías usadas en la jurisprudencia no puede construirse un razonamiento coherente (otra posibilidad es que el razonamiento judicial sea coherente pero la norma legal sea la fallida, donde precisamente este fallo prefiere la 'justicia material' antes que la 'norma constitucional'). Considera que una acto administrativo legal (lo que excluye desde su perspectiva la arbitrariedad), puede, sin embargo, afectar derechos fundamentales⁹².

Cabe señalarse que si el recurrido es un órgano estatal, normalmente los fallos revisan la legalidad del acto impugnado. Si se trata de un particular, se revisa si el actuar del recurrido refiere al ejercicio legítimo de un derecho⁹³. La habilitación legal para los particulares está dado por la existencia de un ejercicio legítimo de un derecho privado subjetivo. Con esto, las Cortes derivan a la vía de interpretación privatista.

2.2.1.3.- Una tercera forma de tentación formalista se refiere a la interpretación literalista. En tal sentido, las normas (incluyendo las constitucionales) reciben interpretación exclusivamente literal. Todos los fallos, prácticamente sin excepción, usan (explícita o implícitamente) sólo una interpretación literalista, excluyendo incluso el resto de los elementos del método exegético privatístico clásico⁹⁴.

⁹² Señala que si bien un acto "*se ha apoyado en normas legales y reglamentarias que la autorizarían para adoptar la medida reclamada, lo cual si bien la excluye de poder calificarse de arbitrario su proceder, no excluye que su actuar haya provocado la infracción a la garantía constitucional en comento, pues no basta con que la autoridad cuente con atribuciones suficientes para un determinado procedimiento para exonerarla de responsabilidad por la medida acordada, pues está dentro de toda lógica que estas atribuciones deben ser ejercitadas de una manera racional, que evite*" la infracción a derechos fundamentales (R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 151-157. Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 31 de julio de 1985, Recurso acogido).

⁹³ El Fallo "*Sureda Rodríguez, Berta y otra con Superintendencia de Valores y Seguros*", hace referencia al ejercicio legítimo del derecho de parte de un particular, lo que podríamos considerar como "actuar de acuerdo a la ley". En este caso, precisamente es cuando más fácilmente un Tribunal puede encontrar una buena oportunidad para resolver el problema casi obvio que existe (o al menos razonar para determinar si existe), a parte de ejercicio legítimo, relacionado al conflicto o colisión de derechos. Sin embargo, nada dice (R.D.J., T. LXXXV N° 1, 1988, secc. V, págs. 119-128, Corte Suprema, 7 de julio de 1988, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de marzo de 1988, Recurso rechazado).

⁹⁴ Las exageraciones a que lleva el literalismo se aprecia en Fallo "*Exportadora Aconcagua Ltda. con Director Nacional de Aduanas.*", donde a través de una exégesis literalista de la palabra "desarrollar", se llega a conclusiones que significan que la Corte no logra ver la privación del derecho del recurrente. R.D.J., T. LXXXVIII N° 2, 1981, secc. V, págs. 165-168, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de Julio de 1981. Confirmada por la Corte Suprema el día 30 del mismo mes y año, Recurso rechazado.

El literalismo también conecta con otra estrategia argumentativa generalizada, cual es la mera transcripción de normas jurídicas⁹⁵ o con su mera exposición.

2.2.2.- Un segundo grupo de estrategias argumentativas generales usadas de manera permanente son las falacias descriptivas. Una de ellas es la transcripción y descripción abstracta de las normas jurídicas, y otra es la “explicación del caso como fundamento del fallo”. Atria expresa que el caso en la mayoría de las veces no es discutido en sus hechos, sin embargo, sobre la base de explicar algo que es incontrovertido, se estima fundada la decisión⁹⁶. Esta estrategia es de uso generalizado en los fallos.

2.2.3.- Un tercer grupo de estrategias argumentativas generales son los argumentos retóricos, que apuntan a fundamentar los fallos con ideas generalmente aceptables que no tienen un carácter jurídico, que parecieran buscar convencer a un auditorio (o grupo de referencia)⁹⁷.

2.2.3.1.- En una primera forma de este tipo de argumento retórico, agrupamos estrategias que buscan normalmente reforzar la falacia descriptiva, a través de llamados a la “obviedad”.

Se expresa a través de varios modos, por ejemplo, a través de la idea de las “consecuencias obvias o de la evidencia”, anteponiendo a la solución que la Corte elige (normalmente sin justificación adecuada), calificativos tales como “resulta o es obvio, evidente, lógico”, concluyente, “no puede entenderse ..”, “nadie puede pues afirmar con seriedad ...”, u otro similar “argumento de la obviedad”⁹⁸. En este

⁹⁵ En Fallo “Bueno Navarro, María Magdalena con Contralor General de la República”, acoge el recurso en virtud de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, fundamentando la decisión con la mera transcripción del artículo 24 (R.D.J., T. LXXXIV N° 1, 1987, secc. V, págs. 79-82, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 1987, confirmada por la Corte Suprema el 15 del mismo mes y año, Recurso acogido).

⁹⁶ Atria, *Los Peligros de la Constitución*, págs. 71 y ss.

⁹⁷ Atria, *Los Peligros de la Constitución*, págs. 76 y ss. De alguna forma semejante.

⁹⁸ Ver: (a) Fallo “Cussen Mackenna, Albert y otros con Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones”, afirma: “sin que aparezca motivo alguno que justifique la decisión administrativa” (R.D.J., T.

mismo sentido, los Tribunales, luego de describir el caso, también hacen afirmaciones semejantes, tales como “no se perciben / no aparecen fundamentos para fallar o pensar en otro sentido...”, “en consecuencia, no afecta o no puede afectar derecho alguno...”, “en consecuencia, no se ve como pueda afectar derecho alguno...”.

En estos casos esta “estrategia argumentativa” es tan concluyente, que podría llegar a constituir el más importante de los argumentos del fallo⁹⁹.

También consideramos en este grupo, a las referencias a conceptos tales como la equidad, racionalidad, razonabilidad, etc. Se recurre a estas categorías sin justificar o explicar adecuadamente las decisiones que a partir de ellas sustenta¹⁰⁰.

2.2.3.2.- Un segundo grupo de argumentos retóricos está constituido por el llamado a mayores beneficios sociales o al correcto funcionamiento de las instituciones (como socialmente beneficioso y útil), que algunas sentencias hacen. En esta categoría

LXXXVI N° 2, secc. V, págs. 107-110, Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de enero de 1989; confirmada por la Corte Suprema con fecha 05 de junio del mismo año, Recurso acogido). (b) En relación a la apreciación de los hechos fundantes de la causa, que derivan de la posibilidad de afectar el derecho fundamental, el Fallo “Rodríguez Guaita, Germán y otros con Directorio Ejecutivo de la Federación de Rodeo de Chile” señala, sin justificar su apreciación, que: “basta leer el documento para concluir que ... por lo que” (R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 145-151, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 18 de junio de 1985, Recurso rechazado). (c) El Fallo “Fonck O'Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago”, para explicar la forma en que opera la norma constitucional del artículo 19, N° 21, que dispone que el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, debe realizarse respetando las normas legales que la regulen: “... no se ve cómo de esta exigencia de respeto a la legalidad puede inferirse, en términos lógicos, que sólo la ley puede declarar que una actividad es contraria a la moral, ya que el destinatario de tal exigencia es el que ejerce ese derecho y no la autoridad encargada de regular su ejercicio” (R.D.J., T. LXXX N° 2, 1983, secc. V, págs. 100-104, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de Abril de 1983, confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de Mayo de 1983, Recurso rechazado).

⁹⁹ En el Fallo “Fonck O'Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago”, el Tribunal señala “que sentado que lo anterior (la descripción del caso) “no podrá razonablemente desconocerse” (C 3°), que “tampoco se vislumbra arbitraria” una Ordenanza municipal. También en el Fallo “Empresa Marítima del Estado S.A. con Dirección del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante”, indica que ... “en consecuencia (del ejercicio formal de potestades) no ha podido conculcar ni amenazar los derechos garantizados por la Constitución” (R.D.J., T. LXXXIX N° 1, 1992, secc. V, págs. 84-89, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 19 de diciembre de 1991, confirmada por la Corte Suprema con fecha 09 de marzo de 1992, Recurso rechazado).

¹⁰⁰ En fallo de “Martínez Zepeda, Juan y otros con Dirección de Vialidad”, por ejemplo, señala que: “No basta el que la autoridad cuente con atribuciones suficientes para realizar determinada actuación para exonerarla de responsabilidad por una medida adoptada, pues está dentro de toda lógica el que dichas atribuciones han de ser ejercidas de una manera racional, esto es con razonabilidad, evitando -como en este caso- la comisión de discriminaciones contrarias a Derecho”. R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 151-157, Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 31 de julio de 1985, Recurso acogido.

agrupamos un conjunto de estrategias argumentativas contenidas en los fallos que buscan justificar el ejercicio de una potestad pública (o derecho subjetivo privado de un particular) no en consideraciones jurídicas (las que por ello parecieran poder ser obviadas en las sentencias), sino en consideraciones de beneficio social, interés social o público, desarrollo de bienes públicos, desarrollo de actividades económicas socialmente relevantes, etc.. Con ello se busca fundar el acto recurrido no puede sino considerarse ajustado a Derecho, independientemente de lo que señale la ley o la Constitución (la cual puede interpretarse de manera libre o simplemente se pasa por alto)¹⁰¹.

2.2.3.3.- Un tercer tipo de argumentos retóricos es el llamado al “restablecimiento del Estado de Derecho (o del orden jurídico)” como función del Tribunal a través del recurso de protección. Se trata de una afirmación generalizada en la jurisprudencia que *“Que teniendo el recurso de protección, por finalidad restablecer en forma rápida y oportuna, el orden jurídico quebrantado y poner término a un acto ilegal o arbitrario, que perturbe o amenace a algunas de las garantías constitucionales que autorizan este recurso”*¹⁰².

¹⁰¹ Por ejemplo, en el Fallo “Julio Hernán Martínez Galleguillos y otros con Contralor General de la República” (F.M. N° 413, págs. 146-149, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de marzo de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 07 de abril del mismo año, Recurso acogido.), la Contraloría General de la República señala que ha ejercido una “facultad privativa -exclusiva y excluyente- que le confiere al órgano Contralor la Constitución y su Ley Orgánica”. Al efecto cita jurisprudencia judicial que así lo ha resuelto. Luego: “Agrega que desde otro punto de vista, el asunto planteado por el recurso es materia de un juicio de lato conocimiento. Y que ante la discrepancia entre lo resuelto por la autoridad administrativa y el pronunciamiento de la Contraloría General de la República, el ordenamiento positivo consulta la insistencia y el requerimiento ante el Tribunal Constitucional -recuerda el informante”. La respuesta de la Corte es a pasar por alto normas constitucionales expresas, en beneficio de la prudencia o conveniencia social, señalando en su considerando 5° “Que es efectivo - como lo anota en su informe el recurrido- que la autoridad administrativa puede recurrir a la “insistencia” como un medio para forzar el trámite de la toma de razón, pero es evidente que se trata de una medida extrema que toda autoridad prudente sólo empleará con infrecuencia y en casos límite”. También: (a) Fallo “Fonck O’Brien, Guillermo y otro con Alcalde de la Municipalidad de Santiago”, R.D.J., T. LXXX N°2, 1983, secc. V, págs.100-104, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de Abril de 1983, confirmada por la Corte Suprema con fecha 11 de Mayo de 1983, Recurso rechazado. (b) Fallo “Compañía Eléctrica del Río Maipo S.A. con Alcalde de Puento Alto”, considerando 16°, R.D.J., T. XCI N° 1, 1994, secc. V, págs. 54-64, Corte de Apelaciones de San Miguel, 20 de enero de 1994; confirmada por la Corte Suprema con fecha 08 de marzo del mismo año. Recurso acogido.

¹⁰² Fallo “Café Sport con Administración comunidad Fernandez Concha”, G.J. N° 64, 1985, págs. 28-29, Corte de Apelaciones de Santiago, 08 de octubre de 1985, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 del mismo mes y año, Recurso acogido).

también, el Fallo “Naour Villalobos, Víctor con Alcalde de Municipalidad de Victoria”, señala que otra general apreciación de las sentencias revisadas, en cuanto a su facultad de adoptar medidas para restablecer el imperio del Derecho: “Basta que un acto arbitrario implique una perturbación o amenaza del ejercicio legítimo de un derecho

Del punto de vista que nos interesa, debiéramos verificar si la afirmación constituye una estrategia meramente retórica que busca la indiscutibilidad del fallo, o, por el contrario, es una finalidad expresada de manera consistente y coherente en todas las partes que forman la cadena de razonamiento del discurso judicial, entre las cuales se encuentra la parte resolutive. Para esto, podemos analizar un caso concreto. En el caso "*Sociedad Pedro Farías Soto y Cía. Ltda. con Gerente Administrador de Sociedad Administradora de Terminal de Buses de La Serena*"¹⁰³, la Corte expresa que el acto recurrido constituye un reglamento ilegal, arbitrario, que atropella la garantía del Derecho de Propiedad. Este reglamento es aplicado a un conjunto de personas, entre los cuales se encuentra el recurrente. La sentencia, señala en su C4º, que: ... "*es forzoso concluir que no obliga al copropietario don Pedro Farías Soto por la Sociedad que representa en el citado condominio*" ... "*es inaplicable respecto del recurrente,*"... En este caso, como asimismo en muchos otros semejantes, las Cortes verifican la existencia de un acto arbitrario e ilegal que atenta contra derechos fundamentales y que significa un quebrantamiento del Estado de Derecho por lo que normalmente afirman (como hemos visto) que se encuentran habilitadas para tomar las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho y para proteger a los afectados (siendo un conjunto de personas). Sin embargo, las Cortes sólo reconocen un efecto restringido (relativo) a la sentencia, limitado a los que interpone el recurso, no dejando sin efecto el acto recurrido (como sí lo hace en otras ocasiones cuando estos actos tienen un efecto *per se* sólo respecto del recurrente). Por ello, pareciera que para las Corte su función se limita a un restablecimiento de un tipo de Estado de Derecho "limitado", solo a los recurrentes y no a todos los perjudicados,

reconocido por la Constitución y protegido con el recurso de protección, para que sea menester dar lugar a él y adoptar las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho y dar la debida protección al afectado" (R.D.J., T. LXXXV N° 2, 1988, secc. V págs. 148-152, Corte Suprema, 17 de agosto de 1988; Corte de Apelaciones de Temuco, 26 de mayo de 1988, Recurso acogido)

¹⁰³ En R.D.J., T. LXXXIII N° 2, 1986, secc. V, págs. 111-114, Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de julio de 1986, confirmada por la Corte Suprema con fecha 25 de agosto del mismo año, con el voto en contra del Ministro sr. Correa Labra, que se reproduce a continuación del fallo de primera instancia. Recurso acogido

manteniéndose el Estado de Derecho quebrantado en perjuicio de derechos fundamentales en una generalidad de situaciones.

En algunos casos, es tan fuerte el empeño de la Corte por mantener la intangibilidad del principio de efecto relativo de la sentencia, que incluso lo antepone frente a la eficacia del fallo¹⁰⁴. Estimamos que las argumentaciones de las Cortes no se deben tanto a asuntos dogmáticos como a problemas de la técnica de razonamiento usado. En efecto, en otros casos las Cortes razonan (sin percibirlo) considerando un efecto absoluto de las sentencias¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Esto lleva a situaciones absolutamente extrañas, tales como la que se presenta en el Fallo "*Bustos Sepúlveda, Luis con Asociación Gremial de Dueños de Taxis*" (R.D.J., T. XC N° 2, 1993, secc. V, págs. 209-213, Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de mayo de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 01 de julio del mismo año), donde se acoge un recurso presentado por un estudiante (a nombre de todos los estudiantes afectados) cuyo objeto era impugnar el alza de la tarifa de pasaje de locomoción colectiva. El Tribunal consideró que era ilegal el acto recurrido y que afectaba un derecho fundamental. Luego de ello, argumentó largamente las razones (explicaciones literalistas básicamente) por las cuales estimaba que el fallo solo favorecía a la persona que lo interpuso, y no a todos los afectados. Parece inaudito, debido a que con ello torna inexistente la efectividad práctica de la resolución (ver al respecto Néstor Sagues, *Derecho Procesal Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, casos de arbitrariedad de las sentencias). Que el principio de relatividad de la sentencia constituye una decisión errada en el ámbito de la jurisdicción constitucional de la libertad, se comprueba en el Fallo "*Sergio Ricardo Maragaño Vergara y otros con Jorge Etchegoyen Navarrete y otros, fiscalizadores del Servicio de Impuestos Internos*" (F.M. N° 413, Abril de 1993, págs. 118-123, Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de enero de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 15 de marzo del mismo año. Recurso acogido), en el cual se acoge el recurso de protección deducido por los recurrentes que individualiza, y los hace extensivo a "*las demás personas que aparecen perjudicadas*". Según nuestro parecer, el alcance o extensión de la resolución judicial en este tipo de materias debe ser justificada cuidadosamente por las Cortes.

¹⁰⁵ Es el caso del Fallo "*Eyzaguirre García de la Huerta, José María con Secretario Regional Ministerial de Transportes y Telecomunicaciones Región Metropolitana*" (R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs. 206-211, Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de julio de 1992, confirmada por la Corte Suprema con fecha 29 del mismo mes y año, Recurso rechazado). En este caso, relativo a decretos que imponen restricción vehicular, la Corte razona no sobre la base de un efecto relativo, sino absoluto de la sentencia, es decir, pensando que si acoge el recurso significaría permitir a todos los afectados por la medida, y no solo los recurrentes, contaminar. Ello le resulta sencillo, entre otras razones, debido a que analiza sobre la base de las facultades de la administración para dictarlo. Pero si hubiera considerado que los derechos fundamentales se estaban restringiendo, habría razonado sobre la base de la colisión entre derechos de propiedad (y otros) y el derecho de vivir en medio ambiente libre de contaminación. No es posible sostener, como lo hizo la Corte, que el medio ambiente se vería perjudicado por que no se les aplicaba la restricción a los vehículos de los recurrentes mientras sí se le aplicaba - la restricción - al resto de la población. Si al lector este razonamiento le parece un absurdo, es efectivamente ello a donde queremos llegar. Es un absurdo, es insostenible razonar en jurisdicción constitucional sobre la base de criterios privatistas (propios del Derecho Privado Liberal Individualista clásico), y sobre la base de viejas categorías administrativistas. Es claro que si las Cortes hubieran aceptado el recurso, en el futuro todos los afectados (que cuentan con medios) recurrirán de protección a fin de lograr la misma protección de sus derechos fundamentales, pero las Cortes podrán fallar en sentido contrario (principio del efecto relativo y de la no vinculación del precedente) en todos los futuros recursos presentados, o podrán fallar a favor de todos (lo que significaría una lluvia de recursos de protección). Las razones por las cuales las Cortes rechazan recursos en casos como éstos podrían ser múltiples (y nosotros esperamos responder a ello jurídicamente), pero si se desconoce (implícitamente) en su argumentación el efecto relativo de las sentencias (siempre apoyado en sus decisiones), la razón podría venir de la necesidad de dar una señal (implícita) del rechazo a una lluvia de recursos de protección.

Consideramos que aquí no se encuentra en juego la idea del activismo judicial, ni de las resoluciones con efectos generales como las leyes y su problema frente al principio de separación de funciones. Si estimamos, como han dicho los autores¹⁰⁶, que los derechos fundamentales, el núcleo de la materia de la jurisdicción constitucional de la libertad, tiene una faz subjetiva (relacionada con cada persona) y otra objetiva (relacionada con el orden jurídico), debiera entenderse que la protección de ellos deben tener un impacto en el ordenamiento (no solo en el patrimonio del recurrente) extendiéndolo a todos los afectados.

2.2.4.- Un cuarto grupo de estrategias argumentativas generales la constituyen un grupo de omisiones argumentativas explícitas o implícitas¹⁰⁷. Decimos “omisiones” debido a que constituyen categorías que no pueden ser omitidas en sede de jurisdicción constitucional de la libertad.

2.2.4.1- Una primera forma, la constituye la omisión de pronunciamiento relativo a la alegada vulneración de un derecho, si el tribunal ha resuelto el caso con considerando otro derecho u otro argumento. Se trata de una postura bastante generalizado que afecta especialmente al derecho del artículo 19 N°21 (probablemente debido a que las carencias que demuestra la dogmática para configurarlo), ya que generalmente los recursos se resuelven a derechos tales como la propiedad o la igualdad, o desde la perspectiva del Derecho Administrativo o Derecho Privado. Cabe preguntarse acerca de la razón de fondo de esta estrategia y de sus consecuencias para el ordenamiento jurídico. Tal vez una respuesta sea que precisamente las Cortes no advierten que su función no es de justicia ordinaria, sino de jurisdicción constitucional de la libertad¹⁰⁸

¹⁰⁶ Por ejemplo, en Maria del C. Barranco, *La Teoría jurídica de los Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000; en Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos II, Boletín Oficial del Estado, 1995; en Nogueira, op. cit. 1997.

¹⁰⁷ Para nosotros, el uso de cualquiera de las categorías revisadas en cuanto constituyan sofismas implican omisiones argumentativas, pero en este caso nos referimos a algunos tipos de omisiones precisas, para meros efectos de sistematización.

¹⁰⁸ El Fallo “Sociedad Estación de Servicio Shell Mulchén Ltda. con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos 8° Región”, señala que habiéndose declarado ilegal el acto del Servicio de Impuestos Internos, no cabe

(con todas las diferencias técnicas que ello implica), y no sólo el viejo argumento que indica que los abogados recurren en todo caso de protección aún cuando en el caso no se encuentre infringido un derecho constitucional.

2.2.4.2.- Las sentencias revisadas demuestran una omisión o desconocimiento de evidente existencia de conflicto o colisión de derechos constitucionales envueltos en los casos, tal vez debido a la falta de utilización de categorías dogmáticas propias de jurisdicción constitucional de la libertad.

En muchos casos, especialmente en aquellos en que ambas partes son particulares¹⁰⁹, puede existir conflictos entre derechos fundamentales¹¹⁰. Lo mismo en muchos litigios donde las autoridades administrativas aparecen representando

pronunciarse acerca de atropello a derecho fundamental (R.D.J., T. LXXIX N°2, 1982, secc. V, págs. 101-105, Corte Suprema, 12 de Agosto de 1982, Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de Junio de 1982).

¹⁰⁹ Ver. "Luis Ángel Molina Arévalo y otros con Sociedad de Inversiones Médicas Pukará S.A." F.M. N° 439, 1995, págs. 634-647, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 01 de abril de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 18 de mayo del mismo año, Recurso rechazado.

¹¹⁰ En: (a) el Fallo Cáceres Muñoz, Pedro Juan con Gottini Gallerani, Mario, contiene un claro conflicto de derechos (propiedad, libertad empresarial, vida, salud), el cual la Corte finalmente resuelve recurriendo a una vieja solución que no reviste sofisticación argumental, acogiendo el recurso declarando que el recurrido había ejercido vías de hecho, actos materiales sin sustento jurídico, o justicia de propia mano: "Que aún cuando pueda argumentarse que la línea eléctrica se encontraba en mal estado y causaba un peligro, es un principio, establecido en nuestra legislación y de carácter universal, que nadie puede hacerse justicia por sí mismo" (Cáceres Muñoz, Pedro Juan con Gottini Gallerani, Mario, F.M. N° 413, Abril de 1993, págs. 164-167, Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de enero de 1993; confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de marzo de 1993, Recurso acogido), (b) Fallo "Bórquez Muñoz, Bernabé y otros con Fundación de Paipote (ENAMI)", en que si bien hace referencia de alguna manera a conflicto de derechos entre vida y medio ambiente, en relación a actividad económica y al deber del Estado a respetar y promover los derechos fundamentales (citando el artículo 5 inc. 2° de la Constitución), no es suficientemente satisfactorio, debido a que se basa en incumplimiento de obligaciones impuestas por servicios públicos (Servicio de Salud de Atacama), y se hace aplicación de categorías de Derecho Administrativo como las fundamentales, en el fallo. Además existen otros antecedentes contra la recurrida por los mismos hechos, tales como un fallo judicial confirmado por la Corte de Apelaciones por los mismos hechos del recurso de protección interpuesto (C. 7°), así como la acumulación de muchos recursos contra la recurrida (R.D.J., T. LXXXVIII N° 2, 1991, secc. V, págs. 144-159, Corte Suprema, 13 de junio de 1991; Corte de Apelaciones de Copiapó, 15 de febrero de 1991, Recurso acogido). (c) En el Fallo "Empresas Periodísticas y Editoriales (Asociación Nacional de la Prensa) con Sindicato de Suplementeros de Chillán", se observa como los recurridos han realizado presiones indebidas, medidas de fuerza extrajudiciales, violatorias de acuerdos comerciales con los recurrentes. Sin embargo, que son percibidas como legítimo ejercicio del derecho, y por ello, el Tribunal no ve los atropellos del DE de los recurrentes (F.M. N° 409, Diciembre de 1992, págs. 923-930, Corte de Apelaciones de Chillán, 18 de noviembre de 1992; confirmada por la Corte Suprema con fecha 03 de diciembre del mismo año, Recurso rechazado).

intereses generales de la comunidad traducibles en derechos, especialmente cuando grupos de personas le han solicitado su actuación y/o han intervenido o han participado en la substanciación del recurso de protección. Es ilustrativo, por otro lado, que estas intervenciones de particulares sean generalmente desestimadas por falta de legitimación activa, porque se consideran que a ellos no les cabe un derecho a intervención por carecer de interés, por no afectarles o competerles el juicio¹¹¹.

2.2.4.3.- Prácticamente todos los fallos presentan una omisión o desconocimiento de categorías constitucionales o de interpretación constitucional. Si nosotros afirmamos que los recursos de protección hacen referencia a la jurisdicción constitucional de la libertad, ello se traduce en que las Cortes debieran acudir a categorías propias de la dogmática constitucional, tanto en el procedimiento (v.g., antiformalismo) como en el fondo (v.g., interpretación *pro homine*).

2.2.5.- Existe un quinto grupo de argumentaciones, relativas a “antecedentes” que las Cortes consideran al fallar el recurso de protección.

2.2.5.1.- Uno es el “precedente judicial”. Si bien explícitamente son proporcionalmente los menos (probablemente relacionado al viejo dogma del efecto relativo de las sentencias, ya comentado) los casos en los cuales las Cortes usan precedentes como fundamento (tanto en la aplicación de normas de procedimiento como a forma de resolver o estilo de estrategias argumentativas), en la realidad existe una práctica judicial implícita basada en los precedentes, que uniforma los fallos.

¹¹¹ Ejemplo, Fallo “*Exequiel Luis Antono Godoy Sánchez con Jefe de la Oficina de Rentas y Patentes de la Ilustre Municipalidad de Villarrica*” G.J. N° 57, 1985, págs. 92-94, Corte de Apelaciones de Temuco, 05 de noviembre de 1984, Recurso acogido. (b) Ver Considerando 46. “*Callejas Molina, Homero y otros con Compañía Minera del Pacífico S.A.*”, R.D.J., T. LXXXIX N° 3, 1992, secc. V, págs. 354-382; Corte de Apelaciones de Copiapó, 22 de junio de 1992; confirmado por la Corte Suprema con fecha 06 de agosto del mismo año; Recurso acogido).

2.2.5.2.- Otras argumentaciones relativas a los antecedentes, se refieren actividad previa inconsistente (para el Tribunal) del recurrente o recurrido con la que es objeto del recurso estando amparada por el Derecho¹¹² o no estándolo¹¹³; por la existencia de fallos adversos previos (que genera una posibilidad casi cierta de que el siguiente recurso también será perdido)¹¹⁴.

2.2.6.- Un sexto grupo de estas estrategias se refiere a aquellos argumentos relativos a la imposibilidad de abocarse a la causa por diversas razones.

2.2.6.1.- La más típica y conocida estrategia, es la relativa a la imposibilidad de pronunciarse (declarando improcedencia del recurso) en el fondo si la cuestión ya se encuentra en sede jurisdiccional. Se trata de una vieja línea jurisprudencial bastante conocida. Básicamente se refiere a que el recurso es improcedente debido a que, si caso ya se encuentra en alguna sede jurisdiccional (principalmente referida en la

¹¹² El Fallo "*Jorge Arias Schublín con José Manuel Carvalho Torres*" usa como fundamento para acoger el recurso en el hecho de que el recurrido otorgaba un permiso de tránsito al recurrente a través de su fundo, por lo que no puede ahora prohibirlo, ya que no puede alterar la situación, por lo que constituye alterar la regularidad del orden jurídico (G.J. N° 84, 1987, págs. 40-43, Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de marzo de 1987, confirmado por la Corte Suprema el 04 de mayo del mismo año, con el voto en contra del Ministro Sr. Letelier, que se incluye al final del texto de la sentencia, Recurso acogido). También, "*Bazaes Castillo, Eduardo con Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica de Chillán*". R.D.J., T. LXXIX N°2, secc. V, págs. 171-174, Corte de Apelaciones de Chillán, 12 de abril de 1982, confirmado por la Corte Suprema el 6 de Mayo del mismo año, Recurso rechazado. También ver "*Rodríguez Guaita, Germán y otros con Directorio Ejecutivo de la Federación de Rodeo de Chile*". R.D.J., T. LXXXII N° 2, 1985, secc. V, págs. 145-151, Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1985, confirmada por la Corte Suprema el 18 de junio de 1985, Recurso rechazado.

¹¹³ El Fallo "*Cooperativa Agrícola Vitivinícola de Curicó Ltda. con Departamento de Cooperativas de la Subsecretaría de Economía (Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción)*" rechaza recurso no obstante el recurrido no se encontraba en situación de ejercicio legítimo del Derecho, debido a acto de hecho del recurrente. Este fallo, en que ambas partes estaban fuera del Derecho, debió haberse referido al problema de los derechos fundamentales implicados. El Fallo "*Publivia Limitada con Director Nacional de Vialidad*", acoge un recurso contra la Administración, considerando inaceptable demorar en otorgar concesión a un particular, por el hecho de que el Reglamento no este publicado. Constituye un mal antecedente del recurrido (que el Tribunal destaca) la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de un Decreto Supremo (el cual contenía el proyecto de Reglamento de la Ley). Lo anterior, considerando además que la que empresa recurrente cumplió los requisitos legales, y no puede perjudicarse por no cumplir un reglamento que no está dictado por la ineficiencia del Servicio (R.D.J., T. LXXXIX N° 3, 1992, secc. V, págs. 312-321, Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de agosto de 1992, confirmada por la Corte Suprema con fecha 13 de octubre del mismo año, Recurso acogido).

¹¹⁴ Ver: "*Sociedad Terminal de Buses Los Héroes S.A. con Ministro de la Vivienda y Urbanismo y Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Santiago*". R.D.J., T. LXXXVIII N° 1, 1991, secc. V, págs. 3-11. Corte Suprema, 9 de octubre de 1990; Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de septiembre de 1990. Acoge recurso

ordinaria pero también puede ser la administrativa), se haya bajo el imperio del Derecho. Lo anterior por diversas razones explícitas e implícitas, pero básicamente debido a que las resoluciones o actuaciones judiciales son impugnables por los medios que la ley señala y, cuando ésta no los contempla, por la vía disciplinaria de la queja; y que los derechos de las partes en un juicio se encuentran suficiente y debidamente amparados¹¹⁵.

Hay algunos fallos que parecen cambiar la postura, pero nos cabe ciertas dudas al respecto¹¹⁶, debido a que parecen existir fundamentos mucho más importantes para acogerlos, es decir, habrían sido acogidos de todos modos por otras razones¹¹⁷.

En algunos casos en que las Cortes han querido corregir el acto recurrido en circunstancias de que estima se encuentra el asunto en sede jurisdiccional, ha rechazado el recurso de protección (protección de derechos) pero ha corregido el acto por vía disciplinaria¹¹⁸.

¹¹⁵ Ver: "Juan Carlos Arévalo Gálvez con Intendente de la Región Metropolitana", F.M. N° 397, diciembre de 1991, págs. 742-744, Corte de Apelaciones de Santiago, 09 de diciembre de 1991, confirmada por la Corte Suprema con fecha 31 del mismo mes y año, Recurso rechazado.

¹¹⁶ El Fallo "Bórquez Muñoz, Bernabé y otros con Fundición de Paipote (ENAMI)" (C. 3°) indica que: "Que, al efecto, debe señalarse, en primer lugar, que la particularidad de que exista un procedimiento especial para reclamar de una determinada situación, no excluye al recurso de protección. Lo dispone expresamente el artículo 20 inciso 1° de la Constitución Política de la República al expresar que se podrá ocurrir mediante él 'sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes'. Sin embargo, cabe señalar que pareciera que para este Fallo no fue el argumento principal el anterior, debido a que la admisibilidad se basaba en la necesidad de proteger la vida y salud, frente a una actividad altamente contaminante y dañina para la salud humana, que había sido censurada por otros fallos (antecedentes). Por ello, cabe señalar que la decisión ya había sido tomada, y que el argumento del C 3° tenía un objeto decorativo, ya que aún en el considerando siguiente señala que no era aplicable el procedimiento especial al caso de autos. "4° Que también cabe precisar que el mencionado decreto ley contempla el procedimiento especial aludido, en su artículo 12, para los casos de contaminantes que afecten a la agricultura, que no son los de autos" (R.D.J., T. LXXXVIII N° 2, 1991, secc. V, págs. 144-159, Corte Suprema, 13 de junio de 1991; Corte de Apelaciones de Copiapó, 15 de febrero de 1991, Recurso acogido).

¹¹⁷ Ver: "Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I. CMET con Chilectra Metropolitana S.A.". R.D.J., T. LXXXVIII N° 3, 1991, secc. V, págs. 297-302, Corte Suprema, 3 de diciembre de 1991, acoge en apelación; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 1990, rechazándolo. En este caso, sin embargo, no es la intención de la Corte tanto romper la jurisprudencia, como recurrir a una justificación muy fuerte dentro de la misma, cual es, no permitir la justicia de propia mano o "actos de propia mano" que "ha violentado y desconocido el Estado de Derecho", sobre todo en un contexto de servicio público.

¹¹⁸ Es el caso que se presenta en el Fallo "Recurso de Protección de Juan Rebollo Zagal, en representación del contribuyente Comercial Jaen S.A. Sociedad Mercantil, Juan con Director Regional del Servicio de Impuestos Internos de Iquique" (R.D.J., T. LXXXI N° 3, 1984, secc. V, págs. 209-215, Corte Suprema, 31 de octubre de 1984.

Las ocasiones en que la jurisprudencia plantea que es posible acoger el recurso contra un acto jurisdiccional, son excepcionales¹¹⁹, por ejemplo, haberse dictado contra alguien que no sea parte del juicio ni haya sido legalmente emplazado¹²⁰.

2.2.6.2.- Otra estrategia se refiere a la afirmación de que el recurso de protección no es el medio jurídico apropiado para revisar cuestiones complejas relativas a hechos o a Derecho.

En algunos fallos existe cierta idea referida a que el recurso de protección no es la vía idónea para resolver conflictos de Derecho de carácter complejo, o aquellos que requieren de prueba, o aquellos relativos a cumplimiento contractual, etc. En todos estos casos, las sentencias no logran ver que lo que se discute no son los hechos, ni el cumplimiento, la calificación del motivo de un acto administrativo, ni en general, los problemas complejos propios de un juicio ordinario. De lo que se trata es de la protección de derechos constitucionales¹²¹.

2.2.6.3.- Otro argumento de esta clase, es la referida a los plazos para presentar el recurso han vencido (una de las formalidades establecidas judicialmente al recurso de protección). Esta es una postura general, muy conocida y estudiada, incluso en relación a la inconstitucionalidad del Auto Acordado que regula el recurso de protección y que fija los plazos de su interposición¹²². Pero aquí nos interesa

¹¹⁹ Como dice Carocca, en la experiencia comparada, los derechos vulnerados en sede jurisdiccional son los que más se denuncian. Carocca, op. cit., pp. 86.

¹²⁰ El Fallo "*Sociedad Luis Pesce e Hijos Limitada con Tesorero-Juez Sustanciador de la Tesorería General de la República*", en apelación, acoge el recurso (debido que la Corte de Apelaciones considera improcedente el recurso), pero refiriéndose a terceros que no son parte en el juicio (C 4º) que no han sido debidamente emplazados (F.M. N° 397, diciembre de 1991, págs. 762-766, Corte Suprema, 10 de diciembre de 1991; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 28 de septiembre de 1991, Recurso acogido).

¹²¹ Por ejemplo, "*Molina Rojas, Luis con Isapre Pesquera Coral S. A.C.*". R.D.J., T. LXXXVI N° 2, 1989, secc. V, págs. 82-85, Corte Suprema, 17 de julio de 1989; Corte de Apelaciones de Iquique, 22 de junio de 1989, Recurso acogido.

¹²² Fernando Saenger, *La Lenta Agonía del Recurso de protección*, en Nogueira, H. (Editor), "Acciones Constitucionales de Amparo y protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina", Edit. Universidad de Talca, 2000, pp. 171 y ss.

demostrar que el formalismo expresado en dicho Auto Acordado es coherente con la forma en que las Cortes argumentan cuando redactan los fallos. En efecto, los fallos usualmente usan al menos uno o más párrafos, pero a veces muchos más, para referirse a la materia, por ejemplo, para explicar las formas de computar los plazos¹²³. El hecho de que en algunos casos excepcionales las Cortes acojan el recurso nos obstante los problemas de plazo, no cambian la práctica judicial¹²⁴ (por ejemplo, en algunos casos de atentados graves a derechos tales como vida e integridad física). La protección debiera ser general a todos los derechos fundamentales¹²⁵.

V.- Aplicación judicial del artículo 19 N°21 (recursos de amparo económico).

Respecto del Recurso de Amparo Económico, no vamos a detenernos sino brevemente debido a que si bien ha sido estudiado de manera bastante intensa en la doctrina (y en razón de ello, no es muy útil en este espacio repetir lo que bien dicho está en los estudios respectivos¹²⁶), sobre todo debido a las escasas sentencias que sobre él se han dictado y los aún más escasos fallos admitidos¹²⁷, bien merece señalar

¹²³ Ver: (a) "Buena Navarro, María Magdalena con Contralor General de la República", R.D.J., T. LXXXIV N° 1, 1987, secc. V, págs. 79-82, Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de abril de 1987, confirmada por la Corte Suprema el 15 del mismo mes y año, Recurso acogido. (b) "Bolsa de Comercio de Santiago y otros con Superintendente de Valores y Seguros", R.D.J., T. LXXXV N° 2, 1988, secc. V, págs. 153-159, Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de marzo de 1988; confirmada por la Corte Suprema con fecha 02 de agosto del mismo año, Recurso rechazado.

¹²⁴ Por ejemplo: "Burgos Mariángel, José Miguel y otros con Empresa Puerto Lirquén S.A.", R.D.J., T. XCI N° 1, 1994, secc. V, págs. 76-80, Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de marzo de 1994; confirmada por la Corte Suprema con fecha 14 de abril del mismo año, Recurso acogido.

¹²⁵ Como también lo señala Carocca (respecto de temas semejante, pero bajo el mismo fundamento), op. cit., pp. 86.

¹²⁶ Zúñiga, Francisco y Alfonso Perramont, Acciones Constitucionales, LexisNexis, Santiago, Chile, 2003; Arostica, Iván, *Acción de Amparo económico, Un recuento jurisprudencial*, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año II, N°2, 1998, pp. 95 y ss.; Navarro, Enrique, *El RAE en la Jurisprudencia (1990-1995)*, Gaceta jurídica, pp. 47 y ss.; Navarro, Enrique; Navarro, Enrique, *El RAE (notas sobre 10 años de Jurisprudencia)*, en "20 años de la Constitución Chilena", editor Enrique Navarro Beltrán, publicado por Cono Sur y la Universidad Finis Terrae, 2001, pp. 451 y ss.; Zúñiga, Francisco y Francisco Vega, RAE: Selección de jurisprudencia, Gaceta jurídica, pp. 9 y ss.; John Jaederlund Lüttecke, *Recurso de Amparo Económico*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 1999; Ismael Ureta Silva, *Recurso de Amparo Económico*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1997.

¹²⁷ Solo siete, en contra de organismos públicos, de acuerdo a Navarro, Enrique, "El RAE (notas sobre 10 años de Jurisprudencia)", en "20 años de la Constitución Chilena", editor Enrique Navarro Beltrán, publicado por Cono Sur y la Universidad Finis Terrae, 2001, pp. 451 y ss.

si, en lo sustancial, la práctica judicial relativa a él ha sido o no semejante a la del recurso de protección.

En relación a las argumentaciones estratégicas específicas, también estos fallos no demuestran claridad respecto de si el acto que es objeto del recurso debe impedir la actividad empresarial de modo absoluto y permanente, o solo alguna actividad económica del giro del recurrente.

También se le da al término “ley” una significación amplia como marco de la actividad empresarial¹²⁸, por lo cual también se entiende que habiendo facultades legales por parte del recurrido no puede considerarse atropellado el derecho de emprender¹²⁹. La interpretación de las normas también son literales y descriptivas, siendo las categorías usadas las propias (sólo) del Derecho Privado¹³⁰ y de Derecho Administrativo¹³¹.

Un tema especialmente importante aquí también es el relacionado a los conceptos jurídicos indeterminados (tales como el orden público, la moral, la seguridad nacional, el bien común, los intereses de la comunidad, la subsidiariedad) que se los cita a menudo, a lo que hay que agregar el denominado “orden público económico”, el cual es usado amplia y confusamente (y no puede ser de otro modo) en la jurisprudencia¹³².

¹²⁸ Ver: *Asociación de Trabajadores de Carros Móviles del Paradero 18 de la Gran Avenida José Miguel Carrera y otros con Alcalde de la I. Municipalidad de La Cisterna*. G.J. N° 211, 1998, págs. 27-31. Corte de Apelaciones de San Miguel, 12 de enero de 1998; confirmada por la Corte Suprema con fecha 28 del mismo mes y año (Considerando 3°).

¹²⁹ Ver: *C.B. Inversiones Inmobiliarias con I. Municipalidad de Las Condes*. G.J. N° 222, 1998, págs. 47-50. Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de noviembre de 1998; aprobada por la Corte Suprema con fecha 16 de diciembre del mismo año. Considerando 7°.

¹³⁰ Ver: *Comercial Agropecuaria Menichetti S.A.I. con Banco del Estado de Chile*. R.D.J., T.XCII N° 1, 1995, secc. V, págs. 18-23. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 1995; confirmada por la Corte Suprema con fecha 28 de marzo del mismo año. Este caso se resuelve solo con normas y razonamientos propios del Derecho Privado. Considerando 8°.

¹³¹ Ver: *Emeres con Alcalde de Municipalidad de San Bernardo*. R.D.J., T. XCV N° 1, 1998, secc. V, págs. 40-49. Corte de Apelaciones de San Miguel, 17 de diciembre de 1997; confirmada por la Corte Suprema con fecha 08 de enero de 1998. Este fallo no hace ninguna referencia dogmática constitucional (como prácticamente todos, salvo la mención a normas constitucionales).

¹³² Ver: *Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. con Compañía de Teléfonos de Chile S.A.* R.D.J., T. LXXXIX N° 3, 1992, secc. V., págs. 306-312. Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de junio de 1992; elevada a consulta, fue aprobada por la Corte Suprema con fecha 25 de septiembre del mismo año. Considerando 8°. (b) *Asimet A.G. con Corporación Nacional del Cobre (Codelco-Chile)*. R.D.J., T. XC N° 2, 1993, secc. V, págs.

En segundo término, las estrategias argumentativas generales también están presentes, con lo que los fallos recaídos en Recurso de Amparo Económico presentan rasgos muy semejantes a los del recurso de protección, tales como en relación a las estrategias formalistas o descriptivas y los argumentos retóricos. Las argumentaciones relativas a los antecedentes y el precedente judicial tienen aquí una gran importancia, registrándose una cierta regularidad en los fallos judiciales, en diversas materias, sobre todo ligada a procedimiento, determinando la posibilidad de ser admitidos a tramitación o a ser acogidos en definitiva. Con ello se reconocen claramente líneas jurisprudenciales (ya detectadas por la doctrina)¹³³.

En relación al inciso segundo del artículo 19 N°21, el Recurso de Amparo Económico toma la forma de un contencioso administrativo según algunos, y efectivamente se interpreta usando categorías exclusivamente (o generalmente) administrativistas (y de derecho privado, de acuerdo al carácter del órgano estatal contra el cual se dirige el recurso).

La actividad empresarial del Estado puede revestir distintas formas jurídicas, tales como empresas públicas o empresas privadas del Estado. Ello se complejiza debido a que el artículo 19 N°21 debe entenderse en relación al artículo 5° transitorio de la Constitución. La jurisprudencia¹³⁴ no ha podido responder adecuadamente a este fenómeno, en consideración a la libertad de empresa de que gozan los particulares, generando fallos dispares debido también a dispares apreciaciones doctrinarias. Ello, especialmente en relación a las llamadas “empresas privadas del Estado”¹³⁵ en razón

157-164. Corte Suprema, 25 de mayo de 1993; Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 1993. Considerando 3°.

¹³³ Navarro op. cit. “Recurso de Amparo Económico”, Zúñiga op. cit. “Acciones Procesales Constitucionales”

¹³⁴ Ver: (a) “Asociación Nacional de la Prensa A.G. con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.”. G.J. N° 235, 2000, págs. 37-52. Corte Suprema, 31 de enero del 2000; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero del 2000. Considerando 3°. (b) “Publicaciones Técnicas S.A. con Empresa Periodística La Nación S.A.”; F.M. N° 467, 1997, págs. 1827-1834; Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de septiembre de 1997; confirmada por la Corte Suprema con fecha 06 de octubre del mismo año. Considerando 13°.

¹³⁵ VER: EDUARDO SOTO K, LAS SOCIEDADES DEL ESTADO, REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO, VOL. II, N 2, AÑO 2000, PP. 335 Y SS. IVÁN AROSTICA, DE ESPALDAS AL ESTATISMO, IUS PUBLICUM, N1, 1998, PP. 105 Y SS.

de su “huida” del Derecho Administrativo¹³⁶. Estas últimas, para nosotros, mantienen una vinculación con otras instituciones públicas de las que dependen¹³⁷ y por ello contienen un núcleo de Derecho Público¹³⁸.

Normalmente las Cortes aprecian los hechos en relación a las categorías de principio de legalidad (y competencia y) y autonomía de la voluntad, revisando el estatuto y el objeto de la sociedad estatal o de la empresa pública, el fin público del órgano del Estado, si la habilitación legal de la empresa se extiende a los contratos que suscribe y que son objeto del Recurso de Amparo Económico, etc.¹³⁹ La mirada del punto de vista de la habilitación legal de la persona jurídica estatal recurrida es lo relevante (y único) para la jurisprudencia, no el análisis desde la perspectiva del derecho de emprender.

Todo lo anterior, y en lo que más nos importan, se resume en la presencia de *omisiones argumentativas explícitas o implícitas*, tales como desconocimiento de existencia de conflicto o colisión de derechos constitucionales envueltos en un caso y desconocimiento de categorías constitucionales o de interpretación constitucional. Es decir, las Cortes aquí también funcionan como si se tratara de jurisdicción ordinaria.

VI.- A modo de conclusión.

La complejidad y multiplicidad de los problemas estudiados no permiten sino intentar dejar abiertas las conclusiones. Las causas de los problemas expuestos son

¹³⁶ Sebastián Martín-Retortillo, *Reflexiones sobre la “Huida” del Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Público, N°140, Mayo-Agosto 1996, pp. 25 y ss., Madrid.

¹³⁷ Raúl Pierry A., *Algunos Aspectos de la Actividad Empresarial del Estado*, IX, 1985, 263, “Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso”.

¹³⁸ Francisco Zuñiga U., *Constitución Económica y Estado Empresarial*, Revista de Derecho Público, Vol. 63, p. 339 y ss.

¹³⁹ Ver (a) “*Armat S.A. con Casa de Moneda de Chile*”. R.D.J., T. LXXXIX N° 2, 1992, secc. V, págs. 201-206. Corte de Apelaciones de Santiago, 07 de julio de 1992; confirmada por la Corte Suprema con fecha 22 del mismo mes y año. (b) “*Asociación Gremial de Impresores de Chile contra Ejército de Chile*”. *Temas de Derecho* N° 7, 1993, págs. 119-124, Universidad Gabriela Mistral (publicado como anexo al artículo del profesor Eduardo Soto Kloss “*Amparo económico y rol subsidiario del Estado*”). Corte de Apelaciones de Santiago, 05 de diciembre de 1991; confirmada por la Corte Suprema con fecha 08 de enero de 1992. (c) “*Chilexpress S.A. y Línea Aérea Nacional S.A. con Empresa de Correos de Chile*”. R.D.J., T. XCVI N° 1, 1999, secc. V, págs. 36-40. Corte Suprema, 17 de marzo de 1999; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de enero de 1999.

muchas y las soluciones pasan básicamente por un esfuerzo de todos quienes formamos parte del medio jurídico nacional

Sin embargo, debemos al menos resumir las conclusiones que pueden preverse.

La conclusión básica es que las Cortes, al no usar las categorías dogmáticas constitucionales no logran aplicar la Constitución adecuadamente. Pero ello no es extraño si ellas mismas realizan su labor de un modo semejante a como tratan la materia de jurisdicción ordinaria, ya que no asumen una función propia de jurisdicción constitucional de la libertad.

Ello se traduce en que no existe una adecuada protección en las Cortes de los derechos fundamentales, y específicamente, del contenido en el artículo 19 numeral 21.

Pero tampoco la doctrina ha sido capaz de construir una dogmática adecuada que facilite la labor de los jueces. Por el contrario, la metodología jurídica y el contenido dogmático de la doctrina analizada no es funcional a la protección efectiva del derecho de emprender, y al menos no se encuentra acorde el actual desarrollo comparado del constitucionalismo, y ni siquiera con aquellas corrientes nacionales más avanzadas. Estas últimas son aquellas que vinculan la Constitución, y su interpretación y su aplicación, a los derechos fundamentales.

Una conclusión final, se relaciona a las normas jurídicas estudiadas. Queda por verificar en qué medida ellas son responsables de los problemas, es decir, si ellas son las defectuosas. En tal caso, debiera abrirse la posibilidad de modificarlas para evitar las inconsistencias que provocan en el sistema jurídico.
