

El recurso de amparo económico y su ámbito de protección: una polémica no resuelta

JORGE FELIPE PINTO CEBALLOS*

Introducción

El presente trabajo no es un estudio acabado sobre la figura del Recurso de Amparo Económico, debido a que de él surgen una serie de tópicos que son interesantes de tratar, pero que cada uno implicaría una investigación particular para abarcarlos como corresponde.

La finalidad de esta exposición no es otra que, en primer término, dar cuenta de la discusión tanto doctrinal como jurisprudencial que se ha producido a partir de la disposición legal que lo establece (Ley 18.971) en relación con el precepto constitucional que le da contenido.

Ello, por cuanto la norma legal parece ambigua o insuficiente al momento de precisar a qué se refiere exactamente cuando hace mención al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de Chile, ya que no hace distinción alguna entre lo que disponen sus dos incisos, los cuales contienen el “derecho a la libre iniciativa en materia económica” (inciso primero), y el “orden económico- legal de la actividad empresarial del Estado”.

Y es de suma importancia distinguir si el artículo único de la ley se refiere a ambos incisos o sólo a uno de ellos, para poder definir el ámbito de protección que abarca el Amparo Económico ya que, como veremos, el sostener una u otra postura implica comprometerse con una serie de consecuencias interpretativas, las cuales nos llevan a conclusiones diversas sobre una serie de materias atinentes como lo son, por ejemplo, el tema de la legitimación activa o la compatibilidad con el Recurso de Protección y que, sin embargo, no parecen del todo convincentes.

Por último, se intentará dar una respuesta o más bien una idea particular al respecto, con la esperanza de llevar algo de coherencia a las normas que están en juego y cuya interpretación ha dado lugar a visiones antagónicas.

a) Fuente Legislativa

El “Recurso de Amparo Económico” se encuentra consagrado en el artículo único de la Ley N° 18.971, publicada en el Diario Oficial con fecha 10 de marzo de 1990.

La referida disposición señala textualmente:

“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile.

* Estudiante, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile.

El autor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.

b) Naturaleza Jurídica

En primer lugar, cabe señalar que el Recurso de Amparo Económico debe su particular denominación a lo que la doctrina y jurisprudencia han interpretado a partir de la ley que lo establece (N° 18.971).

Así tenemos, por una parte, que dicha norma dispone: “Establece recurso especial que indica”, de lo cual se extrae que se trata de un *recurso*. Por otro lado, el procedimiento aplicable es el del Recurso de Amparo, compartiendo por ello su denominación (*amparo*). Finalmente, el objetivo fundamental sería el defender la actividad económica y el derecho a desarrollarla libremente, de lo cual proviene el adjetivo de *económico*.

Sin embargo, tanto la doctrina como jurisprudencia sostienen que dicha denominación es errónea. Ello por cuanto los recursos no son sino medios procesales entregados por la ley a la parte que se cree perjudicada por una resolución judicial para obtener que ella sea modificada o dejada sin efecto, lo cual, a todas luces, no ocurre en el caso del “amparo económico”. De esta manera encontramos, a lo menos, dos alternativas:

a) Para la mayoría, se trata de una verdadera *acción*, ya que lo que se pretende por medio de él es dar comienzo a un proceso, impetrando la actuación del órgano jurisdiccional para que falle (solucione) el conflicto sometido a su conocimiento y decisión. Conforme con lo anterior, se cumpliría con los requisitos de toda acción: 1) Imputación de una conducta antinormativa; 2) Existencia de un órgano jurisdiccional que dirima el conflicto de relevancia jurídica y; 3) Ejercicio del derecho subjetivo- público para solicitar a los tribunales de justicia que cumplan con su actividad jurisdiccional. Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago, que en 1995 señaló que el Recurso de Amparo Económico es una *“...acción jurisdiccional de carácter conservadora, especial y popular, en que el actor no necesita tener interés actual en el recurso”*. Para esta teoría, el “amparo económico” es:

“Una acción de denuncia, popular, creada para incoar un proceso eminentemente declarativo por infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.”²

¹ S.C.A.S., “Menichetti con Banco del Estado”, R.3.899-94; 26/01/1995; GJ 117, 20; RDJ 92, 1995, 2.5, 18-23.

² Zúñiga Urbina, Francisco et. al. *Acciones Constitucionales*. Editorial NexisLexis Chile. Santiago, 2003. p.118.

Conforme con lo anterior, las características de dicha acción son las siguientes³:

- i. Acción Popular: El actor no necesita tener un interés actual en los hechos denunciados.
- ii. Bien Jurídico Protegido: Es el Orden Público Económico
- iii. Plazo para su Interposición: Seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción.
- iv. Órgano Jurisdiccional Competente: La Corte de Apelaciones respectiva, esto es, aquella donde se han producido los hechos que motivan la denuncia.
- v. Normas Procesales: Se aplican las disposiciones del hábeas corpus, salvo en dos aspectos: el plazo para apelar respecto de la sentencia es de 5 días y, adicionalmente, resulta procedente el trámite de la consulta, si no se hubiere apelado la sentencia.
- vi. Principio Formativo del Procedimiento: Rige el principio inquisitivo, desde el momento que el tribunal debe investigar la infracción y dar curso progresivo a los autos hasta la dictación del fallo.
- vii. Sanción al Abuso Procesal: Si la sentencia que rechaza el recurso establece fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado.

El problema surge al momento de mirar dichas características bajo el prisma del ámbito de aplicación del Amparo Económico, es decir, si todo ello se cumple al analizar cómo opera frente a la norma contenida en el artículo 19 N° 21 de nuestra Constitución respecto de sus dos incisos o sólo uno de ellos. En todo caso, ello será analizado más adelante al tratar el tema en específico (punto central de la presente investigación).

b) Otro sector de la doctrina (minoritario), sostiene que no estamos frente a una acción, sino que frente a un verdadero *proceso*. Ello porque lo que se trata, en realidad, es regular una respuesta de los tribunales de justicia ante una solicitud de un ciudadano para que se respeten sus derechos en el ámbito de lo económico, ya sea su libertad económica como derecho fundamental, o bien, el orden legal en materia económica.

En otras palabras, lo que dispone la Ley 18.971 no es simplemente una forma de hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional que corresponda, sino que establece un proceso especial para denunciar las infracciones cometidas al artículo 19 N° 21 de la Constitución⁴.

Personalmente adhiero a la segunda posición, sin embargo, sólo dejo planteadas las posturas al respecto, ya que intentar dilucidar cuál es la correcta implicaría todo un análisis, diverso al que se pretende como central para este trabajo.

c) Ámbito de Protección

Un acalorado debate se ha propiciado a este respecto, el cual ha llevado incluso a sostener diversas tesis por parte de la jurisprudencia, la cual ha experimentado un cambio de rumbo a partir de 1995.

El artículo único de la Ley 19.971 dispone que “Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile”. Aun cuando la norma a simple vista pudiese parecer clara, vemos que ello se complica por cuanto el artículo citado se compone de dos incisos, los cuales contienen normas particulares.

³ Beltrán Navarro, Enrique. *El Recurso de Amparo Económico*. www.lexisnexus.cl/Contenido/Legal/Doctrina

⁴ En adelante, CPR.

Art. 19 CPR:

“La Constitución asegura a todas las personas: (...) 21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”

Podemos decir que el citado artículo en su numeral 21° establece el derecho fundamental de *libertad económica* (inciso 1°), y se refiere al concepto de *estado empresario* junto a su régimen legal (inciso 2°).

Respecto a lo dispuesto en el inciso primero de la norma en cuestión, nos encontraríamos ante un derecho subjetivo- público- económico, consistente en la facultad jurídica de una persona para hacer efectivo su derecho a desarrollar cualquier actividad de corte económico mientras no sea contrario a la moral, el orden público o a la seguridad nacional y cumpliendo las normas legales que la regulen, entendiendo estas últimas en sentido amplio⁵ (leyes, reglamentos, ordenanzas municipales, etc.).

En cuanto a su inciso segundo, este viene a regular la actividad empresarial del Estado y sus organismos, reafirmando el principio de subsidiariedad subyacente en nuestra Carta Fundamental, al disponer que podrá ejercer tal actividad o participar en ella sólo si es autorizado por medio de una ley de quórum calificado. Con ello, el constituyente se asegura de que la Administración del Estado sólo intervendrá en la vida empresarial del país cuando así lo determine el Poder Legislativo, en virtud del cumplimiento de los diversos fines del Estado (búsqueda del Bien Común), en la medida que ello no pueda ser cumplido por los particulares o no quieran hacerlo.

El problema surge al tener que determinar cuándo ha ocurrido una infracción al artículo 19 N° 21 CPR que sea contemplada por la protección del Amparo Económico. Aquí también han surgido dos posturas claras, lo cual ha llevado a una evolución en la jurisprudencia.

a) Primero, tenemos quienes sostienen que el Amparo Económico sirve sólo para denunciar la actividad empresarial estatal que no se ajusta a Derecho, es decir, sólo se refiere a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 19 N° 21 CPR. Esto fue lo que sostuvo la jurisprudencia mayoritaria entre los años 1990 y 1995.

Lo que se pretende con el Amparo Económico es que el sujeto pasivo –el Estado– no realice o cese la ejecución de conductas contrarias al orden económico establecido por la Constitución.

Lo anterior se condice con el hecho de que la ley establece una *acción popular*, al disponer que “Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19 número 21 de la Constitución Política de la República de Chile” y que “El autor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados”. Por ende, lo protegido son intereses “no individuales”, es decir, se tutela el ordenamiento jurídico objetivo (defensa de la ley, en su sentido amplio). Esta acción popular sólo guarda la debida coherencia cuando lo que se persigue es la tutela del orden económico constitucionalmente dispuesto, y no cuando se busca protección de derechos subjetivos, caso en que se requiere interés directo y actual en los hechos que motivan la denuncia. Postular lo contrario, es decir, que cualquiera pudiera solicitar la tutela de los

⁵ S.C.A.S., “Entel con CTC”. Rol 2762-91. 15/0671992. G.J. 144. 74.

derechos fundamentales de terceros – en este caso, derecho a la libre iniciativa económica – obligaría a estos últimos a asumir todas las consecuencias procesales y materiales emanadas de la decisión de órgano jurisdiccional que conozca de su caso, producto de una acción impetrada por una persona no implicada directamente en los hechos denunciados (sin interés actual). De esta manera, la existencia de una “acción popular” vendría a confirmar el hecho de que el Amparo Económico sólo protege el orden económico constitucional, no así el derecho fundamental subjetivo a la libre iniciativa económica, para el cual es necesario un interés actual en los hechos denunciados (tal y como ocurre en el Recurso de Protección).

Por otro lado, si bien contra la sentencia que falle el Amparo Económico procede el recurso de apelación, si ello no acaeciera, la ley establece que dicha sentencia irá obligatoriamente al trámite de *consulta*, el cual será realizado por la Corte Suprema. Este trámite existe en nuestra legislación sólo respecto de los procesos en que se vea comprometido un “interés público”⁶. En consecuencia, lo que aquí se está tutelando no es otra cosa que un interés público (orden público- económico), y no un interés o derecho fundamental del denunciante (libertad en materia económica). Complementariamente, tenemos que en el Recurso de Protección –paradigma de la tutela a derechos fundamentales subjetivos– no se contempla el trámite de la consulta, por no tratar de intereses públicos.

Además, no podemos obviar el contexto político en que la norma de la Ley 18.971 fue promulgada. Su dictación, el 10 de marzo de 1990, un día antes de la entrega del gobierno por parte del régimen militar, denota una intención del legislador de establecer un mecanismo para que los ciudadanos puedan evitar que el Estado o sus organismos asuman actividades empresariales contrariando lo establecido por el artículo 19 en su numeral 21 inciso 2° de la Constitución. Ello, con la finalidad última de impedir que el Estado se aboque a la actividad empresarial en desmedro de los particulares, es decir, prevenir que se produzca una “estatización” de la economía (interpretación histórica).

Por último, no podemos olvidar que el derecho a la libre iniciativa en materia económica (art. 19 N° 21 CPR inc. 1°) se encuentra protegido por medio del Recurso de Protección, y no se haría necesaria una doble tutela.

b) Sin embargo, a partir de 1995, la Corte Suprema modifica su criterio, considerando que la norma de la Ley 18.971 comprende también la protección del primer inciso del artículo 19 N° 21 CPR, que reconoce a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. Ello, habida consideración que la norma en cuestión no ha hecho distingo entre ambos incisos (interpretación literal). La jurisprudencia ha transformado al Amparo Económico en una acción (o proceso) eminentemente *cautelar*, es decir, de amparo del derecho fundamental de libertad económica.

La jurisprudencia ha señalado en sentencia de 1995 que “La acción de amparo fue creada con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que consagra el artículo 19 de la Constitución Política en ambos incisos de su número 21 (...) Del tenor literal claramente manifestado en el texto de la ley N° 18.971, aparece que el recurso ampara la garantía constitucional estableciendo acción popular para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional, ya que no hace distinción entre sus dos incisos”.⁷

Tenemos, entonces, que los presupuestos del recurso en comento varían según se trate de la tutela de lo dispuesto en el inciso primero o segundo de la norma constitucional aludida.

⁶ Por ejemplo, procesos penales, procesos civiles de menores, procesos de hacienda fiscal, etc.

⁷ C.A.S., “Menichetti con Banco del Estado”, R.3.899-94, 26-01-95. G.J.177, 20; R.D.J. 92, 1995, 2.5, 18-23.

Así, respecto al derecho de libertad empresarial, vemos su dimensión *cautelar* o de *amparo*, en que los presupuestos serían los mismos que los del Recurso de Protección, es decir: 1) Peligro de daño y ; 2) Apariencia de derecho o derecho indubitado. En cuanto a la protección del orden empresarial- estatal conforme a derecho, tenemos una dimensión *declarativa*, en virtud de lo cual emerge un contencioso-administrativo de anulación que tiene como presupuesto una infracción legal por parte del Estado o sus órganos al ejercer actividades empresariales.

Además, en cuanto al *sujeto activo*, vemos que ello también varía dependiendo de si lo que se trata de tutelar es el derecho subjetivo o el orden legal.

La ley dispone que “cualquier persona” puede incoar la actividad jurisdiccional para resguardar lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 CPR, es decir, que nos encontramos frente a una “acción popular”. Sin embargo, y a pesar de lo claro del tenor de la norma, ello sólo opera así respecto de la denuncia hecha respecto al incumplimiento del deber de abstención del Estado en el ámbito empresarial –salvo que opere autorización por medio de ley de quórum calificado–, sin necesidad de invocar interés directo alguno. Paradójicamente, respecto al derecho subjetivo de libertad empresarial se requeriría tener un interés directo, lo cual califica la legitimidad procesal en la titularidad del derecho invocado⁸.

Sobre este punto cabe señalar, que con la expresión “cualquier persona” la ley no hace referencia al Estado ni al conjunto de órganos que conforman su Administración, ya que en estricto rigor, los entes del Estado no poseen derechos ni tienen propiedad para usar, gozar y disponer de los bienes que la ley les ha asignado como patrimonio, así como tampoco le asisten libertades para hacer todo aquello que la ley no prohíbe, sino que sólo pueden realizar las actividades que la ley les permite (art. 7 CPR.)⁹. En definitiva, sobre los órganos del Estado radican únicamente las *funciones* o *atribuciones* que el legislador les ha concedido. Por lo anterior, mal podría señalarse al Estado como sujeto reclamante frente a la infracción de su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, siendo que su situación particular ha sido prevista por el inciso segundo del artículo 19 N° 21 CPR.

En último término, y de acuerdo a la distinción realizada, también aparece una diferencia respecto a la figura del *infractor* de la norma. Así, tratándose de un acto que perturbe o amenace el derecho a la libertad en materia económica, el infractor puede ser cualquier persona, es decir, puede serlo el Estado, sus órganos o un particular (persona natural o jurídica); mientras que respecto a la infracción contemplada al inciso segundo de la norma en comento, sólo puede ser infringida por los órganos de la Administración del Estado.

d) Compatibilidad con el recurso de protección.

En un principio, y por aplicación del artículo 306 del antiguo Código de Procedimiento Penal¹⁰, la primitiva jurisprudencia señaló que el Recurso de Amparo Económico no era compatible con otros recursos.

⁸ Zúñiga Urbina, Francisco, et. al. *Acciones Constitucionales*. Editorial NexisLexis Chile. Santiago, 2003. p.220.

⁹ De Rementería, Iván. Acción de Amparo Económico Acerca del Recurrente y el Recurrido. Gaceta Jurídica N° 182. Editorial Jurídica Conosur Ltda. p10.

¹⁰ Artículo 306 (328). Todo individuo contra el cual existiere orden de arraigo, detención o prisión emanada de autoridad que no tenga facultad de disponerla, o expedida fuera de los casos previstos por la ley, o con infracción de cualquiera de las formalidades determinadas en este Código, o sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen, sea que dicha orden se haya ejecutado o no, podrá, si no hubiere deducido los otros recursos legales, reclamar su inmediata libertad o que se subsanen los defectos denunciados.

Sin embargo, tal doctrina cambió a partir de 1995, estimándose que las acciones de Amparo Económico y de Protección son perfectamente compatibles y pueden interponerse conjunta o simultáneamente. De esta manera, se sostiene que el derecho constitucional contemplado en el artículo 19 N° 21 CPR, se encuentra doblemente resguardado.

Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política, el Recurso de Protección se trata de una acción cautelar que protege los derechos individuales, en este caso, la libertad de emprender actividades económicas. Sus requisitos de admisibilidad son: la existencia de una acción u omisión; que aquella sea ilegal o arbitraria y que ello produzca privación, perturbación o amenaza de los derechos indubitados de que es titular el recurrente. Como se sabe, la tramitación de esta acción está entregada a un Auto Acordado dictado al efecto por la Corte Suprema.

Indudablemente, esta acción se ha transformado en un importante instrumento para dejar sin efecto los actos de particulares y de la Administración que importen un menoscabo al derecho a emprender cualquier actividad económica lícita.

Dada la importancia que tienen el orden público económico y, particularmente, las normas que se refieren a la libertad empresarial y a las limitaciones al Estado Empresario, es que se habría considerado conveniente reforzar este derecho con una garantía especial: el Recurso de Amparo Económico. Esta acción, consagrada en la Ley N° 18.971, otorga acción popular para denunciar las infracciones al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. La acción, que puede interponerse dentro de un plazo de seis meses, no tiene más formalidades procesales que las previstas para el Hábeas Corpus.

Sobre la materia, debe señalarse que las acciones de Protección y Amparo Económico tienen evidentemente objetos distintos. En efecto, tratándose del Recurso de Protección, éste cautela la casi totalidad de los derechos individuales consagrados en nuestra Carta Fundamental y que pudieran verse afectados por actos u omisiones arbitrarios o ilegales. La acción de Amparo Económico, en cambio, sólo tiene por propósito garantizar el derecho a desarrollar una actividad económica y, adicionalmente, el estricto cumplimiento de las limitaciones impuestas al Estado para realizar actividades empresariales al tenor de lo preceptuado en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República. Adicionalmente, como lo ha hecho presente el máximo tribunal, no puede olvidarse, que el propio artículo 20 de la Constitución señala que el recurso de protección es “sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales. En efecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema señaló, en fallo dictado en 1998, que “ambas acciones son perfectamente compatibles y pueden interponerse conjunta o simultáneamente”.

Cabe hacer presente que la jurisprudencia reciente ha consignado que el fallo pronunciado en una acción de Amparo Económico es meramente “declarativo” y que, por tanto, no tiene por objeto adoptar medidas para restablecer el imperio del derecho, como sí ocurre en la Protección. El problema de dicha tesis es que transformaría el fallo en una verdadera “sentencia de papel”, lo que importaría un retroceso en materia de defensa efectiva de los derechos de las personas, bien jurídico fundamental cautelado por el constituyente y que se tuvo en mente por el legislador al crear una nueva “herramienta jurídica útil”.

Conforme a todo lo señalado, cabría concluir al respecto que por la importancia del derecho, éste se encontraría doblemente tutelado, tanto por la acción de Protección como por el Recurso de Amparo Económico, ambos procesos cautelares.

Sin embargo, y a pesar de lo sólida que aparece la jurisprudencia y la doctrina a este respecto, surgen una serie de comentarios y dudas.

Cabe señalar que todo lo dicho se construye sobre la base de que el Recurso de Amparo Económico protege lo dispuesto en ambos incisos del artículo 19 N° 21 CPR, en especial en lo referente a la libertad empresarial (inciso 1°), respecto de la cual habría una “doble tutela”, ya que de sostener que sólo se refiere a lo dispuesto en su inciso segundo, no habría tal.

En primer término, puede parecer poco coherente o razonable pensar que por medio del Recurso de Amparo Económico se pueda solicitar la tutela de un derecho fundamental (libertad económica), ya que se establecería por un mismo legislador *una doble tutela procesal privilegiada* para el mismo derecho.

Además, no podemos olvidar el hecho de que la ley claramente habla de un actor “cualquiera”, es decir, de una “acción popular”. Esto haría más claro el hecho de que se está refiriendo a la tutela del orden económico legal respecto a la actuación del Estado (inciso 2°). De sostener que dicha acción popular sirve para proteger intereses de terceros, se vulneraría la construcción liberal garantista de la tutela de los derechos subjetivos, que centra la decisión para solicitar su tutela en el titular de los mismos¹¹.

Aun cuando pudiéramos aceptar el hecho de que es posible proteger derechos fundamentales subjetivos por medio de acciones populares, o sea, que en ellos subyace un interés público – como principios que inspiran al Ordenamiento Jurídico y al sistema democrático –, la protección de estos derechos en su ámbito público debiera corresponder al Estado y a sus órganos (como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo) y no a cualquier ciudadano¹², de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5 CPR¹³.

Y aunque, a pesar de todo lo anterior, se permitiera una tutela de derechos fundamentales por medio de una acción popular, además del procedimiento especial del Recurso de Protección, digamos, por ejemplo, con el fin de dar una mayor tutela de dichos intereses, entonces, me surge la duda de ¿por qué sólo opera respecto del derecho a la libertad en materia económica? y ¿por qué no se hace lo mismo con otros derechos de singular importancia como lo son el derecho a la vida, a la libertad individual y la igualdad ante la ley? No creo que ello sea por la entidad de los derechos en cuestión, ya que me parece que si tuviéramos que hacer una escala de los derechos constitucionalmente reconocidos, sin desmerecer la gran importancia de la libertad empresarial, no es éste el más fundamental de aquellos. Entonces, ¿por qué dejar derechos de tal relevancia entregados a la tutela particular del Recurso de Protección como único procedimiento de urgencia?

Por otra parte, surgen interrogantes sobre el hecho de por qué se habría establecido por el legislador una acción o procedimiento que cautela intereses constitucionales por medio de una ley, y no fue establecido directamente en la Constitución.

Un aspecto diferente pero íntimamente relacionado, es la cuestión relativa al carácter del objeto del Amparo Económico. De esta manera, frente a la afirmación de que estaríamos frente a un proceso de naturaleza cautelar, se ha dicho que en realidad se trata de un proceso *declarativo*, por cuanto lo que se intenta es condenar a una empresa u órgano del Estado a la abstención o prohibición de realizar determi-

¹¹ Bordalí Salamanca, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Fallos del Mes. Santiago, 2003. p 223.

¹² *Op. cit.* p 224.

¹³ *Artículo 5.* La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

nada actividad económica. Por lo tanto, si el actor popular considera vulnerado su derecho a la libre empresa, siempre tiene abierta la vía del Recurso de Protección para obtener una medida cautelar rápida y efectiva (Orden de no innovar o Suspensión).

Claramente, todas las interrogantes planteadas surgen a partir de la discusión que me parece central, sobre *qué es lo tutelado por el Recurso de Amparo*.

Tal vez la respuesta reside en el hecho de que el Amparo Económico no se refiere en realidad a la tutela del derecho subjetivo público contenido en el art. 19 N° 21 inc. 1° CPR, pero entonces, surge una interrogante mayor respecto a *¿qué es aquello que tutela el Amparo Económico que haría coherente todas sus normas y acabaría con la discusión?*

Comentarios y tesis propuesta por el investigador

Tras la exposición de la problemática suscitada y brevemente descrita, nos damos cuenta que el adscribir a una u otra de las dos posturas reseñadas cambia radicalmente el espectro sobre el cual realizamos el análisis de las normas que informan al Recurso de Amparo Económico.

El problema central radica en el hecho de que sin importar qué posición adoptemos, la solución final será siempre insatisfactoria o, a lo menos, parcialmente incompatible con el mandato literal del legislador.

Así, si aceptamos como nuestra la tesis de que el artículo único de la Ley 18.971 se refiere sólo a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental, es decir, a evitar que el Estado y sus órganos ejerzan una actividad empresarial salvo que ello sea autorizado por medio de una ley de quórum calificado, debemos hacernos cargo del hecho de que la norma legal citada no hace distinción alguna cuando se refiere al artículo constitucional en comento, lo cual se ve reforzado por el aforismo jurídico que dice que “donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”. Además, está el hecho de que la jurisprudencia de los últimos años (desde 1995 a la fecha) ha sido uniforme al reconocer que esta acción (o proceso) se refiere a ambos incisos de la norma constitucional.

Por otra parte, si sostenemos que el Amparo Económico se refiere tanto al orden legal económico de Estado (inciso 2°) como al derecho fundamental subjetivo de libre iniciativa económica (inciso 1°), debemos considerar el hecho de que la ley tampoco distingue entre estas normas al momento de establecer los requisitos del sujeto activo que entabla la acción ante el tribunal respectivo, por lo que o debemos aceptar que hay una acción popular que tutela un derecho fundamental, o bien, que se requiere tener un interés actual en dicho caso, lo cual es contrario a lo dispuesto por el legislador (habría una interpretación *contra legem*).

Una análisis similar cabe respecto al carácter cautelar o declarativo del Amparo Económico así como de su compatibilidad con el Recurso de Protección.

Es por ello que vengo en presentar una interpretación particular de las normas que son objeto de nuestro estudio, con el afán de darles coherencia e intentar soslayar las críticas que es posible hacer a las teorías que actualmente se plantean para dar solución a este conflicto de interpretación legal y constitucional.

Sostengo, que de acuerdo al tenor literal de la norma contenida en el artículo único de la Ley 18.971, al remitirse al artículo 19 N° 21 de la Constitución, se refiere a *ambos incisos*, por cuanto no hace distinción alguna.

Respecto a las características que dicha ley preceptúa para el sujeto activo, creo que se refiere a una *acción popular*, tanto en lo que dice relación con el inciso primero como con el segundo de la norma constitucional, en virtud de que el precepto legal tampoco distingue entre estos casos.

En lo relativo a la compatibilidad con el Recurso de Protección, ambos son perfectamente compatibles, pero no por haber una doble tutela sobre un mismo derecho, sino porque su objeto es completamente *distinto*, con lo cual cada una de estas acciones o procesos será el indicado respecto de su objeto determinado.

Así, y para que todo lo anterior cobre sentido, sigo sosteniendo lo que se ha dicho sobre la aplicación del Amparo Económico en relación con el inciso segundo del precepto constitucional; sin embargo, propongo que respecto del inciso primero de dicha norma, la tutela se refiere a la *libertad de iniciativa en materia económica*, pero no como un derecho fundamental subjetivo, sino como un *valor o principio de rango constitucional*, lo que se traduciría en la protección de la *Libre Competencia* como fundamento del ideal del *Mercado Perfecto*. El respeto hacia este valor o principio puede ser perseguido por cualquier persona, aunque no tenga un interés actual en los hechos que denuncia, por cuanto su mantenimiento le asegura tanto a él como a la sociedad toda, la posibilidad de desarrollarse libremente dentro del sistema económico imperante en nuestra sociedad – tendente al libre mercado – que, a su vez, es el establecido por nuestra Constitución y además sería coherente con el legislador al momento de dictar la norma legal.

Con esta interpretación, se tendería hacia una tutela más comprensiva del Orden Público Económico, no sólo enfocado al aseguramiento de un ámbito de desarrollo de la actividad económica y empresarial para los particulares, sino que también en lo que dice relación con el resguardo de las reglas de una sana competencia entre éstos.

Además, cabe señalar que ello no es incompatible con la posibilidad de recurrir a otras vías para obtener el respeto y el amparo del orden económico, tal y como lo son las denuncias o requerimientos hechos a los órganos del Estado establecidos con tal propósito – léase Comisiones Preventivas, Comisión Resolutiva, Fiscal Nacional Económico –, con lo cual vendría a constituir al Amparo Económico en una medida de carácter *cautelar*, para obtener una resolución rápida a situaciones que nos pueden afectar a todos en mayor o menor medida, sin dejar de lado los procedimientos de lato conocimiento que correspondan.

Por último, y sin querer entrar en detalles, debo mencionar el que si bien no se ha logrado precisar el verdadero contenido del principio de la Libre Competencia, son elementos necesarios para su consecución el que haya *autonomía* de los sujetos que participan en el mercado, lo que se traduce en una decisión libre sobre qué, cómo, cuánto y para quién producir; así como *igualdad* entre estos, consistente tanto en igualdad de oportunidades, como igualdad para entrar y salir del mercado y no supeditar sus decisiones a su mayor o menor poder económico. No puedo dejar de mencionar que para dar contornos claros a un concepto de contenido indeterminado como lo es la Libre Competencia, se ha recurrido a la noción de Mercado Relevante¹⁴.

¹⁴ La Comisión Resolutiva, para precisar el concepto de Libre Competencia, recurre a dos elementos: 1) Determinación del Mercado Relevante (bien o mercancía de que se trata, y un criterio geográfico sobre la existencia de sustitutos o bienes provenientes del extranjero) y; 2) Aplicación de los Indicadores de Competencia (Estructura del mercado; Comportamiento de los sujetos; Resultados obtenidos).

Con estas ideas concluyo mi análisis, y sin pretender zanjar el problema suscitado a partir de una normativa poco clara o con reglas aparentemente insuficientes, espero haber planteado una alternativa válida de interpretación que sirva como guía para entender de una manera coherente las normas que fueron objeto de este breve estudio.

Conclusiones

- I. La norma contenida en el artículo único de la Ley 18.971 resulta poco clara al referirse a la infracción cometida contra el artículo 19 N° 21 CPR, lo cual ha derivado en interpretaciones diversas e incompatibles entre sí.
- II. Una real solución al problema planteado no es otra que una reforma legal que solucione tal situación, dejando en claro qué es lo tutelado por el Amparo Económico y zanjando de una vez por todas el problema.
- III. Mientras que lo anterior no acontezca, se hace necesario por parte de la doctrina y jurisprudencia darle su verdadero sentido y alcance, pero ello debe hacerse teniendo en vista la norma en cuestión para no caer en construcciones artificiosas o abiertamente contrarias al texto de la ley. Ello porque ambas posturas planteadas a este respecto implican resultados que claramente el precepto de la Ley 18.971 no contempla y que dudosamente admite.
- IV. Así, considerar que el Amparo Económico sólo se refiere al régimen legal de la actividad empresarial de Estado y no a la libertad empresarial, implica desconocer el tenor literal de la norma que lo establece, siendo que ésta no hace distinción alguna entre estos.
- V. Por otro lado, si bien sostener que la norma legal abarca ambos incisos del art. 19 N° 21 CPR. se condice con el texto de la ley, para aplicarlo a su inciso primero, entendiendo que se refiere al derecho fundamental subjetivo de libertad económica, se hace necesaria una serie de cambios a los requisitos exigidos al sujeto activo, lo cual es también contrario al tenor literal de la Ley 18.971 que establece una “acción popular”, sin distinguir tampoco en uno y otro caso.
- VI. Además cabe señalar, que resulta a lo menos controversial el sostener que sobre el derecho a la libre iniciativa en materia empresarial habría una “doble tutela”, otorgándole la ley dos procedimientos procesales de urgencia (Protección y Amparo Económico). Ello teniendo en cuenta, en primer lugar, que se estaría dando protección especial a un derecho reconocido constitucionalmente por medio de una ley y, en segundo lugar, que ello no ocurre con otros derechos de primordial importancia en nuestro ordenamiento jurídico, tal como el derecho a la vida, a la libertad individual o a la igualdad ante la ley.
- VII. Por último, y si bien sólo se trata de una idea incipiente, el considerar que el Recurso de Amparo Económico al proteger lo dispuesto en el inciso 1° del art. 29 N° 21 CPR. se refiere a la Libertad Económica como principio o valor, el cual se traduce en la Libre Competencia (Mercado Perfecto), sirve para soslayar en gran medida los conflictos interpretativos planteados al respecto, ya que se condice con el tenor literal de lo dispuesto por la Ley 18.971, tanto en lo que hace referencia a la no distinción entre los dos incisos de la norma constitucional, como en lo referente al establecimiento de una “acción popular”, ya que no se estarían tutelando intereses individuales sino públicos, lo cual nos compete a todos. Esto último se ve reforzado con la obligatoriedad del trámite de consulta, que

opera cuando hay intereses públicos comprometidos. Además, sirve para resolver el problema de la compatibilidad del Amparo Económico con el Recurso de Protección, en cuanto tutelan intereses diversos, lo cual permite a los ciudadanos recurrir a uno u otro, según si corresponde a la infracción del Orden Público Económico (tanto en su protección del ámbito privado empresarial, como del mantenimiento de las reglas de una competencia limpia entre los particulares) o a la infracción de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Referencias bibliográficas

- Navarro Beltrán, Enrique. *El Recurso de Amparo Económico*. www.lexisnexis.cl/Contenido/Legal/Doctrina
- Bordalí Salamanca, Andrés. *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Fallos del Mes. Santiago, 2003.
- De Rementería, Iván. *Acción de Amparo Económico Acerca del Recurrente y el Recurrido*. Gaceta Jurídica N° 182. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Guzmán Suarez, Lionel. *Paralelo entre el Recurso de Protección y Recurso de Amparo Económico*. Gaceta Jurídica N° 224. Editorial Conosur Ltda.
- Zabala O., José Luis. *Amparo Económico: una Acción Desvirtuada*. Gaceta Jurídica N° 249. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Zúñiga Urbina, Francisco. *Constitución y Amparo Económico*. Gaceta Jurídica N° 145. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Zúñiga Urbina, Francisco *et. al. Acciones Constitucionales*. Editorial NexisLexis Chile. Santiago, 2003