

ACERCA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL ESTADO

ABOUT THE VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN ECONOMIC ACTIVITIES IN THE STATE

*Elio Segovia Olave**

Resumen

En el presente trabajo el autor se introduce en el debate acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la actividad del Estado Empresario en el art. 19 N° 21 de la Constitución, aquí presenta por un lado a las posturas que lo afirman y por otro lado los argumentos con que lo niegan, en seguida cuestiona ambas opiniones tratando de presentar una propia, para finalmente buscar solucionar el problema de fondo proponiendo una interpretación al texto señalado y manifestar su apreciación acerca del debate.

Palabras clave: Principio de Subsidiariedad, Estado Empresario, Orden Público Económico, Derecho Constitucional.

Abstract

In this paper, the author enters the debate about the validity of the Principle of Subsidiarity in the Business State Activity in the art. 19 No. 21 of the Constitution. Here presents on one hand the positions that claim it and on the other hand the arguments that deny it, then questions both opinions trying to present their own, to finally seek to solve the underlying problem proposing an interpretation of the text indicated and express their appreciation about the debate.

Key words: Principle of Subsidiarity, Business State, Economic Public Order, Constitutional Right.

* Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Arturo Prat. Artículo recibido el 23 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 27 de febrero de 2017. Correo electrónico: elio.segovia@outlook.com

Introducción

La clásica distinción de los poderes o funciones del Estado, ejecutivo, judicial y legislador, es un tópico bastante asumido por la mayoría de los estudiosos del derecho público. Dicho lo anterior, pretendemos aquí dejar en claro que se trata de las actividades aceptadas como naturales, necesarias o propias de los Estados, y que *a contrario sensu* existen otras actividades, las que sin ser de su naturaleza, éste vendrá en ciertas ocasiones a tener que realizarlas. De esta manera damos introducción al concepto de lo que es la subsidiariedad del Estado, y con ello del Principio de Subsidiariedad. En ese sentido debemos precisar qué se entiende por el mismo y como es que viene a ser parte de y a regir la actividad estatal. Para tales efectos seguiremos a la doctrina clásica de la subsidiariedad, prolijamente expuesta por Eduardo Soto Kloss¹, en tanto y en cuanto el respectivo principio da cuenta de la ordenación de la comunidad, siendo de tal manera que el hombre naturalmente social viene a erigir comunidades desde la más básica y fundamental que es la familia, hasta la más compleja y última que viene a ser el Estado, de ello entendemos que las agrupaciones que se encuentran entre las familias y el Estado son los llamados grupos intermedios, y que todas éstas y en conjunto forman una jerarquía social que es funcional acerca de su modo de acción, en ese sentido el Estado tendría que encontrarse en la cúspide de la mencionada jerarquía, y por ello tendrá que actuar solo cuando sea necesario. Eso es la subsidiariedad del Estado, y como el propio término refiere, es algo que va en auxilio o en ayuda, y el Estado, que no sería más que un medio, debe proveer de esa ayuda para cuando esta fuere necesaria, pero solo cuando fuere necesaria y respetando como limitación a la autonomía e independencia de los grupos intermedios que lo separan de la persona; en términos definitivos el citado autor conceptualiza el Principio de Subsidiariedad de la siguiente manera:

“...es aquel en cuya virtud la asociación ‘mayor’ ha de acudir en auxilio, en ayuda, como refuerzo de aquella ‘menor’, para sostenerla y permitir que realice su actividad propia y específica, si en determinado momento se encuentra en dificultades para desarrollarla, y llevar a cabo de manera eficiente, sin sobresaltos ni peligros de extinción o desaparición de la trama social”.

Cabe ahora referirnos acerca del principio y su oportunidad respecto de la economía de un país. A su propósito vale precisar el contexto del

¹ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo, temas fundamentales*, pp. 109-132.

derecho y la actividad económica, en esto nos referimos al OPE, siendo éste entendido como el conjunto de normas y principios de derecho público que existen en un país y que representando sus valores vendrán a regir las relaciones económicas, o de otra manera a la forma en que los grupos detentadores del poder del Estado van a reglamentar su economía conforme a su propio pensamiento². Respecto de cómo un Estado va a intervenir en la economía, constatamos que existen para ello dos vías de hacerse partícipe de las relaciones económicas de la Nación, la principal es aquella en que despliega su poder regulador a través de normas jurídicas en la materia, y por otro lado la participación directa como un actor más de los mercados o un agente económico, sea esto como un productor o un comercializador de bienes y servicios. De todas maneras en ambos sentidos el Principio de Subsidiariedad vendrá a ordenar y racionalizar la actividad del Estado y a guiar su poder normativo en la economía, para que así éste vaya dirigido solo a suplir y en ayuda de los particulares cuando éstos lo requieran, mientras les permita actuar por sí mismos. Con todo, su mayor importancia la adquiere en la actividad económica del Estado, es decir, cuando actúe como un agente de los mercados en lo que se conoce como el Estado Empresario, el que conforme a la aplicación del señalado principio solo debiera desplegarse cuando la sociedad no pueda darse la satisfacción de sus propias necesidades y requiera de la ayuda y suplencia estatal.

Aun dicho lo anterior, sobre el Estado Empresario en Chile, ha surgido la discusión acerca de si realmente se encontraría esta actividad o no regida por el Principio de Subsidiariedad. Previo a entrar en el debate consignamos que el Estado Empresario posee su propia regulación constitucional, la que será enunciada brevemente a continuación.

Regulación del Estado Empresario en Chile

Aclarados los conceptos sobre el Principio de Subsidiariedad y el Estado Empresario, la discusión de que trata el presente trabajo nos lleva a ahondar en su regulación constitucional, siendo la misma por la cual presentaremos el debate doctrinario a propósito de la validez del mencionado principio.

Específicamente la actividad empresarial o económica del Estado se encuentra contenida en el art. 19 N° 21, inc. 2°, el que señala:

² Esteban PEREIRA FREDES, "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización", pp. 157-171.

“La Constitución asegura a todas las personas: 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 solo 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”.

El texto transcrito y sometido a una somera lectura nada nos informa acerca del Principio de Subsidiaridad, ni menos por supuesto a que la actividad empresarial del Estado se encuentre determinada por el mismo, en su lugar coloca algunas exigencias específicas como la aprobación mediante ley de quórum calificado, por eso hasta aquí parece ser más una excepción al Principio de la Subsidiaridad del Estado, de tal forma que esta materia se encontraría regida por otros principios y/o normas. Aun con todo ello y basados en distintos argumentos se ha insistido en la vigencia de este principio, situación que será detallada en el siguiente apartado, pero antes, y en forma breve, revisaremos la historia de la existencia de este texto, y de por qué se omitió la alusión al principio.

En cuanto a la historia del establecimiento de la citada norma, corresponde dejar en claro que fue en el contexto de grandes cambios institucionales que ocurrieron en el país. Bien conocida nos resulta la situación de 1973, el grave quiebre institucional que llevó al gobierno a ser derrocado, pues el mismo no solo sobrepasaba la legalidad, sino que bajo su visión en extremo estatista y dirigista intentó subsumir todas las actividades sociales bajo su control e ideología, entre ellas, por supuesto, las actividades económicas, lo que mantuvo sumido al país en una profunda crisis económica y social con altas tasas de inflación, desempleo y escasez³. Al paso de lo anterior le sobrellevó un gobierno militar que accedió al poder tras derrocar al primero, de esta manera fue que se produjeron nuevos y profundos cambios institucionales en la estructura estatal de la Nación, así y de una forma casi dialéctica este gobierno militar tomó una posición diametralmente opuesta sobre la función del Estado en la sociedad, de tal manera que estos cambios institucionales fueron tendientes a reducir a la más mínima expresión la acción del Estado. Con respecto a lo anterior cabe mencionar al menos tres hitos de este proceso, en primer lugar la declaración de principios del gobierno en que se mantiene adhesión al Principio de Subsidiaridad y que-

³ Véase detalladamente la situación política y económica en Mauricio SCHIAPPACASE, Ernesto MEDALLA, Francisco SÁNCHEZ, *Allende y Pinochet. Las verdades olvidadas*.

da en igual posición frente a otras categorías, como la libertad económica; seguidamente la frondosa legislación que dictó el gobierno en ejercicio del poder legislativo, particularmente aquella que versó sobre materias económicas y que se mantuvo ceñida a una doctrina de libertad económica y de emprendimiento junto al retiro de la acción estatal⁴. Finalmente la dictación de una nueva Constitución, la que se encomendó a cargo de un grupo selecto de juristas, quienes efectivamente discutieron sobre la conveniencia de introducir al Principio de Subsidiariedad como orientador de la actividad económica, de ellos particularmente Jaime Guzmán fue quien promovió la inclusión del principio como parte del contenido económico del texto y que encabezara un capítulo especial sobre el asunto, sin embargo su idea fue rechazada por considerarse que haría del texto en que trabajaban una “constitución doctrinaria”, objeción que tuvo acogida y por lo que se omitió cualquier referencia expresa del mismo, de tal manera que pasando por los trámites sucesivos terminó con la configuración que tiene hoy⁵. Mención aparte requiere la orientación filosófica, política y hasta económica de quienes llevaron a cabo estos cambios desde el gobierno, así vale dejar en claro que se encontraban imbuidos por el pensamiento económico de la Escuela de Chicago, y que al propio Jaime Guzmán se le señala el haber sido su portavoz en los trámites constitucionales⁶.

Con el antecedente expuesto, el contenido de la Carta Fundamental generó de todas maneras una gran polémica acerca de la procedencia del Principio de Subsidiariedad en la actividad económica del Estado.

*Discusión actual acerca de la vigencia
del Principio de Subsidiariedad
en el derecho constitucional económico chileno.*

A propósito del texto citado surgieron distintas interpretaciones y posturas, siendo así que desde un comienzo y en el propio gobierno se intentó

⁴ Véase aquí una explicación de la obra legislativa de a comienzos del gobierno militar, y de su inclinación por principios de la libertad económica y libre iniciativa privada: Gustavo FIAMMA, “Los principios generales que conforman el actual ordenamiento jurídico público chileno”, también el texto de Rolf Lüders en que se refiere acerca de la aplicación de la economía neoclásica y el Principio de Subsidiariedad en el nuevo orden institucional, Rolf LÜDERS, “El modelo económico chileno y la subsidiariedad”.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la ley “Artículo 19 N° 21 de la Constitución”*.

⁶ Renato CRISTI, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, p. 12.

rectificar la omisión al Principio de Subsidiaridad integrándolo mediante una ley interpretativa, situación que no prosperó. Con el pesar del señalado antecedente, varios juristas aun insistieron en la validez del principio y su pertinencia sobre el citado artículo, a estos autores y sus posturas los clasificamos en las categorías que incluyen a las doctrinas o teorías positivas, debido a que sostienen este concepto, y a su turno como posturas negativas a quienes dan rechazo al discutido principio y que presentamos respectivamente en lo que viene del texto.

1. TEORÍAS POSITIVAS

Sustentadas en la historia fidedigna de la norma y en los fundamentos teóricos del mismo principio, surgen las teorías que llamamos positivas, éstas vienen a aplicar el Principio de Subsidiariedad al realizar su interpretación del art. 19 N° 21, relacionando este a otros artículos de la Constitución. Para entrar a su análisis procederemos a subclasificar esta vez sobre la base de un punto mayor, y que se refiere a las posturas que existen acerca del OPE, debido a que para quienes afirman la vigencia del Principio de Subsidiariedad el mismo viene a ser un elemento fundamental, típica y característicamente perteneciente a él⁷, por lo cual resulta necesario para su comprensión y aplicación. Junto a lo anterior constatamos que en la historia del derecho constitucional económico, originalmente estas posturas se clasificaron en dos, siendo la noción funcional y la noción material del OPE, las que subsistían antes de la Constitución de 1980, y luego a propósito de esta misma se formuló el tercer estadio del concepto, la noción situacional⁸. Respecto de las posturas indicadas solo nos referiremos a las dos últimas, puesto que la concepción funcional del OPE es anterior a la actual Constitución, por lo que no es de importancia para el presente estudio.

a) Tesis Materiales

El segundo estado en la evolución de las teorías sobre el OPE, lo constituyen aquellas denominadas tesis materiales, siendo que éstas, para el presente trabajo, envuelven una real importancia por haber sido una gran influencia en la jurisprudencia nacional, y ser objeto de muchas críticas de parte de nuevas posturas sobre el OPE. Para esta línea lo relevante es

⁷ Juan GARCÍA AGUILERA, *La Libertad Económica en la Constitución Política de 1980*, p. 25.

⁸ Miguel SCHÜRMAN, “Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica”; Víctor Manuel AVILÉS, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, pp. 194-211 y Juan Pablo TORRIJO, “Orden público económico y constitución económica”.

el contenido del OPE, de tal forma que en él se pueden encontrar componentes de diversa jerarquía normativa, y por ello es observado como una especificación dentro del Orden Público general del derecho, en el que vendrían a entrar tanto elementos de derecho público como privado⁹. El principal exponente de esta postura es José Luis Cea, quien aparece recurrentemente citado tanto por otros estudiosos (*v. gr.*: Zavala y Morales¹⁰; Verdugo, Pfeffer y Nogueira¹¹), como por la propia jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (que en general han adoptado su visión del OPE¹²); para él, este OPE se trataría de una novedad de la Constitución, y lo conceptualiza como

“El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”,

además le observa varios elementos, como lo serían la organización económica del país, sobre los cuales deberá moverse la ley, asimismo que una de sus disposiciones que se presenta en la Constitución es la Libertad de Emprendimiento del art. 19 N° 21, y por último que la definición alude a la regulación económica, en el sentido de que regular significa

“dictar normas que permitan o hagan posible el ejercicio libre y ordenado del derecho... no es sinónimo de impedir ni de prohibir el ejercicio de los atributos públicos subjetivos”,

y será por ello que ésta se ejercitará mediante la Ley y la Constitución¹³. En cuanto al Principio de Subsidiariedad, a él se refiere a propósito del art. 1° , específicamente al inciso 3, en lo que al hablar sobre la sociedad y los grupos intermedios indica que

“...en torno a tales grupos se articula uno de los principios matrices de la Constitución... (El Principio de Subsidiariedad) de iniciativa y labor pública correlativo al principio de prioridad del no Estado, o Sociedad Civil, incluyendo a los grupos y personas”¹⁴.

⁹ AVILÉS, *op. cit.*, pp. 203-205.

¹⁰ José LuíS ZAVALA ORTÍZ y Joaquín MORALES GODOY, *Derecho Económico*, pp. 20-24.

¹¹ Mario VERDUGO, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, pp. 296-300.

¹² Enrique NAVARRO, “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, pp. 99-119; y Juan GARCÍA, *op. cit.*, p. 30.

¹³ José LuíS CEA, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo 2, pp. 501-508.

¹⁴ *Ibid.* tomo 1, pp. 177-181.

Mientras que sobre la interpretación del art. 19 N° 21 indica que este contiene el Derecho a Desarrollar Actividades Empresariales, y “Se trata de uno de los atributos públicos subjetivos definitorios del Orden Público Económico”, asimismo manifiesta la importancia de relacionar éste con el artículo anteriormente ya mencionado, específicamente con sus incisos 1°; 3°; 4° y 5°; a su respecto señala que al estar el derecho de los privados a realizar actividades económicas contenido en el primer inciso del artículo 19 N° 21, goza el sector privado de una prioridad constitucional sobre la actividad económica del Estado, puesto que éste, el Estado Empresario, queda desplazado al inciso siguiente, otorgándole el carácter manifiestamente subsidiario, y con todo ello también queda desplazado a un segundo plano el Estado como regulador de la actividad económica¹⁵.

b) Tesis Situacionales

Como última categoría de posturas en esta clasificación nos encontramos con las tesis llamadas situacionales, estas contienen como piedra angular el concepto de Orden, el que es concebido como una situación concreta dentro de los fenómenos sociales y que como tal viene a perseguir los fines comunes de la sociedad¹⁶. Específicamente aquí nos referiremos a la posición de Arturo Fermandois, ya que es reconocido por la crítica como el representante de la postura más fuerte que da sustento al principio en cuestión¹⁷. Fermandois, imbuido en un enfoque de carácter “libertario” del Derecho Constitucional Económico, busca otorgar una nueva concepción de OPE en la que se realce la importancia de las garantías constitucionales de carácter económico, con ello se aleja de concepciones más tradicionales y consideradas por él como apegadas a visiones reguladoras, planificadoras y “afrancesadas”; de esta manera señala que

“no es admisible que el OPE sea una idea neutra, meramente funcional desligada de las opciones libertarias y subsidiarias de nuestra institucionalidad”,

así lo concibe como

“...el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidia-

¹⁵ *Ibid*, tomo 2, pp. 525-533.

¹⁶ Víctor Manuel AVILÉS, *op. cit.*, pp. 188-189.

¹⁷ SCHÜRMAN, *op. cit.*

rio, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”¹⁸.

Es en este contexto que el Principio de Subsidiariedad se erige como un elemento central de su concepción de OPE¹⁹, y con ello además recibe el carácter de ser un principio rector del orden social, de esta manera Fernandois pretende enlazarse a una filosofía iusnaturalista que descansa en la primacía del hombre por sobre el Estado, con lo que se entronca a toda la tradición católica de su doctrina social, y que reconoce como la redescubridora de esta concepción²⁰, siendo así que recoge la definición de subsidiariedad de la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, la que expresa que:

“Como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto... entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores o inferiores pueden hacer”,

y manifiesta:

“Esta simple frase envuelve una completa concepción filosófica que irradia su influencia sobre el poder estatal y las garantías constitucionales de nuestra Magna Carta de 1980”²¹.

Es por todo ello que para la realización de una actividad por parte del Estado, naturalmente correspondiente al individuo, Fernandois identifica la existencia de ciertos requisitos que deberá cumplir para entrar a efectuar la referida actividad, éstos son:

- i) Que se trate de fines individuales que sean consecuentes con el Bien Común.
- ii) Que los particulares no estén logrando adecuadamente esos fines o derechamente estén inexistentes en dicho ámbito, y
- iii) Que el Estado haya agotado todos los medios posibles para que los particulares asuman esos espacios.

Asimismo señala que el Estado, ya en esa posición y una vez cumplidos los antedichos requisitos, viene a adquirir como obligaciones, el

¹⁸ Arturo FERNANDOIS, *Derecho Constitucional Económico*, pp. 71-74.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, pp. 24-25.

²¹ *Ibid.*, p. 89.

desempeñar la actividad subsidiariamente tendiendo a que los particulares deban asumirla; y una vez que se cumpla, se retire para permitir que estos particulares actúen en su natural espacio²².

De esta manera y a propósito de la interpretación del artículo 19 N° 21 inciso 2°, el autor señala que este les confiere a las personas una doble garantía; que el Estado no actúe y otra que si actúa, sea siempre en la medida que el Principio de Subsidiariedad lo requiera. Así con respecto a la primera garantía él identifica la existencia de 5 “subgarantías”, las que se erigen en la forma de cada uno de los imperativos de requisito que impone el constituyente para dar paso a la actividad económica del Estado (ley, quórum calificado, especialidad del negocio, sometimiento a la legislación común y que las excepciones a esta última consten en la ley habilitante); esta interpretación implica analizar la mencionada norma desde un enfoque del individuo, puesto que es él quien tiene la preferencia constitucional para actuar, por ello Fernandois indaga en la razón de que el individuo tenga esta preferencia para llevar a cabo actividades económicas, y de que el Estado Empresario se encuentre reservado solo para cuando el ya mencionado principio lo exija, la respuesta la busca a través de puntos filosóficos, históricos y de texto. Desde una perspectiva histórica se remite a la discusión de los comisionados, quienes dejaron en claro que el Estado no puede ejercer la garantía contenida en el inciso primero de este numeral; con respecto al vocablo “solo”, Fernandois explica que es por esto que la regla general no es el Estado Empresario, sino la actividad empresarial del particular, puesto que el primero requiere satisfacer de la exigencia que aparece luego del referido término. Con respecto a los imperativos de requisitos que da el constituyente al Estado Empresario él los califica como “formales”, siendo el requisito sustantivo para este el Principio de Subsidiariedad, el que por no encontrarse expreso puede ser correcta o incorrectamente apreciado por los legisladores, sobre ello Fernandois manifiesta que

“La autorización legislativa en cada caso para el Estado Empresario, es la única forma de armonizar el N° 21 con el genuino rol subsidiario del Estado”²³.

2. TEORÍAS NEGATIVAS

Para exponer de las doctrinas que niegan la vigencia del Principio de Subsidiariedad, procedemos esta vez de forma distinta, así incluimos en

²² *Ibid.*, pp. 90-91.

²³ *Ibid.*, pp. 218-227.

una sección los argumentos con que se rechaza el Principio de Subsidiariedad, siempre con la debida referencia a los autores que los sostienen, y en una sección distinta iremos consignando las propuestas que dan para reemplazar el espacio que vendría a dejar la inexistencia del principio.

a) Razones con las que se esgrime rechazo al Principio de Subsidiariedad

- i) La doctrina que le presta sustento se trataría de una ideologización del contenido del texto constitucional. La postura mencionada es sostenida por Pablo Ruiz-Tagle²⁴, para quién este “...no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional, sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro...” por lo que termina por sustentar decisiones judiciales arbitrarias, puesto que finalmente son solo la extrapolación de una ideología y de posturas valorativas a un debate que debiera ser estrictamente jurídico²⁵.

Por otro lado y en similares términos, Miguel Schürmann²⁶ objeta las doctrinas positivas porque éstas vendrían a sustraer un debate político, al que se impone una visión de cierta ideología, legitimándola con el poder de un argumento de las ciencias jurídicas, a tal punto que llega a decir que:

“Lo que disimuladamente busca Fernandois, y todos los que interpretan el precepto constitucional de este modo, es captar la Constitución e interpretarla según su ideología política actuando como un agente político más, y no como jurista, intentando conseguir una protección adicional a su postura”.

También adhieren Vallejo y Pardow a este argumento, en el sentido de manifestar que el argumento *originalista* de presentar la opinión de los comisionados como razón suficiente para la sustentación del principio, sería algo que en cierto sentido revestiría caracteres mitológicos, ya que los presentan como si tratasen de verdaderos héroes, con la sola finalidad de impregnar de su posición política al texto de la Constitución, y con ello lograr

²⁴ Renato CRISTI y Pablo RUIZ-TAGLE, *La República en Chile*, pp. 323-340.

²⁵ El trabajo citado corresponde a la obra que en coautoría redacto con quien se indica, sin embargo la postura aquí referida es solo del señalado, quién ya la venía trabajando en anteriores publicaciones y de las cuales es frecuentemente citado.

²⁶ SCHÜRMAN, *op. cit.*

que el Estado termine por ocuparse solo de los malos negocios, señalan los autores que “...*la fórmula conservadora busca reestablecer doctrinariamente un principio constitucional de prevención del socialismo, al tenor del antiguo artículo 8° de la Constitución política de 1980*”; conjuntamente ellos mismos esgrimen que el fundamento *originalista* les jugaría en contra a los que lo sostienen, debido a que el mismo principio fue ampliamente rechazado en varias partes de su historia²⁷.

- ii) El Principio de Subsidiariedad ha sido frecuente en distintas doctrinas, por lo que puede ser fácilmente usado por cualquier ideología, y conlleva a que interpretar alguna norma con éste sea poco preciso, idea a la que se adhiere principalmente Eduardo Niño Parada, al describir las variaciones que ha tenido el uso de este principio, habiendo sido parte de programas que actualmente pueden ser considerados como estatistas, y otros como abstencionistas²⁸.

Pablo Ruiz-Tagle aquí adhiere también cuando señala que el cuestionado principio es una “forma ideológica variable”.

- iii) Falta de justificación en la historia fidedigna de la disposición para con el cuestionado principio. Eduardo Niño Parada aquí se refiere al hecho de que este haya estado presente en los numerosos instrumentos del gobierno que dictó la actual Constitución, ante lo cual señala que

“...puede ser considerado como un principio importante del Gobierno Militar, pero no un principio fundamental del Estado consagrado en la Constitución...”

y ello acentuado por la reticencia de los comisionados para su incorporación en el texto²⁹.

De la misma forma Vallejo y Pardow critican el señalado argumento *originalista*, en el sentido de que los defensores del Estado subsidiario presentan tanto problemas de coherencia como de legitimación, para argumentar sobre la historia del artículo, lo primero pues en la indicada existen más antecedentes para negar al señalado principio, ya que los comisionados terminaron por descartar las propuestas de su inclusión, y de la misma forma

²⁷ Rodrigo VALLEJO y Diego PARDOW, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, pp. 135-156.

²⁸ Eduardo NIÑO PARADA, *La vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial del Estado*, pp. 7-39.

²⁹ *Ibid.* pp. 40-68.

señalan los autores, que de haber sido tan importante el apoyo que se le tuvo, por qué no lo incluyeron derechamente. Por otro lado, se cuestiona la legitimidad de esta técnica interpretativa, ya que el gobierno que designó a los comisionados carecía de justificación democrática³⁰.

- iv) Ausencia de legitimación expresa por parte del constituyente. Adhieren sobre esta base Miguel Schürmann, Vallejo y Pardow, pero principalmente Eduardo Niño Parada, al decir que a pesar de en la Constitución encontrarse una serie de elementos que son propios de la ontología del Principio de Subsidiariedad, “estas menciones aisladas no son suficientes para postular la aplicación constitucional del principio de subsidiariedad”, a juicio del mismo, un principio debe formar parte del todo orgánico del cuerpo de la Constitución, situación que en tal sentido no ocurre respecto del mencionado, ya que con las disposiciones con que se puede afirmar, también existen algunas con que se puede refutar su valía dentro del texto, en el sentido que le otorgan mayor autonomía al actuar del Estado³¹.

b) Propuestas de interpretación

- i) La disposición del artículo 19 N° 21 se trataría de una norma compleja, que contiene varios derechos de libertad e igualdad, pero en definitiva se trataría de un derecho fundamental. Tesis sostenida por Pablo Ruiz-Tagle³².
- ii) Interpretación conforme a los principios clásicos del constitucionalismo, como lo son los de libertad e igualdad, seguida principalmente por Schürmann³³, asimismo Niño y fundamentando que la aplicación del principio de igualdad significaría una garantía más eficiente para los particulares frente al Estado³⁴.

Vallejo y Pardow sostienen una postura algo diferente, pero ciertamente encuadrable bajo la temática de los principios constitucionales, al promover una lectura democrática del artículo, la que relacionan con el principio de legalidad, así sostienen que con la exigencia de ley de quórum calificado el constituyente

³⁰ VALLEJO y PARDOW, *op. cit.*

³¹ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 68-70.

³² Renato CRISTI y Pablo RUIZ-TAGLE, *op. cit.*, pp. 323-340.

³³ SCHÜRMAN, *op. cit.*

³⁴ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 68-70.

“...consagra las bases de un proceso modernizador del Estado empresario que, lejos de obligarlo a comprar los malos negocios, promueve una gestión eficiente de su actividad empresarial, evitando que esta sea utilizada para fines populistas, y por tanto, que distorsionen el correcto funcionamiento de los mercados”³⁵.

- iii) Aplicación de reglas de hermenéutica jurídica. Niño sostiene finalmente que la interpretación del contenido del artículo 19 N°21 requiere necesariamente el ejercicio de la aplicación de las mismas normas que sirven para explicar el contenido de las leyes³⁶.

Observaciones a la discusión

Como se constata, sobre la polémica reseñada se arguyen una serie de razones que resultan bastante apropiadas tanto para aceptar una postura como para defender la otra, es por ello que a partir de la presente sección nos introduciremos en el fondo de la cuestión debatida, de tal manera que en un primer momento procederemos a desglosar en un análisis propio las teorías negativas, específicamente acerca de los fundamentos en que se basan para rechazar al Principio de Subsidiariedad, y de esa manera presentarles nuestras observaciones y objeciones tendientes a perfeccionar la discusión, de esta manera tratando de soslayar los argumentos que desde nuestro punto de vista parecen innecesarios, contradictorios o de cualquier forma ineficaces, analizaremos si bajo las objeciones mantenidas aun las doctrinas positivas son capaces de resistir en sus postulados, y en consecuencia de lo anterior, verificaremos la posibilidad de mantener una observancia al Principio de Subsidiariedad; finalmente el trabajo será concluido con nuestra propuesta de cómo se debiera proceder a la aplicación del art. 19 N° 21 de la Constitución.

1.-ACERCA DE LA EFICACIA DE LAS TEORÍAS NEGATIVAS

- a) Con respecto a la crítica sobre la carga y los usos ideológicos de algunas posiciones en el debate, nos parece que esta es una objeción tan válida como a la vez fuerte, puesto que el derecho se realiza diariamente a través de los operadores jurídicos, abogados,

³⁵ VALLEJO y PARDOW, *op. cit.*

³⁶ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 118-122.

jueces y juristas, quienes deben interpretar las normas conforme a un método científico y técnico propio de la ciencia del derecho, prescindiendo de sus posiciones personales e ideológicas, ello más aun cuando se trata de la aplicación de normas de derecho positivo. A pesar de lo señalado, este vicio sí se encontraría presente en las discusiones sobre el Principio de Subsidiariedad, así lo han consignado sus críticos, específicamente respecto de la proposición de Arturo Fermandois, quien vendría a incurrir en el presente defecto al buscar la reinterpretación del principio desde su óptica libertaria. Sobre ello y haciendo algunas precisiones particulares, diremos que a pesar de tratarse del adjetivo “libertario” de una voz de uso difundido en el medio, éste carece de un contenido y definición precisa que le sean de utilidad, ya que se asimila tanto a ideologías políticas de extrema izquierda como a doctrinas derechistas de corte liberal, aquí particularmente lo que se conoce como el liberalismo libertario, y que es esto último lo cual con mucha razón se le fustiga al autor a introducir desde la visión con que pretende interpretar, o sea aplicar una visión liberal-libertaria del Principio de Subsidiariedad, y que por ésta se restrinja al Estado Empresario creando una interpretación abstencionista, provocando que el Estado solo se ocupe de los malos negocios, de aquellos que no soportan las condiciones del mercado, o finalmente de ninguno. Esta objeción resulta también válida para enfrentarla a las mismas doctrinas negativas, tanto para su motivo de rechazo como su propuesta interpretativa, puesto que y reconociendo la imposibilidad de encontrar un debate que esté completamente libre de ideologizaciones, diremos que aquellas tendencias que pretenden encontrar opciones “democráticas” y “republicanas” (aquí nos referimos con especial atención a la propuesta de Pablo Ruiz-Tagle, quien se expresa en estos términos³⁷), no hacen sino lo mismo que le imputan a quienes tratan de vencer, y además de una forma manifiesta y evidente, ya que estos son conceptos que tienen una determinada orientación política, y que además el propio autor manifiesta durante el desarrollo de su obra. Frente a lo consignado decimos que si bien se trata de un argumento muy poderoso, en nuestra opinión no resulta serlo por completo, ya que parece más una conclusión, pues el fundamento de una crítica a las posturas sobre el Principio de Subsidiariedad debiera ser la falta de racionalidad

³⁷ RUIZ-TAGLE, *op. cit.*

que hay en la doctrina que lo sustenta, falta de racionalidad que quedara evidenciada por su flaqueza argumentativa, y que de ello resultare develada la motivación ideológica que existiría tras la proposición de de esta categoría jurídico-política. Finalmente y sobre este mismo punto es apreciable que el debate mismo crea una razón para deslegitimar tanto a una como a otra postura, por lo que recomendamos prescindir de él en pos de afirmaciones que sean más categóricas y seguras, ya que es imposible una discusión jurídica que se encuentre completamente al margen de ideologías y doctrinas políticas, y en este sentido los que critican no hacen más que atacar la ideología de unos desde la suya.

- b) Sobre el cuestionamiento basado en los usos que se le han dado al Principio de Subsidiariedad. Desde nuestra perspectiva pensamos que esta objeción en su contenido es correcta, así lo han demostrado las teorías negativas al evidenciar que el principio sirvió tanto para justificar interpretaciones intervencionistas como para restringir la actividad del Estado. Sin embargo, a pesar de lo anterior creemos que éste no pasa de ser un argumento débil, toda vez que se puede pensar que las lecturas que se han dado al Principio de Subsidiariedad no se tratarían más que de intentos de conocer e interpretar su verdadero sentido, y que legítimamente en su oportunidad quienes tuvieron la ocasión plantearon las respectivas como la alternativa correcta, o bien por otro lado podrían tratarse de interpretaciones maliciosas e ideológicas que habrían mediatizado este principio para introducir su propia visión política, aun así ninguna de estas posiciones sobre el principio tendrían por qué afectarlo, puesto que éste tendría su propia esencia y particularidad, la que no tiene por qué verse alterada por lo que digan los demás. Sobre este punto podemos afirmar que si bien existen distintas perspectivas de la subsidiariedad, la existencia de todas ellas y la disimilitud entre sí no es algo que sirva de causa para mermar o alterar su significado, en ese sentido queremos seguir a Pablo Ortuzar, quien señala que la subsidiariedad, tal como lo reconocen la mayoría de los autores, tiene una gran tradición que surge en la antigua Grecia y se desarrolla dentro del pensamiento católico, pero además de esta existen otras tradiciones de la misma, como por ejemplo una vinculada al protestantismo e incluso otra dentro del liberalismo, pero que a pesar de ser cada una de ellas visiones diferentes del principio, siempre estas múltiples entradas sobre la subsidiariedad mantienen el mismo núcleo central que se refiere

a la primacía de la persona, la solidaridad social y la evaluación concreta, entre otras cosas, las que en definitiva guardan directa relación y consecuencia con el carácter de supletoriedad que tienen las sociedades mayores sobre las menores y que es la esencia propia de este principio³⁸. Siguiendo esta línea recogimos el planteamiento de otros autores que nos advierten acerca de las implicancias de las distintas interpretaciones que se han aplicado a la subsidiariedad, en ese sentido Claudio Alvarado y Eduardo Galaz se refieren al desprestigio que ha tenido en Chile, y que se debería al falso concepto que existe tras de quienes dicen defenderla, pues estarían haciendo una aplicación antojadiza de la misma llamando subsidiariedad a algo que en realidad no lo es, situación que se habría producido al momento de introducir este concepto en la Constitución por parte de Jaime Guzmán, quien, como ya se dijo, habría intentado conciliar esta idea con las doctrinas liberales. Al respecto dicen los autores:

“Situarla en este escenario, además, ofrece nuevas luces con vistas a juzgar si la subsidiariedad efectivamente ha sido concebida y empleada de formas incompletas o incluso mañosas por partidarios y detractores. Si así fuera, confirmaríamos que aquello que este principio significaba originariamente no es lo mismo que suele entenderse por él en nuestro país y, en consecuencia, que nuestro debate al respecto muchas veces versa sobre un fantasma”³⁹,

en la referencia citada los autores dan cuenta del problema que existe en este debate y que consiste en la usanza dada al principio, pero asimismo dejan en claro que esta práctica a pesar de ser negativa tanto para el debate mismo como para el principio, no altera al mismo principio, y el error queda en los intérpretes y el discurso que surja de ellos. En el mismo sentido Hugo Eduardo Herrera habla del mal destino que ha tenido la subsidiariedad, en la manera que al introducirla en nuestro país la derecha realizó una interpretación parcial de ésta, con la que se alteró la esencia del principio, sustentado en un razonamiento propio de la guerra fría en que se temía la irrupción del marxismo como ideología totalitaria, y que buscaba limitar el accionar del Estado, con lo que resultó en que la interpretación abstencionista abrió

³⁸ Pablo ORTÚZAR MADRID, “Prólogo”.

³⁹ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, “Subsidiariedad y vida pública una mirada a los orígenes”, pp. 33-51.

el flanco para la problemática de la cual nos referimos aquí, en ese sentido señala:

“No solo en la derecha ha tenido la subsidiariedad mal destino. Si desde allí se lo interpreta parcialmente y se atiende preponderantemente a la faz que resulta, en último término funcional al neoliberalismo, a saber, la negativa, la crítica de la izquierda y la centro-izquierda hacia el principio asume la misma versión particularísima de él que empleó la derecha en la Guerra Fría y no admite en su comprensión las implicancias positivas que el principio incluye, si se lo admite de forma completa”,

continúa el autor en este interesante trabajo señalando:

“La condición, sin embargo, para extraer a la subsidiariedad de la discusión estéril en la que se encuentra y exhibir su potencial político-práctico es precisamente alejarla del significado parcial que se le atribuye tanto por sus partidarios como por sus detractores, dejar de entenderla como un ideal abstracto antiestatista y volverla a interpretar como un principio estructuralmente atado a la situación concreta”⁴⁰,

en definitiva el autor deja en claro que las discusiones sobre el principio de subsidiariedad en Chile se llevan de manera equivocada, y esto ocurre porque existe una versión parcializada del mismo, opinión en la que estamos completamente de acuerdo. Por otro lado también se ha dicho que el debate sobre el Principio de Subsidiariedad parece encontrarse arriba de arenas movedizas o ser un diálogo de sordos, tal así lo asevera Rodrigo Delaveau al decir que estas discusiones se realizan en torno a lo que unos entienden o quieren entender acerca del principio, existiendo sobre éste muy distintas visiones que le otorgan una naturaleza dual, y la pregunta debiera ser cuál de estas visiones es compatible con el contenido de la Constitución⁴¹. Por otra parte nos habla Martín Loo, diciendo que este principio posee un “polimorfismo axiológico”, el cual hay que reconocer para proceder a una correcta lectura del mismo, pero que su ideologización dificulta este trabajo⁴². Con los antecedentes consignados

⁴⁰ Hugo Eduardo HERRERA, “Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad”, pp. 97-112.

⁴¹ Rodrigo José DELAVEAU SWETT, “Subsidiariedad: dualidades olvidadas”, pp. 59-66.

⁴² Martín LOO GUTIÉRREZ, “La disciplina constitucional del principio de Subsidiariedad en Italia y Chile”, pp. 391-396.

queremos dejar en claro que en este estado de las cosas existe una polémica acerca del Principio de Subsidiariedad que se lleva bajo una visión inacabada o fragmentaria del mismo, ésta no se refiere al principio en su esencia, pues discuten sobre algo que no es la subsidiariedad o que solo lo es en parte, y lamentablemente de ello surgen críticas que intentan acabar con el principio. En nuestra opinión que existan estas visiones incompletas no será algo que le vaya a restar legitimidad o carcomer validez, pues el Principio de Subsidiariedad es una categoría jurídico-política que tiene su significado, y un debate en buen camino tendría que ir en la dirección de conocer su real sentido, y el hecho que no se desenvuelva de esta forma no puede servir de pretexto para intentar soslayarlo, tal así se podría hacer de cualquier cosa solo por la situación de que no se haya llevado en forma correcta. Queremos ilustrar lo dicho con una analogía respecto de otro gran principio del derecho político, el cual se podría criticar con la misma objeción, el de la democracia, ya que como sabemos a lo largo de la historia universal muchos regímenes de los más distintos colores políticos, inclusive algunos que ahora son considerados como dictatoriales o también totalitarios, han buscado cubrirse de legitimidad por medio del ideal de la democracia, por ejemplo la República Democrática Alemana, que en su nombre contenía el apelativo hacia este concepto, en la actualidad nadie podría afirmar seria y sinceramente que se trataba de un Estado verdaderamente democrático, aunque así se haya hecho llamar, pero este antecedente no ha servido para erigir críticas contra la democracia bajo la excusa de que se haya prestado para sustentar dictaduras o de que no tenga un contenido claro, sino que el mismo historial junto a otros muchos dan pie para cuestionarse qué tan democráticas son nuestras instituciones y gobiernos; cerrando la comparación, podemos decir que las antiguas visiones del Principio de Subsidiariedad nos deberían servir ahora para cuestionarnos qué tan fieles son sus interpretaciones recientes.

- c) Refiriéndonos ahora exclusivamente al razonamiento mediante la historia fidedigna del principio en los trámites constitucionales, diremos que las posturas de Eduardo Niño Parada y Vallejo y Pardow sobre esta base son fuertes, pues dejan en claro que la propia historia de la norma y del principio en la Constitución, no le son favorables a éste para sostenerle una visión afirmativa, con ello consideramos que el argumento es categórico, pero no definitivo para el debate constitucional, ni tampoco significa una

respuesta concluyente, por ello no tomaremos en forma decisiva esta crítica al momento de presentar nuestra postura, aunque sí sirve de orientación para generar una postura.

- d) Por último y en cuanto a la ausencia de mención expresa por el constituyente, corresponde señalar que para nosotros ésta es una crítica importantísima, ya que con ello las doctrinas negativas dejan en claro que se prefirió establecer otras normas para el asunto en lugar del cuestionado principio. Sin embargo no la tomaremos como un punto concluyente del cual se siga a descartar la importancia del principio, puesto que un principio es una fuente del derecho que existe en suplencia de las normas jurídicas.

2.-ACERCA DE LA FORTALEZA DE LAS TEORÍAS POSITIVAS PARA SOPORTAR LAS CRÍTICAS

Partiendo de la base de las objeciones ya señaladas junto a nuestras propias consideraciones, en este apartado procedemos a revisar las doctrinas positivas, independientemente una de otra, para luego sobre éstas y con respecto de cada crítica seleccionada, profundizar más en ellas y presentar nuestros propios cuestionamientos, con los cuales esbozar una postura final.

- a) Respecto de la concepción material del OPE, ante todo es preciso dejar en claro que su autor, para deducir el contenido del art. 19 N° 21, realiza una interpretación lógica, por ello se remite a las disposiciones de las bases de la institucionalidad que según él vendrían a afirmar la existencia del Principio de Subsidiariedad, asimismo deduce que al encontrarse la norma que faculta al Estado Empresario en el segundo inciso, le otorga el carácter de subsidiaria. Bajo nuestra perspectiva estas conclusiones, sin dejar de ser correctas, no son precisas y no logran interpretar propiamente la disposición que rige sobre el Estado Empresario, pues no se puede deducir una regla particular que nos indique cuando sí se puede emplear, o cómo se debiera aplicar en un caso concreto, aquí solo se limita a reconocer un principio de derecho constitucional, el que si bien, dice el mismo autor, serviría para la aplicación del contenido de la norma, este solo es un principio, y la norma tiene un contenido claro, que son las reglas que establece para la autorización del Estado Empresario. Bajo los términos señalados podemos decir que la postura de José Luis Cea es efectiva y acertada para reconocer la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Constitución chilena, éste como un principio general del derecho constitucional, aun así creemos

que no tiene mayor fortaleza para la determinación del artículo señalado, más allá que en el sentido de que la aplicación de las reglas dadas por el constituyente serían la verdadera expresión del principio vigente en la actividad económica del Estado, y signifique su existencia, sin que pueda someterse la interpretación del señalado a otro parámetro distinto.

- b) Respecto de la postura situacional del OPE, nos parece evidente que esta tesis consiste en una proposición mucho más elaborada del asunto que va más allá de métodos puramente interpretativos, pues promueve directamente una relectura filosófica del contenido de la Constitución, particularmente de su materia económica. Desde nuestra perspectiva, y sin dejar de reconocer que constituye una legítima opción para interpretar el derecho constitucional, diremos que las críticas que se le presentan si bien son muy demoledoras, abren espacio en algunos casos a ciertas dudas y en otros a fortalecimientos de su teoría, resultando como necesario un pronunciamiento más acabado respecto de la misma sobre el cual intentar tomar una postura definitiva acerca del principio en el contenido de la citada norma.

Conforme a lo señalado, observamos que la tesis de Arturo Ferman-
dois se ve seriamente deteriorada tanto por el argumento de texto como por la objeción basada en la historia de la génesis constitucional, pues como se dijo, no existe ninguna mención al principio, y además este mismo se desechó en la propia comisión constituyente, de lo cual fluye la decisión de los comisionados de rechazar el principio, o sea si no lo pusieron es porque no lo quisieron. A pesar de todo lo anterior él insiste sobre la valía del mismo, basado en su perspectiva libertaria de la primacía de la persona, sobre la cual nos pronunciamos particularmente y con especial énfasis a continuación.

La postura que acabamos de traer a colación en nuestra opinión no es adecuada para sostener este debate constitucional por varias razones, preponderantemente por la visión ideológica del autor, la que por cierto nos parece muy respetable, pero no adecuada para sustentar una interpretación del contenido de la Carta Magna, lo anterior lo presentamos agrupado en tres puntos principales que se refieren a los problemas que por esta razón presentaría dicha propuesta, siendo estos que el Principio de Subsidiariedad no puede ser objeto de una lectura de carácter liberal, que tampoco puede recibir una interpretación abstencionista y que esta interpretación choca con otros principios constitucionales, como el de solidaridad.

Con respecto a lo primero hemos dejado en claro que el principio posee su particular desarrollo y se adscribe a una tradición que en la his-

toría del pensamiento es directamente opuesta al liberalismo, ya que se trata de una institución de indesmentible origen escolástico, y que por ello forma parte del cuerpo central de la filosofía política que contiene la Doctrina Social de la Iglesia Católica; con todo y si bien es cierto existen también otras múltiples tradiciones que reclaman presencia sobre la subsidiaridad, y de entre las mismas existiendo inclusive una liberal de raíz hayekiana⁴³, la importante es a la que nos referimos, esto no solo por ser la históricamente más fuerte y que tenga más relevancia en nuestro país, sino que debido a ser ésta de la cual el autor analizado pretende adscribir su pensamiento. Con respecto a lo anterior, se dice que este enfoque liberal fue introducido al debate jurídico constitucional por el propio Jaime Guzmán, quien además se habría ocupado de fusionarla a la visión católica de la misma⁴⁴. Desde nuestra perspectiva esta fusión sería en verdad impropcedente o imposible, por la incompatibilidad de ambas visiones, pues aquella que es liberal se basa en un supuesto orden espontáneo basado en la libre coordinación de los sujetos, negando la jerarquía natural que separa a los grupos intermedios del Estado⁴⁵, y de lo cual nace la interpretación abstencionista, limitando al Estado a tomar participación de las actividades de la comunidad política. Asimismo tampoco se condice con la raíz y génesis del principio, puesto que siendo un principio que dentro del pensamiento católico surgió bajo el alero de la cuestión social, orientado por el sentido obrerista propio de las enseñanzas de la iglesia de aquellos años⁴⁶, hoy se plantea nada más que como un límite al Estado con una marcada impronta individualista⁴⁷, y que tendría su origen en las ideologías posrevolucionarias⁴⁸, surgidas con la modernidad⁴⁹, lo que deja en evidencia lo forzoso que es vincular estas dos teorías. Además de lo anterior, esta aplicación liberal tiene efectos graves para cualquier discusión sobre el tema, pues complica la misma defensa del principio dando cabida a su permeabilidad con críticas como las consignadas con

⁴³ Véase: Pablo ORTÚZAR MADRID, *op. cit.*, y Daniel MANSUY HUERTA, “Liberalismo y política: la crítica de Aron a Hayek”.

⁴⁴ *Ibid.* Asimismo véase también el pensamiento de Renato Cristi, *op. cit.*

⁴⁵ Pablo ORTÚZAR MADRID, *op. cit.*, también los otros trabajos de la misma obra colectiva.

⁴⁶ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, *op. cit.*

⁴⁷ Daniel MANSUY HUERTA, *op. cit.*

⁴⁸ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, *op. cit.*

⁴⁹ Véase en ese sentido: Claudio ARQUEROS, “El principio de subsidiariedad, su sentido clásico y originario”, en que señala que en la modernidad en pos de secularismo se abandonó el pensamiento escolástico, y las ideologías del momento se encontraban dominadas principalmente por individualistas y despóticas, diferentes de la esencia clásica del Principio de Subsidiariedad.

anterioridad (carácter maleable e ideologización del principio), y por otro lado también favorece una aplicación abstencionista de la actividad estatal. Dicho lo anterior y antes de pasar al siguiente subpunto, queremos ser tajantes en señalar que desde la Doctrina Social, el Principio de Subsidiariedad si bien existe como una suerte de garantía de la libertad de la persona al tiempo que un límite al poder estatal, es también un regulador de la actividad particular o privada, y busca un equilibrio entre el poder y la persona misma, de ahí que se le entiende como parte de un gran Principio de Autoridad, y mediante el cual se reconoce la jerarquía natural de la sociedad, de esta manera se ha dicho del principio que:

“Tiene que existir una especie de balancín que amortigüe por un lado los impactos de la acción estatal, y por otro los desenfrenos de la libertad individual”⁵⁰,

de lo cual se entiende en forma inequívoca un rechazo a una visión abstencionista del Estado y liberal del principio, y que además llama directamente a un papel de carácter integrador, propio de la autoridad temporal como se ha entendido al Estado desde la doctrina católica.

La aplicación abstencionista del Principio de Subsidiariedad es solo la consecuencia de una visión de carácter liberal de la Constitución y de la función del Estado en la sociedad, y que además de complicar el debate genera problemas propios por la negativa del mismo Estado a actuar dentro de la comunidad política. Esta interpretación mediatizada que cree que proteger a la persona es obstaculizar la acción estatal en nuestra opinión es profundamente equívoca, pues como se ha dicho:

“La paradoja es que con esta aplicación ‘liberal’ del principio se daña no solo el interés general del país, sino el propio funcionamiento de la economía de mercado. Pues se ha visto que la combinación de subsidiariedad preponderantemente negativa y el severo resguardo de la propiedad individual ha permitido que el poder económico en Chile se vuelva oligopólico a tal punto que casi todo debemos comprarlo en cadenas; además, la ausencia de actores suficientes entorpece la sana competencia y vuelve mucho más fáciles la colusión y los abusos”⁵¹,

así esta interpretación negativa solamente abrió el flanco para críticos que son verdaderamente estatistas, y que señalan en este principio la causa de

⁵⁰ Julián Gil de SAGREDO, “El principio de subsidiariedad y los cuerpos intermedios”, pp. 63-76.

⁵¹ HERRERA, *op. cit.*

la inactividad estatal, y con ello de los grandes problemas económicos que actualmente afectan a la Nación, en ese sentido recogimos la opinión de Emilio Pfeffer y Felipe Lizama, quienes señalaron:

“...existe una suerte de ‘endoso constitucional’ sobre el principio de subsidiariedad, ante la supuesta ausencia de protección de los derechos sociales. Este ‘endoso’ consiste en que muchos otros problemas del país se atribuyen como causa a la consagración de la Constitución, y en especial del Principio de Subsidiariedad”⁵²,

por ello dejamos en claro que esta interpretación abstencionista impregnó en la imagen del principio ante el público como la justificación de las privatizaciones y las políticas llamadas como “neoliberales”, bajo esta impronta es que suele identificarse al principio, ya que se ha buscado aplicarlo desde una mirada restrictiva desde que se dictó la actual Constitución, tal como lo señaló el historiador Mario Góngora en su célebre ensayo, “...el principio verdaderamente operativo de la Declaración de Principios ha terminado por ser el Principio de Subsidiariedad”⁵³, refiriéndose a que de esta manera se buscó un sustento para las señaladas políticas neoliberales en el contexto del Gobierno Militar, dejando de lado al “Estado Modernizador”, que otrora llevaba una fuerte injerencia en los destinos de la comunidad y de la Nación⁵⁴. Por otro lado y como se dijo⁵⁵ la interpretación restrictiva de la acción estatal sigue una lógica anticomunista propia de la guerra fría, que ante cualquier indicio de actividad estatal da alarma de socialismo, con ello limita su actuar desde una perspectiva apriorística sin detenerse a debatir sobre la necesidad de su intervención, omitiéndose cualquier discusión pública, discusiones que son necesarias para practicar una verdadera y sincera aplicación del Principio de Subsidiariedad, siendo que éste por su naturaleza es flexible, y permite que el Estado actúe, no es una norma que le prohíba.

Finalmente en esta serie de subpuntos decimos que la interpretación que en este sentido se propone del Principio de Subsidiariedad lo coloca en directa oposición con otros principios constitucionales que son incompatibles con una visión liberal y abstencionista del mismo, aquí

⁵² Emilio PFEFFER y Felipe LIZAMA, “Estado social y bases de la institucionalidad en la Constitución de 1980”, pp. 119-130.

⁵³ Mario GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, pp. 296-298

⁵⁴ Bernardino BRAVO LIRA, “Del Estado Modernizador al Estado Subsidiario”, pp. 193-247.

⁵⁵ HERRERA, *op. cit.*

particularmente hacemos referencia directa al Principio de la Solidaridad. Como sabemos, nuestra Constitución contiene una serie de normas que conforman aquello que se conoce como el Estado social; el reconocimiento de los deberes del Estado y de los derechos sociales viene a ser parte del mismo, y éstos sí aparecen consignados en el texto de la Constitución. Ante lo dicho y como ya constatamos, la visión liberal de la subsidiariedad ha provocado que a este principio se le impute la falta de actividad del Estado y con esto la vulneración y falta a ciertos derechos sociales, y por lo cual se debe optar por el Principio de Solidaridad para solucionar este ausentismo estatal; sin embargo y como señalan Emilio Pfeffer y Felipe Lizama, no puede existir un “contrapunto” entre estos dos principios, categóricamente por el hecho de ser principios y no reglas, que deben ser ponderadas al caso y no ser vistas como abstracciones ni menos como reglas de aplicación cerrada, pero en lo que nos atañe, debido a la equívoca visión liberal e individualista del Principio de Subsidiariedad⁵⁶.

Por otro lado consideramos que el autor que criticamos en estas líneas comete un error de carácter metodológico, y que solo es consecuencia de su problema de fondo, aquí él intenta colocar una serie de reglas para facilitar la interpretación subsidiaria del artículo, lo que nos parece del todo improcedente, pues viene a rellenar con supuestas normas algo que el constituyente con su pluma ya determinó, de tal manera que con esto vendrá a infringir una vieja máxima de la hermenéutica jurídica, aquella que nos dice que: “donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”, y en esta ocasión el intérprete sí pretende distinguir una serie de reglas donde no las hay, y esto solo es consecuencia de su visión ideológica, y que además solo sirven para pensar ex ante la no intervención del Estado sin analizar en caso concreto la viabilidad y procedencia de lo mismo.

3. ACERCA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En términos precisos este punto encierra la pregunta de: ¿se puede entender que rige el Principio de Subsidiariedad dentro de nuestra Constitución aun teniendo a la vista las objeciones aquí consignadas? Presentamos a título de hipótesis una respuesta afirmativa, y sustentamos bajo algunos presupuestos teóricos argumentos recogidos de la discusión en general, y con las propias observaciones que tuvimos la oportunidad de presentar.

Ante todo hacemos presente una característica general del derecho expuesta por Pablo Rodríguez Grez, la *plasticidad axiológica*, “Esto sig-

⁵⁶ PFEFFER y LIZAMA, *op. cit.*

nifica que el derecho, en general, realiza una multitud de valores”⁵⁷, por ello siguiendo al mismo autor decimos que el proceso interpretativo debe buscar cuáles son los valores preferentes en una determinada norma⁵⁸, por ende al momento de realizar alguna interpretación extensiva, que involucre elementos hermenéuticos de distinto tipo, se debe entender que existe una gran variedad de valores (o en este caso principios, que son los que informan los valores), que pueden entrar en pugna unos con los otros, como el Principio de Subsidiariedad con otros principios constitucionales, como el de la democracia o la igualdad o el de la solidaridad, e intentar armonizar cada uno o diferenciar cuál es el indicado que deba regir para cada caso en concreto.

Asimismo, teniendo presente la idea de *sistema jurídico* y *núcleo dogmático*⁵⁹, puesto que ésta nos ayuda a conocer el contenido de una determinada parte del derecho, en este caso del derecho constitucional económico y sus límites con otras disciplinas, para con ello en forma práctica el jurista pueda interpretar sobre la base de la existencia (o inexistencia) del Principio de Subsidiariedad las normas que conforman el OPE, prestándole debida coherencia con el resto de las normas de esta rama del derecho.

Sobre la base de lo anterior no podemos sino ratificar una interpretación positiva del Principio de Subsidiariedad, principalmente en los términos señalados por José Luis Cea, básicamente por no verse determinado por las críticas de las posturas negativas, en razón de lo ya manifestado, pero fundamentalmente sobre la base de su argumentación. Esta interpretación lógica que él hace con las normas de las bases de la institucionalidad, por sí sola es bastante precisa para la conclusión, entender que el Estado es supletorio e instrumental y que la primacía la poseen las personas y grupos intermedios, es un valor que sí consideró el constituyente en su primer artículo, y que guarda consecuencia con la esencia del Principio de Subsidiariedad. Por otro lado también goza de sustento sobre los puntos que recientemente ya expusimos, puesto que por lo mismo y además de la historia jurisprudencial de que ha gozado, el Principio de Subsidiariedad puede ser considerado como un valor dentro del texto constitucional, que forma parte de las disciplinas tanto del Derecho constitucional, como del Derecho económico, por lo cual vendría a ser parte de su núcleo dogmático y una herramienta hermenéutica para su interpretación, este principio en efecto no es el único que marcará la

⁵⁷ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Teoría de la interpretación jurídica*, pp. 23-25.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo*, pp. 1-8.

delimitación y la presencia de las ramas del derecho enunciadas, por ende su aplicación deberá soportar una compatibilización, y quizá en algún momento su prescindencia, por la aplicación de otros principios jurídicos. Finalmente cabe señalar que éste es un principio, y por ello no tiene por qué verse excluido por la existencia de otros, así nos referimos en su momento tanto respecto de la democracia como de la solidaridad, ya que se trata de un principio, y los principios se aplican en forma gradual, es decir, que se pueden satisfacer en parte, a diferencia de las normas, que actúan en forma binaria, esto es, se cumple o no con la norma.

4. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 19 N° 21

Visto que el Principio de Subsidiariedad es un valor perfectamente existente en el contenido de la Constitución, y que como tal viene a formar parte de su sistema, del sistema del derecho constitucional, en el mismo sentido éste vendrá a ingresar a otros subsistemas jurídicos que le son inferiores y que nacen del constitucional, en este caso al OPE, con lo que sirve para la interpretación de otras normas relativas al mismo, así cabe cuestionarse sobre la relación del principio con la citada norma, y nuestra propuesta de interpretación.

Sobre la base de lo ya visto diremos en primer término, y ratificando en parte una visión positiva del Principio de Subsidiariedad, que al considerar el constituyente como necesaria una autorización mediante mayoría calificada, y también encontrarse después del derecho a desarrollar actividades económicas, nos parece como una evidencia directa tanto de que el Estado Empresario es subsidiario, y en ese sentido una evidencia más para aseverar la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Constitución que se viene a enlazar con lo que de la misma forma se enuncia en las bases de la institucionalidad, pensamos que esa es la única subsidiariedad que consideró el constituyente, y que intentar presentar más reglas para interpretar el mencionado artículo es erróneo y contrario a una dogmática jurídica seria, pues resulta bien conocida otra máxima, la que esta vez se encuentra en el derecho civil y que establece que: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*, por ello en razón de esta premisa en cierto sentido nos acercamos un poco a los postulados negativistas, y señalamos que no hay más interpretación posible del art. 19 N° 21 que aquella que expresamente enuncia el mismo, debido a que su tenor literal es demasiado claro para recurrir a otro tipo de interpretación que limite al Estado, en un punto en que se le ha concedido por la Constitución actuar discrecionalmente, pero aun supeditado a un imperativo de requisito.

Hablar del Principio de Subsidiariedad en este estado de las cosas no resulta problemático, pues como se dijo éste involucra necesariamente una discusión y deliberación, no es un principio que vaya a ordenar que el Estado se ocupe de los malos negocios, que siendo ineficientes se vean excluidos del mercado, sino que es un principio mediante el cual el Estado tiene que acudir en ayuda de la sociedad, en esta oportunidad como Estado Empresario, y es por eso que en la Constitución se previene sea discutida y públicamente deliberada en el órgano competente, que es el Congreso Nacional.

A modo de conclusión

En definitiva hemos intentado esclarecer el panorama y postular nuestra propia visión a propósito de la discusión acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en el Estado Empresario, con todo ello queremos dejar en claro que nuestra visión implica los siguientes puntos:

- A) En primer lugar con respecto al mismo Principio de Subsidiariedad, corresponde afirmar que éste sí tiene vigencia e importancia dentro de la Constitución chilena, y por éste se llama al Estado a actuar e intervenir en la sociedad cuando las personas y grupos intermedios no sean capaces de satisfacer sus propias necesidades materiales.
- B) Por otro lado debemos señalar que este principio ha sido objeto de un arduo debate, debate que contiene muchos errores en su argumentación, tanto desde la negación como de la defensa del principio, y que tienen su raíz en una interpretación ideológica y mediatizada del mismo, por la cual se aplica en forma parcial intentando limitar de manera definitiva la acción del Estado.
- C) Una correcta interpretación del Principio de Subsidiariedad implica que el Estado sí actúe cuando se le requiera, y ello tiene necesariamente que ser evaluado concretamente, sin que por este principio se niegue de manera categórica y anterior la actividad estatal.
- D) En lo que atañe al Estado Empresario, éste se encuentra determinado en forma precisa por el texto constitucional, de su lectura se entiende cuándo éste estaría autorizado y lo que no puede significar que con el pretexto de aplicar este principio se vaya a restringir más de lo que el texto lo señala la posibilidad de acción estatal, esto significaría aplicar una visión restrictiva del principio, la que es incompatible con su propia esencia y con la letra del constituyente.

Bibliografía

- ALVARADO R., Claudio, y GALAZ, Eduardo, "Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes", en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 33-51
- ARQUEROS, Claudio, "El principio de subsidiariedad, su sentido clásico y originario", en Claudio Arqueros y Álvaro Iriarte (Eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*, Santiago, Instituto Res Publica y Fundación Jaime Guzmán, 2016, pp. 57-82.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.Ltda., 1998.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la ley "Artículo 19 N° 21 de la Constitución"*, disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtenerchivo?id=recursolegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2013.
- BRAVO LIRA, Bernardino, "Del Estado Modernizador al Estado Subsidiario", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. xvii, 1995, pp. 193-247.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª edición, Tomos I y II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.
- CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Santiago, LOM Ediciones, 2000.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2006.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El Principio de Subsidiariedad: Antecedentes de su consagración como norma", en *Revista Escuela de Derecho*, Año 5, Número 5, 2004, pp. 65-84.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo José, "Subsidiariedad: dualidades olvidadas", en Arturo Fermandois (Ed.), *Principios, valores e instituciones*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016, p. 59-66.
- FÁBREGA, Jorge, "Subsidiariedad: El eslabón olvidado", en *Estudios Públicos*, N°140, Primavera, 2015.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "Los principios generales que conforman el actual ordenamiento jurídico público chileno", en *Revista de Derecho Público*, N° 18, 1975, pp. 197-230.
- GARCÍA AGUILERA, Juan, "La Libertad Económica en la Constitución Política de 1980", 2006 (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Arturo Prat, Iquique).
- GÓNGORA, Mario, *Ensayo Histórico Sobre la noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX*, 9ª edición, Santiago, Editorial Universitaria, 2006.

- HERRERA, Hugo Eduardo, “Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 97-112.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), xxxiii, 2° semestre, 2009, pp. 391-396.
- LÜDERS, Rolf, “El modelo económico chileno y la subsidiariedad”, en Claudio Arqueros y Álvaro Iriarte (Eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*, Santiago, Instituto Res Publica y Fundación Jaime Guzmán, 2016, pp. 149-172.
- MANSUY HUERTA, Daniel, “Liberalismo y política: la crítica de Aron a Hayek”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 53-75.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 99-119.
- NIÑO PARADA, Eduardo, *La vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial del Estado*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- ORTÚZAR MADRID, Pablo, “Prólogo”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 11-30.
- PEREIRA FREDES, Esteban, “Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización”, en *Derecho y Humanidades*, N° 13, 2008, pp. 157-171.
- PFEFFER, Emilio y LIZAMA, Felipe, “Estado social y bases institucionales en la Constitución de 1980. Una propuesta conciliatoria”, en *Derecho Público Iberoamericano*, Año IV, N° 7, 2015, pp. 119-130.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- SAGREDO, Julian Gil de, “El principio de subsidiariedad y los cuerpos intermedios”, en AA.VV., *El Principio de Subsidiariedad*, Madrid, Fundación Speiro, 1982, pp. 63-76.
- SEGOVIA OLAVE, Elio, “La vigencia del Principio de Subsidiariedad ante el Orden Público Económico chileno”. (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Arturo Prat, Iquique, 2014)
- SEGOVIA OLAVE, Elio, “El Principio de Subsidiariedad en la actividad económica del Estado. Acerca de una discusión constitucional”, ponencia presentada en el *Segundo Congreso Interuniversitario de Derecho Constitucional*, organizado por el Centro de Estudios Sociedad Libre, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los días 30 de septiembre y 1 de octubre del 2014, y próximamente y con algunos arreglos, en *Corpus Iuris Regionis*, N°14, 2014.
- SCHIAPPACASSE ARDILES, Mauricio; MEDALLA MESA, Ernesto; SÁNCHEZ URRUTIA, Francisco, *Allende y Pinochet, Las verdades olvidadas*, Santiago, Editorial Maye. Ltda, 2012.

- SCHÜRMAN O, Miguel, “Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica”, en *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, pp. 217-229.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo; PARDOW LORENZO, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, 2008, pp. 135-156.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo*, Santiago, Legal Publishing, 2010.
- ZAVALA ORTIZ, José Luis; MORALES GODOY, Joaquín, *Derecho Económico*, 3ª edición, Santiago, Thompson Reuters Puntolex, 2009.