

# Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile

EDUARDO FAÚNDEZ-SÁNCHEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

Esta investigación pretende establecer ciertas precisiones conceptuales y metodológicas respecto a los recursos normativos que se han utilizado para interpretar la "Constitución Económica" chilena y específicamente el principio de subsidiariedad económica. Se utiliza parte de la doctrina nacional reciente que innova respecto a la doctrina tradicional, postulando abandonar la dicotomía entre la libertad económica de los particulares y el Estado Empresario. Con esto se busca avanzar hacia la conceptualización del principio de cooperación público-privada para la solución de las fallas de mercado. Se señala que existen antecedentes doctrinarios y casuísticos suficientes para afirmar que la concepción de subsidiariedad económica en la Constitución chilena se muestra indeterminada, configurándose el Estado no sólo como

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Asesor Legislativo, Senado de Chile. Contacto: eddo.faundez@gmail.com Agradezco los comentarios y las observaciones que los profesores Rodrigo Bermúdez y Martín Loo han formulado a este documento. Correo-e: eddo.faundez@gmail.com. Fecha de recepción: 15 de mayo de 2016. Fecha de modificación: 28 de mayo de 2016. Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2016. Para citar el artículo: Faúndez-Sánchez, E. (2016). Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile. *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 207-231. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.10>

un ente regulador o empresario, sino también como promotor de actividades económicas de iniciativa privada.

**Palabras clave:** Constitución económica, subsidiariedad, libertad económica, Estado empresario, cooperación público-privada.

## Proposal of Reinterpretation and Extension of the Principle of Economic Subsidiarity towards the Private-Public Partnership

### ABSTRACT

This article aims to ascertain conceptual and methodological clarifications on the normative resources being used to interpret the Chilean "Economic Constitution" and in particular the principle of economic subsidiarity. It uses the recent national legal doctrine on the subject to criticize the traditional scope, and to propose the abandonment of the dichotomy between the economic freedom of individuals and public economic initiatives. A principle of public-private cooperation is therefore proposed as a solution to market failures. Using sufficient doctrinal and cases this paper asserts that today the Chilean State is not just a regulator or an entrepreneur but also a sponsor of economic private initiatives.

**Keywords:** Economic Constitution, Subsidiarity, Economic Freedom, State Entrepreneurship, Public Private Cooperation.

### 1. INTRODUCCIÓN: LA SUBSIDIARIEDAD EN EL ACTUAL DEBATE CONSTITUCIONAL CHILENO

Es posible que no haya en el debate público chileno un término más comentado que el de "Estado subsidiario". A modo de ejemplo, al alero del reciente auge de demandas sociales se han formado nuevos discursos que señalan como la fuente de las graves desigualdades de nuestro país la consagración constitucional de un rol estatal subsidiario en la economía, lo cual sería una expresión más del modelo económico "neoliberal" imperante hace más de 40 años. En este sentido, dentro del ámbito del análisis político, Mayol (2012) señala que "el principal rol del Estado en este modelo es el subsidiario. Dicho rol consiste en dejar que los mercados operen, y cuando muestran deficiencias y generan dificultades sociales, el Estado interviene paliando esas dificultades a favor

de quienes más lo necesitan" (p. 32)<sup>2</sup>. Lo que se puede apreciar, opiniones más u opiniones menos, es una fuerte corriente crítica respecto del modelo económico chileno, y en detalle, respecto de las bases políticas-jurídicas que lo han permitido.

Por ello, y en paralelo a estas discusiones, el impulso por un nuevo texto constitucional exige repensar los pilares sobre los cuales se ha construido el orden jurídico, político y económico en las últimas décadas, lo que a su vez exige revisar los principales postulados que contendría la vigente Constitución. En este ejercicio, uno de los principales debates radicará (o debiese radicar) en los preceptos que denominamos, en su conjunto, como *Constitución Económica*. Estos permitirán determinar qué sistema económico se consagra, pero, más importante que ello, qué modelo consagraría, del cual se desprende todo el ordenamiento que posiblemente le otorga sustento normativo.

El concepto de Constitución Económica<sup>3</sup> responde, principalmente, a dos interrogantes. En primer lugar, los preceptos de una Constitución serán la base que permitirá determinar el ámbito de actuación en materia económica que se garantiza a los particulares, en oposición al ámbito que, en virtud del principio de legalidad o juridicidad, se le permitirá al Estado y a su Administración. En este sentido, las garantías aseguradas para los particulares no sólo funcionan como un límite para la actividad económica estatal, sino que también significarían un ámbito de protección respecto a la actividad de otros particulares<sup>4</sup>. En segundo lugar, normalmente la Constitución Económica consagraría nor-

2 Similar crítica elabora ATRIA (2013), en particular respecto al que denomina como "mercado de la educación", siendo uno de los pilares de dicha estructura el financiamiento compartido de la educación particular subvencionada por el Estado; supuesto en el cual el Estado, en vez de asumir directamente la provisión del bien (en este caso educación), se concentra en subsidiar el desarrollo de proyectos educativos por privados, con fuertes falencias respecto al control del uso de recursos públicos y el grado de penetración en la población y la calidad de la educación proveída por privados (p. 40).

3 Así, en términos generales, una Constitución Económica será, como lo señala BASSOLS COMA (1985, p. 17), "la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica". FERRADA BÓRQUEZ (2000, p. 50) señala que la Constitución Económica de 1980 "está conformada por una serie de preceptos que, directa o indirectamente, pretenden consolidar una estructura económica basada en la libertad económica, la no discriminación, el derecho de propiedad y una pretendida neutralidad técnica de los órganos estatales con competencia en materia económica. En este sentido, formaría parte esencial de este conjunto de principios y normas una serie de derechos constitucionales (fundamentales) de contenido económico –la igualdad ante las cargas públicas, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la no discriminación arbitraria en materia económica, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, etc.–, los que cuentan con la máxima garantía constitucional, siendo procedente a su respecto los medios jurisdiccionales excepcionales de cautela que establece el ordenamiento".

4 Basta señalar como ejemplo de aquellos preceptos los requisitos de la ley habilitante para

mativamente las bases del sistema económico y, en algunos casos, del modelo dominante en un Estado. Vale decir, el texto constitucional determinará el régimen de propiedad de los factores productivos, establecerá un mecanismo de funcionalidad económica, a la vez que expresará, englobando los anteriores dos elementos, una determinada ideología sustentadora. Sin embargo, el constituyente no está obligado a consagrar los anteriores tres elementos, pudiendo además en algunos casos expresar normas que se refieran a objetivos macroeconómicos, como la estabilidad de la moneda, a partir de la inclusión de una Banca Central autónoma, lo cual ocurre en el caso chileno.

## 2. PRECISIONES METODOLÓGICAS PARA LA INTEPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Dentro del conjunto de preceptos que comprenden la denominada Constitución Económica, el principio central que responde, de forma general, la interrogante sobre la distribución del ámbito de competencias o de acción que le corresponde al Estado y a los particulares respectivamente en el desarrollo de actividades económicas es el principio de subsidiariedad. Antes de explicar su contenido es conveniente precisar ciertos elementos del problema hermenéutico que conlleva interpretar aquellos preceptos que forman parte de este conjunto.

El principal problema frente al cual nos encontramos al interpretar los preceptos constitucionales de contenido económico se ve representado por la vaguedad de los términos utilizados, lo cuales nos impiden llegar a conclusiones inequívocas sobre el modelo económico que consagraría<sup>5</sup>. A modo de ejemplo, en ningún precepto constitucional se hace referencia al término *mercado* como mecanismo asignador de recursos, aun cuando existe un exhaustivo y detallado desarrollo del derecho a la y de propiedad en los numerales 23 y 24 del artículo 19. Esto sería, para algunos autores, expresión concreta de cierta preferencia del constituyente por el mercado y por la propiedad privada por sobre otras formas de asignación de recursos y de propiedad, prefiriendo "lo privado" por sobre "lo público"<sup>6</sup>. A nuestro juicio, tal vaguedad se relaciona

la actividad empresarial del Estado en el artículo 19 n.º 21 inciso 2.º CPR, en el mismo entendido del artículo 11 de la Ley Orgánica de Municipalidades n.º 18.695.

- 5 A diferencia de otras constituciones, como la española, en cuyo artículo 38 señala: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado". En el mismo sentido, la Constitución peruana en su artículo 58 realiza mención expresa al concepto de "economía social de mercado".
- 6 Entre los autores se sostiene que "[el mercado] es un mecanismo de asignación de recursos, o, si se quiere, un criterio de distribución porque responde a la pregunta de cómo los bienes y servicios deben ser distribuidos cuando hay escasez. En este primer sentido, que

directamente con el dinamismo de la economía y con la incerteza de sus términos al confrontarse a términos jurídicos que tienen mayor permanencia temporal. Así, términos económicos como "mercado" son más susceptibles a cambios conceptuales según determinados contextos y fenómenos, frente a términos jurídicos que constan en las diferentes fuentes de derecho y que sólo pueden modificarse mediante actos deliberativos.

El segundo problema, y más usual en la doctrina nacional, se refiere a los recursos interpretativos con los cuales contamos para interpretar la Constitución Económica, problema que no dista mayor cosa del problema interpretativo de la Constitución en general. Así, utilizar sin prevenciones los históricos criterios del Código Civil dominantes en la doctrina durante décadas implica un desconocimiento de la distinta y especial naturaleza de la Constitución en relación con los métodos interpretativos de los restantes instrumentos normativos<sup>7</sup>.

Esta distinción es convenientemente presentada por Aldunate Lizana (1998), para quien estos rasgos particulares de la Carta fundamental

... derivarían por una parte de la propia naturaleza de esta y, por otra, de ciertas dificultades nacidas de su texto. La primera, como un instrumento bajo permanente tensión de las fuerzas políticas, y cuya posibilidad de perdurar en el tiempo no está garantizada por ningún factor externo, sino por el propio consenso fundamental que pueda producirse bajo su vigencia<sup>8</sup>. La segunda, marcada por lo general por la concisión y brevedad del texto constitucional y, por el uso en él, de términos denominados "abiertos", de una textura semántica muchas veces deliberadamente amplia, como es la que acompaña a las referencias a valores o a principios dentro de la Constitución (p. 27).

Retomando la primera dificultad planteada, y en lo que nos atañe, se debe señalar que gran parte de la doctrina constitucionalista chilena, sin distinguir ideológico, ha empleado en su labor interpretativa el método que recurre a la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, es decir, a las *Actas* de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante CENC), recurso carente de rigor y fidelidad, valga la redundancia. Algunas notas nos permiten sostenerlo.

En primer lugar, es altamente controvertible desde la metodología de la interpretación que se utilicen las *Actas*, pues estas no expresan una "histórica voluntad del constituyente" (Aldunate Lizana, 2001). La CENC no fue una comisión constituyente, sino más bien un órgano asesor que trabajó con base en ciertos lineamientos dados por las autoridades del Gobierno militar. Es por

algo se distribuya a través del mercado quiere decir que no hay un interés público envuelto en que quien quiere ese algo acceda a ello" (ATRIA et al., 2013, p. 73).

7 En el mismo sentido VIERA ÁLVAREZ (2013, p. 80).

8 En el mismo sentido BASSA MERCADO (2011; 2007).

esto que las discusiones y conclusiones adoptadas por ella no tienen carácter vinculante como historia fidedigna, siendo incluso modificadas ciertas partes del borrador constitucional en las posteriores dos etapas antes de su promulgación, por el Consejo de Estado y la Junta Militar, modificaciones de las cuales no se dejó registro<sup>9</sup>. En este sentido, recurrir a las *Actas* permitiría sólo dar un contexto al trabajo realizado que posteriormente se concretaría en parte del texto sometido a plebiscito, y no la historia fidedigna en los términos utilizados por el Código Civil dentro de las reglas de interpretación. Así, en estas actas no encontraremos más que doctrina fuertemente sesgada políticamente.

A reglón seguido, otro problema que deriva del anterior punto es que la CENC nació a partir de un gobierno de tipo autocrático y reaccionario a un contexto político en crisis. Por esto las opiniones de sus integrantes no son, como sí sucede en el caso de un órgano representativo, una muestra de debate de la comunidad política nacional respecto a los principios fundamentales que regirán la sociedad y el consenso respecto a esas posiciones constitucionales. En este mismo sentido, Bassa y Viera (2012) señalan que "la Constitución se interpreta desde la diversidad de la sociedad, considerando su techo ideológico abierto y sus normas con estructura de principio; esta interpretación se garantiza a través de la apertura del proceso deliberativo, para satisfacer de mejor manera fines en constante evolución, y no mediante el recurso a las Actas" (p. 665); argumento de autoridad que cierra el debate antes que garantizar la libertad política incorporada en toda Constitución, lo que concede valor *per se* a las opiniones de los comisionados, sin ninguna evaluación crítica de ellas (Masbernat y Hurtado, 2004).

A estas complejidades que presenta el texto constitucional se debe agregar la tendencia de la doctrina a proponer, desarrollar y sostener categorías ajenas al texto de la Constitución, obtenidas ya sea a partir del material bibliográfico disponible de la CENC, o bien de las directrices fijadas por el Gobierno militar, que luego de haber sido consideradas como antecedentes directos del texto, o simplemente descartadas, se han recuperado por la doctrina que secunda a los miembros de la Comisión, con un contenido normativo vago y fundamentación débil, pero con una amplia y notable aceptación en la doctrina, la jurisprudencia y la política, llegando a ser hoy en día categorías indiscutidas dentro de la Constitución<sup>10</sup>.

9 Además es necesario tener presente que mediante el Decreto supremo n.º 260 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 1983, se les dio el valor de actas oficiales a las autenticadas por el Presidente y el Secretario de la Comisión. No obstante esto, el decreto supremo sólo les reconoce el carácter de actas oficiales, y no el valor de historia fidedigna.

10 Lo que VALLEJO GARRETÓN y PARDOW LORENZO (2008, p. 136) denominan *originalismo interpretativo*.

Este apego a los antecedentes constitucionales en la labor hermenéutica constitucional se mantiene incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Muestra de ello, y a propósito del principio de subsidiariedad en comento, es la sentencia rol n.º 352-02<sup>[11]</sup>, que en su considerando 4.º señala:

Que, en dicho precepto se consagra en la Carta Fundamental el principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores del orden social. Al respecto, en el Informe enviado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política al Presidente de la República, con fecha 16 de agosto de 1976, en virtud del cual le hace llegar las proposiciones e ideas precisas que ha de contemplar la nueva Constitución, se expresa que "según él ninguna sociedad superior puede arrogarse el campo que respecto a su propio fin específico pueden satisfacer las entidades menores y, en especial, la familia, como tampoco ésta invadir lo que es propio e íntimo de cada conciencia humana" (p. 42).

### 3. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La complejidad para un acercamiento teórico al principio de subsidiariedad, dada su indeterminación y ambigüedad, como también su marcado sesgo político, nos hace precisar ciertos detalles propios de él antes de proceder a su estudio como un posible principio constitucional rector en la economía.

En primer lugar, el término *subsidiariedad* es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2015) como "la tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o comunitarias", mientras que el *principio de subsidiariedad* es conceptualizado como "criterio que pretende reducir la acción del Estado a lo que la sociedad civil no puede alcanzar por sí misma". Etimológicamente, el término subsidiariedad proviene del latín *subsidium* (de *sub* y *sedere*), que significa socorro, ayuda, o auxilio extraordinario<sup>12</sup>. Según Fermandois (2006), la definición más clara del principio de subsidiariedad es la que está contenida en la encíclica papal *Quadragesimo anno* de 1941, la cual formula 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 inferiores pueden hacer".

11 Sentencia del 15 de julio de 2002 que se pronuncia sobre un requerimiento de 30 diputados para declarar la inconstitucionalidad del proyecto de ley que traspasa la dependencia del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile.

12 Para un análisis más acabado sobre el impacto de la doctrina social de la Iglesia en el concepto de subsidiariedad adoptado por la doctrina chilena ver VIERA ÁLVAREZ (2010).

Si bien esta encíclica representa la primera formulación concreta del principio —y la primera formulación del término subsidiariedad—, no puede ser considerada como su fuente doctrinal exclusiva. Tal como señala Føllesdal (1998), las diversas manifestaciones que durante la historia ha tenido el principio de subsidiariedad puede ser sistematizadas en cuatro categorías: a) la tradición generada a partir del trabajo de Althusius y que se conecta con las corrientes contemporáneas de federalismo y confederalismo, con especial énfasis en la libertad individual; b) la tradición del federalismo fiscal, inspirada en criterios de eficiencia utilizados por la teoría económica; c) la doctrina social de la Iglesia, con énfasis en la justicia y en la noción de bien común, y d) la tradición contractualista de inspiración kantiana, que incluiría a autores contemporáneos como Rawls y Scanlon.

La subsidiariedad, en forma general, envuelve dos dimensiones distintas. Por un lado una *dimensión negativa*, que implica el deber estatal de abstenerse de intervenir en las sociedades intermedias y menores, cuando aquellas realicen eficaz y efectivamente sus fines dentro del bien común; y por otro una *dimensión positiva*, que implica el deber estatal de intervenir en la situación contraria. Entonces, la subsidiariedad consiste en que *el Estado debe abstenerse de actuar ahí donde los particulares satisfacen adecuadamente sus propias necesidades, y que sólo debe actuar cuando estos no pueden o no quieren realizar dicha actividad*.

El principio de subsidiariedad cuenta con al menos tres sentidos que se distancian, en parte, de una interpretación actualizada en materia económica. Tal como lo señala Loo Gutiérrez (2009), el principio de subsidiariedad puede entenderse desde el ámbito de competencia correspondiente al Estado respecto de: a) los individuos, b) los cuerpos o grupos intermedios, y c) otros tipos de organizaciones políticas u otros Estados.

La subsidiariedad respecto a los individuos se expresa como la no injerencia del Estado en los asuntos de la sociedad, pues para ellos el bien común se realizará sólo si ellos logran alcanzar sus propios intereses personales. Es decir, se percibe al bien común como el resultado de la suma de los bienes individuales. Bajo esta lógica, el Estado no puede tener más pretensión que garantizar que los particulares alcancen sus propios fines, pues ese objetivo individual portará a la larga el bien general de la sociedad.

Por otro lado, la subsidiariedad respecto de los cuerpos o grupos intermedios pretende subrayar la prevalencia y precedencia ética, ontológica y teológica de la persona por sobre la organización política del Estado (Covarrubias, 2001, p. 78). Así, este último se encuentra llamado a actuar en el caso de que los individuos, por sí mismos o a través de sus organizaciones sociales, sean incapaces de llevar a cabo las tareas necesarias para sus incumbencias y necesidades<sup>13</sup>. Para ello, la acción del Estado debe ser limitada en cuanto sea

13 Papa Pío XI, Carta Encíclica *Quadragesimo anno*, para. 79.

necesaria, reactiva ante la contingencia del individuo o de los grupos, y siempre en vista a los intereses y objetivos que ellos, libremente, se han autoimpuesto. En este sentido, la subsidiariedad es

... un principio de carácter organizacional y de naturaleza política y jurídica que se aplica a la distribución de competencias entre el Estado y los grupos intermedios y que se resuelve en la afirmación esencial de que el Estado no debe intervenir en las actividades que son de la competencia de los grupos intermedios, a menos que por inexistencia o deficiencia de la acción de tales grupos y en subsidio de la misma, el Estado deba intervenir por convenir al interés general y al Bien Común (Tapia Valdés, 2004, p. 14).

Por último, la subsidiariedad como criterio de delimitación del Estado respecto de otros Estados o tipos de organizaciones políticas difiere de las anteriores concepciones –en cuanto representan un principio de organización social entre el Estado y la sociedad civil–, pasando a constituirse como un criterio de organización político-administrativa (D'Atena, 2001). La subsidiariedad en este sentido es propia de sistemas de organización política-administrativa provenientes del federalismo. Ejemplo de esto es el Tratado de la Unión Europea que expresa: "La Comunidad (Europea) intervendrá en aquellas materias sobre las que ostenta competencias concurrentes con los Estados miembros, cuando la acción de estos sea insuficiente y en consecuencia, sea más eficaz el nivel comunitario"<sup>14</sup>. Es coincidente con esta acepción la definición de subsidiariedad de Yrarrázaval (2011) como "Principio muy importante de la Unión Europea que establece que en las áreas que no caen dentro de su exclusiva competencia, no se adoptarán acciones, salvo que no sea posible que sean acometidas por cada uno de los países miembros" (p. 687).

Una vez diferenciados estos tres enfoques deberemos precisar el concepto de subsidiariedad económica, sus características y su presunta consagración constitucional en Chile.

#### 4. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA

A juicio de gran parte de la doctrina constitucional chilena, la Constitución consagra al principio de subsidiariedad como uno de los principios rectores

14 En este sentido O'LEARY y FERNÁNDEZ MARTIN (1995, pp. 299-322) señalan: "[La] Subsidiariedad debe ser entendida, por tanto, de manera amplia no sólo como el principio jurídico-constitucional positivado en el artículo 3 B TUE, que regula el ejercicio de las competencias concurrentes por parte de la Comunidad, sino como un principio de carácter sociopolítico que ha de inspirar y regir el desarrollo del proceso de integración europea, en lo referente al reparto de competencias entre los diferentes niveles de gobierno, incluido, como se argumentará más adelante, el subestatal". En el mismo sentido BOIXAREU CARRERA (1994).

de lo que denomina "Orden Público Económico" (en adelante OPE), posición mayoritaria desde la dictación de la Constitución de 1980 y cuyo examen pasamos a realizar en los siguientes párrafos.

Sin ahondar en la discusión sobre la existencia o no del OPE<sup>15</sup>, la *subsidiariedad económica* se entiende, para los autores tradicionales, como aquella primacía o preferencia de los particulares para el desarrollo de actividades económicas, derivada de la libertad de empresa consagrada en el artículo 19 n.º 21. En este plano, al Estado sólo le correspondería asumir el desarrollo de actividades económicas en el caso de que los particulares no puedan, no quieran o desarrollen mal esas actividades, absteniéndose en el evento de que se desarrollen por particulares de forma normal<sup>16</sup>. En esta línea, Guerrero (1979) señala que "a grandes rasgos [la subsidiariedad económica] significa que el Estado sólo puede asumir aquellas decisiones y funciones que no pueden realizar los particulares en forma individual u organizada; que las autoridades superiores no tienen ni las decisiones ni las funciones que pueden asumir las autoridades inferiores; la necesaria descentralización de funciones y responsabilidad, y que las sociedades intermedias pasen a desempeñar sólo los roles que le son propios".

Las tesis interpretativas mayoritarias que se han planteado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, identifican en el artículo 19 n.º 21 CPR al principio de subsidiariedad económica<sup>17</sup>. Esta interpretación supone que el Estado sólo *debe* actuar donde los particulares *no puedan o no quieran*, como subgrupo mayor de la sociedad. Y, a pesar de tener amplias facultades, se estima que estas deben ser limitadas. Por medio de esta interpretación primero se justificó la intervención del Estado en la economía en tiempos de crisis, para pasar actualmente a ser entendida como un principio garantista de la libertad económica de los particulares y excluyente y/o limitador de la actuación del Estado.

Para cierta parte de esta doctrina, un poco más extrema, el actuar subsidiario del Estado sólo debe desplegarse mientras los particulares no se encuentren en condiciones de desarrollar estas actividades, debiendo retirarse de este ámbito cuando los particulares superen tales obstáculos. Fermandois (2006, p. 91),

15 Sobre el punto, una interesante serie de trabajos que realizan un análisis crítico del tradicional concepto y su influencia en la jurisprudencia constitucional chilena se puede encontrar en PEREIRA FREDES (2008), SCHÜRMAN (2006) y AVILÉS HERNÁNDEZ (2001).

16 Si bien esta es la concepción tradicional y más frecuente sobre el principio de subsidiariedad en relación con el actuar de los particulares, se han elaborado trabajos que pretenden relacionar el mismo principio con las posibles limitaciones al actuar de la Administración del Estado, con la idea de monopolio e intervencionismo. Ver OELCKERS CAMUS (1982).

17 Se debe tener en cuenta que esta interpretación se hace desde una posición iusnaturalista cristiana, al entender que la Constitución responde a los postulados de la Iglesia católica contenidos en la ya mencionada encíclica *Quadragesimo anno* y que se encuentra parcialmente reformulado de manera más acorde con la economía del mundo actual en el más reciente Catecismo, especialmente en su artículo 2431.

siguiendo esta postura, señala que “[e]l Estado debe retirarse y cesar su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general”.

Sintéticamente, este principio, bajo esta interpretación, se estructuraría alrededor de tres pilares característicos:

- Primacía o preferencia de la iniciativa privada para el desarrollo de actividades económicas;
- Deber de abstención del Estado de desarrollar esas mismas actividades<sup>18-19</sup>,  
y
- Deber de actuación temporal del Estado cuando los particulares no puedan, no quieran o desarrollen mal una actividad económica.

En primer lugar se tiene la primacía de la iniciativa privada para el desarrollo de actividades económicas, en cuanto el artículo 19 n.º 21 inciso 1.º no ha sujetado tal iniciativa a un requisito especial previo habilitante, a diferencia del caso del Estado Empresario (inc. 2.º). En segundo lugar, el deber de abstención del Estado en el desarrollo de esas mismas actividades, pues no le corresponde cumplir aquellos roles que puedan realizar los individuos y las sociedades intermedias organizadas en torno al emprendimiento de actividades lucrativas. Por último, el Estado sólo tendría el deber de actuar temporalmente desempeñando tareas subsidiarias, cesando su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman tales actividades en un nivel compatible y aceptable para el bien común (López Magnasco, 2006, p. 45).

Formulación diferente, más completa y actualizada del principio es la señalada por Vallejo y Pardow (2008), quienes distinguen entre una *aplicación negativa* y otra *aplicación positiva* del principio. Con base en la primera se prohibiría al Estado intervenir o participar en el desarrollo de actividades empresariales respecto de aquellas áreas de la economía donde los particulares estén operando adecuadamente. En su aplicación positiva limitaría la actividad empresarial del Estado solamente respecto de aquellos rubros en que la satisfacción de la demanda de bienes y servicios sea necesaria socialmente y, copulativamente, no esté siendo satisfecha por los particulares, ya sea porque estos no puedan o simplemente porque no quieran hacerlo (p. 137). Esta formulación será la que

18 Gran parte de la doctrina considera que este es el esencial contenido del principio y que complementa la garantía de libertad económica del artículo 19 n.º 21; en este sentido, de modo ejemplar, BERTELSEN REPETTO (1987), SOTO KLOSS (1999) y GUERRERO DEL RÍO (2001).

19 En relación con este deber de abstención se ha discutido sobre su naturaleza jurídica. Al respecto es recomendable revisar las distinciones utilizadas por RUIZ-TAGLE (2006, pp. 323-340) recurriendo a las categorías de derechos elaboradas por JELLINEK, AMUNÁTEGUI y FAVOREU.

consideraremos en el apartado que elabora una crítica al concepto tradicional, conservador y originalista.

Otra mirada distinta, pero complementaria a la anteriormente señalada, es la que ha planteado en su jurisprudencia la Corte Suprema, señalando:

... el principio de la subsidiariedad del Estado debe entenderse como aquel que exige a aquél intervenir en la economía para ayudar a los miembros de la comunidad en el logro del progreso y el desarrollo, lo que conduce a admitir que le corresponde una función activa en el cumplimiento del principio de la subsidiariedad, cuando los particulares no han manifestado interés en ella o, también cuando son incapaces de llevarla a cabo por el volumen de las inversiones que se requiere<sup>20</sup>.

Es claro que para la Corte Suprema la subsidiariedad no se compondría sólo de un deber de abstención estatal o garantía negativa para los particulares, sino de un innegable deber de actuación del Estado en beneficio de la comunidad.

## 5. CRÍTICA A LA NOCIÓN TRADICIONAL DE ESTADO ECONÓMICAMENTE SUBSIDIARIO<sup>21</sup>

Para adentrarnos en la crítica al concepto de principio de subsidiariedad económica y justificar el ejercicio propuesto, consideramos propicio señalar como punto inicial lo expresado por Viera Álvarez (2011):

[A]unque desde la promulgación de la Constitución chilena vigente, la interpretación neoliberal fue la propuesta más aceptada en un comienzo, poco a poco se dejan oír voces que critican esta postura, sea por su radicalidad, o porque el principio no se encuentra en el texto de la Constitución, porque interpreta de manera insuficiente la Doctrina Social de la Iglesia o porque fundar la comprensión de este principio en los postulados originales genera petrificación normativa y descontextualización fáctica (p. 103).

En esta memoria sólo nos haremos cargo de refutar el uso de la expresión literal de subsidiariedad, su radical concepción y, a su vez, negar su reconocimiento total en el texto constitucional.

En primer lugar, creemos conveniente recordar y analizar tres definiciones antes señaladas. La RAE define *subsidiariedad* como la "tendencia favorable a la participación subsidiaria del Estado en apoyo de las actividades privadas o

20 Mersa S.A. con Subsecretaría de Pesca (1995), Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 2798, en Gaceta Jurídica n.º 181, pp. 55-58; o bien Corte Suprema, sentencia de 23 de noviembre de 1995.

21 Adherimos en parte a las críticas señaladas por BASSA MERCADO, VIERA ÁLVAREZ, RUIZ-TAGLE, LOO GUTIÉRREZ, VALLEJO GARRETÓN, PARDOW LORENZO y ZÚÑIGA URBINA, entre otros.

comunitarias". A su vez, el término *subsidiario* es definido como "Que se da o se manda en socorro o subsidio de alguien", y *subsidio* como "Prestación pública asistencial de carácter económico y de duración determinada"<sup>22</sup>.

En las tres anteriores definiciones es evidente que la idea de subsidiariedad se enuncia en términos activos, y no pasivos, lo que se demuestra en las expresiones "tendencia favorable", "participación", "apoyo", "[Q]ue se da o se manda", "prestación pública asistencial", "socorro". Es decir, la RAE sólo considera como un actuar "subsidiario" la faz activa del concepto tradicional, como una acción positiva, un dar o hacer (en términos obligacionales) y nunca como una abstención. Lo último demuestra la desconexión y contradicción que existe entre los conceptos definidos con la interpretación doctrinal clásica dominante que se ha dado a este principio, que considera como esencial en él la idea de Estado abstencionista, vale decir, sólo la faz pasiva.

Nuestra segunda observación a la expresión literal de subsidiariedad postula la inexistencia del término y, consecuentemente, la atenuación del principio en el texto constitucional actualmente vigente. Esto por cuanto en la Constitución no se hace mención alguna a la expresión "subsidiariedad" o "subsidiario" (Loo Gutiérrez, 2009, p. 419). No se alude al término en ninguno de los preceptos que tradicionalmente se utilizan a la hora de construir una interpretación del principio (arts. 1.º inc. 3.º y 19 n.º 21), como tampoco en ningún otro de la Carta. Es evidente que podríamos dudar de la afirmación que exponemos aquí si en la CPR existiese algún precepto que mencionara claramente la expresión "subsidiariedad" o uno de sus derivados (Vallejo y Pardow, 2008, p. 137).

Un ejemplo en el sentido contrario es la Constitución peruana que consagra el principio de subsidiariedad de forma expresa en su artículo 60 como un criterio orientador en la relación Estado-particulares en el ámbito económico<sup>23</sup>, con precisión mayor que el texto chileno, tal como lo reconoce Fernandois (2000). Lo más destacable de esta redacción, a nuestro juicio, es que recoge la faz activa del principio, a diferencia del texto chileno, ya que declara en su artículo 59 que "el Estado estimula la libre empresa y la creación de la riqueza [...]. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades"<sup>24</sup>.

22 Todas las definiciones han sido extraídas del Diccionario de la Real Academia Española, edición del año 2015.

23 "Artículo 60.º El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.  
"Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.  
"La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

24 También es destacable en este mismo sentido la consagración constitucional de un modelo económico. La Constitución peruana señala: "Artículo 58.º La iniciativa privada es

Por otra parte, creemos que la radicalidad que existe detrás de la necesidad de aplicación del principio de subsidiariedad *como un criterio de abstención de realizar actividades empresariales*, se funda en el temor del constituyente ante la posibilidad de que el Estado desarrolle actividad empresarial teniendo el dominio de los medios de producción. Aun cuando el propósito del constituyente fue excluir lo más posible al Estado como participante en la economía bajo la figura del "Estado Empresario", sólo se estableció una norma procedimental en el inciso 2.º del artículo 19 n.º 21, que obstaculiza esa posibilidad, gravándola con un quórum calificado necesario, que es más alto que el de una ley ordinaria. Aún así, es perfectamente factible que el legislador acuerde ese quórum con base en consideraciones políticas contingentes y consensuales, habilitando al Estado para que desarrolle actividades empresariales, incluso siéndole aplicable la legislación común aplicable a los particulares que desarrollan esa misma actividad y cuyas excepciones a esa legislación necesitarán la aprobación por el mismo quórum habilitador.

En este sentido, y siguiendo a Vallejo y Pardow (2008), el inciso 2.º del artículo 19 n.º 21 busca restringir, en términos sustantivos, el rango de opciones constitucionalmente admisibles por el Congreso, buscando, a su vez, restablecer doctrinariamente un principio constitucional de prevención del socialismo, al tenor del antiguo artículo 8.º de la Constitución Política de 1980 (p. 140).

A su vez, la exigencia de ley de quórum calificado habilitante no difiere del principio de legalidad aplicable a toda actuación del Estado y de la Administración. En este sentido Niño Parada (2006, p. 127) sostiene que esta exigencia podría conducirnos a establecer que esta norma es inocua, por cuando si ella no se hubiese contemplado expresamente el Estado de todos modos hubiese requerido de una autorización legal para emprender este tipo de actividades, conforme a lo preceptuado en los artículos 6.º y 7.º CPR, reconocido como el principio de legalidad o juridicidad. C

En consecuencia, lo esencial no está en lo imperativo de una ley, sino en el quórum exigido para la aprobación de la misma.

De las normas examinadas no es posible concluir la consagración constitucional del principio de subsidiariedad, en su histórica y más desarrollada concepción que incluye un deber de actuación. Este, en la práctica, más que un imperativo jurídico o norma de conducta que debe observar el Estado como destinatario de la norma, es una visión u objetivo político, compartido y consensuado por los distintos sectores, no existiendo obstáculos normativos constitucionales para cambiar su devenir. En este mismo sentido adoptamos lo que señala Ruiz-Tagle (2006, p. 332) en el sentido de que la subsidiariedad no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional sino que es una

libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

forma ideológica variable, sin un contenido claro que pueda servir de guía para ordenar la relación entre las personas y el Estado.

Otra visión complementaria es la planteada por Loo Gutiérrez (2009), quien sostiene que la doctrina tradicional ha leído sus postulados normativos con excesiva rigidez, extrapolando e identificando en ella un verdadero principio de no intervención del Estado que se ha confundido con el mentado principio. Agrega que dada esta interpretación, la doctrina tradicional ve el principio donde no lo está, deformando, por consiguiente, el contenido mismo del principio, alterando con ello el sentido de la norma jurídica que se obtiene de la lectura del artículo 19 n.º 21 principalmente (pp. 419-420).

Por tanto, debe rechazarse la postura tradicional que postula el principio de subsidiariedad como interpretación inequívoca del artículo 19 n.º 21 CPR, por las siguientes razones:

- a) *La Constitución no consagra un deber estatal de abstenerse de actuar en materia económica prohibiendo un especial tipo de actuación.* El artículo 19 n.º 21 no establece una expresa prohibición al Estado de actuar de determinada manera en materia económica. Es más, el mismo artículo establece una forma de actuación junto al procedimiento para habilitarla, con las precisiones que a continuación veremos.
- b) *La Constitución no consagra un derecho fundamental de los particulares a que el Estado no actúe en las materias económicas que aquellos no quieran o no puedan desarrollar.* Este punto es significativo dentro de la citada disposición, pues se consagran dos principios y una regla, vale decir, el principio de libertad para desarrollar actividades económicas y el principio de igualdad del Estado con los particulares en materia económica; y además, la regla de quórum especial para la ley que apruebe la actuación empresarial del Estado, teniendo como destinatario al Legislador, y sólo refiriéndose a un requisito formal para alcanzar un consenso político en la adopción de estas decisiones por la mayoría, pero en ningún caso instituyendo un derecho correlativo para los particulares de que el Estado no les compita en el mercado, derecho que, por lo demás, no es necesario ni correcto establecer.
- c) *Consecuentemente, la Constitución no prejuzga la oportunidad de la actuación del Estado empresario* (Schurman, 2006). Si se continúa el análisis se puede entender que la Constitución no reprocha el grado de injerencia que puede tener el Estado en los mercados como agente directamente productor. La norma sólo exige un quórum especial, pero en ningún caso exige que sea excepcional, ni sujeta tal decisión a parámetros sustantivos o hipótesis de actuación como los que se plantean con el principio de subsidiariedad. Es decir, la Constitución correctamente deja para el debate público el nivel de intervención económica del Estado, exigiendo sólo que el acuerdo político se manifieste en una ley de quórum calificado.

- d) Lo que intenta la tesis interpretativa tradicional es sustraer del debate político la oportunidad de la actuación del Estado Empresario. La Constitución suministra el marco dentro del cual deben elaborarse las políticas públicas y guarda silencio respecto de los argumentos morales, políticos o económicos a favor o en contra de políticas públicas específicas. Pensar lo contrario es perjudicial porque traslada el ámbito de decisiones políticas del parlamento a los órganos de control de constitucionalidad, los que carecen de representación democrática, además de desnaturalizar la institución al politizarla, petrificando principios y criterios de decisión en constante tensión política-jurídica.
- e) Podemos concluir, por tanto, que el principio de subsidiariedad económica es un principio dinámico que justifica tanto la intervención estatal en la economía –asumiendo, mediante determinados órganos y funciones administrativas, la provisión de determinados bienes y servicios– como también el retiro de la misma y, consecuentemente, la provisión de los estos por parte de los privados. Los fundamentos para dicha elección no se encuentran en el mismo principio, sino que deben ser hallados en otros principios de justicia –como la libertad y la igualdad– o bien en la configuración específica de los derechos fundamentales relacionados, vale decir, en el grado de exigibilidad que ellos tengan respecto del Estado<sup>25</sup>, grado que no puede sino ser producto de un acuerdo social respecto del adecuado nivel de provisión de dichos bienes y servicios.

## 6. PROPUESTA Y ALCANCE DE UNA NUEVA CLAVE INTERPRETATIVA: LA COOPERACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Sobre la base de lo dicho anteriormente podemos sostener que, si bien existen diversos elementos del principio, ello no permite fijar que este se encuentre consagrado en la Constitución de forma completa, ni menos que su configuración sea autónomamente operable sin un complemento, ya sea de principios de justicia o de la determinación del nivel adecuado de provisión de determinados bienes y servicios. En la Constitución se reconocen los cuerpos intermedios y su debida autonomía, pero no existe ninguna norma que establezca el deber de abstención del Estado cuando los particulares estén realizando efectivamente alguna actividad económica (aspecto negativo), y tampoco una norma que consagre un deber de actuación genérico del Estado si es que a los particulares no les interesa dicha actividad o si definitivamente no han participado de ella (aspecto positivo).

25 En un sentido similar, ALDUNATE LIZANA (2014) y BRIEBA (2015).

A nuestro juicio, la subsidiariedad debe comportar también la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia pública, aparecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa espontánea de los individuos y los grupos intermedios (Loo, 2009, p. 424). En este sentido y desde una mirada teórica, Chaplin (1997) ha sugerido que la intervención de las sociedades mayores (en particular del Estado) puede darse de tres formas distintas: ya sea por medio de actividades *habilitantes*, como proveedor de condiciones generales para que las sociedades menores puedan cumplir sus funciones específicas (como promotor de actividades económicas); por medio de actividades de *intervención directa*, cuando hay una seria deficiencia en las sociedades menores que perjudica el bien común; o por medio de actividades *sustituyentes*, las cuales debieran ser excepcionales y en lo posible temporales, cuando las sociedades menores se revelan incapaces de cumplir alguna función esencial (p. 121). Sólo este último supuesto se encuentra previsto en el artículo 19 n.º 21 CPR, al establecer la posibilidad de actuación empresarial por parte de Estado, lo que nos permite adherir a la mirada reduccionista que la doctrina chilena ha sostenido durante décadas al explicar el contenido propio del principio.

Una interpretación en este sentido concuerda con la idea de que entre el Estado y los particulares puede establecerse un sistema de cooperación, coordinada y eficiente, en que ambos se vean beneficiados. En este sentido, la actividad económica, además de ser una actividad productiva y lucrativa, es una actividad social que se desarrolla dentro de los contextos y reglas de que se ha dotado una sociedad y que cambian tan dinámicamente como la economía. Ella, sea privada o pública, en sí es un movimiento de interrelación entre personas, entre patrimonios, entre intereses y moralidades, que debe desarrollarse dentro de una sociedad, como un "sistema justo de cooperación" (Rawls, 2011, p. 40)<sup>26</sup>.

Dentro de un contexto democrático, la participación del Estado en la economía debe dirigirse hacia la consolidación de instituciones básicas que permitan la justa distribución de recursos, los cuales permitan a su vez el ejercicio de derechos considerados fundamentales e indispensables para la cohesionada vida en sociedad. Para dicha tarea, como señala Cordero (2015, p. 60),

26 Vale decir que, para dicho propósito y basándome en uno de los principales autores de la tradición liberal del siglo XX, JOHN RAWLS, será necesario que este tipo de cooperación social presente tres elementos: a) que la cooperación se guíe por reglas públicamente reconocidas y por procedimientos aceptados por los cooperadores y que ellos consideren como normas apropiadas para regular su conducta; b) que la cooperación implique la idea de condiciones justas de cooperación, vale decir, que estas sean términos que cada participante puede aceptar razonablemente, siempre y cuando todos los demás también las acepten (lo cual se ha identificado con la idea de reciprocidad); c) que en la idea de cooperación social intervenga necesariamente la idea de la ventaja o bien racional de cada participante. Ver RAWLS (2011).

... la principal ventaja relativa del Estado está en la capacidad para producir reglas e imponer su cumplimiento a los miembros de la sociedad. Las mejores capacidades del Estado se expresan en aquellas situaciones en que los individuos tienen incentivos para actuar de forma divergente del bien común. En estas situaciones, el Estado puede proveer reglas del juego que facilitan la coordinación y obligan a todos los individuos a someterse a ellas. El Estado enfrenta los problemas de coordinación de la actividad económica de manera opuesta al mercado: mientras la competencia impide la colusión, el Estado opera por la vía de inducir a la cooperación.

Vale decir, el Estado interviene promoviendo vínculos de coordinación y cooperación recíproca, ya sea entre él y particulares, o solamente entre estos últimos, en cuanto establece reglas concretas dirigidas a viabilizar actividades económicas –no prestadas– en términos de ventajas mutuas, acercando los intereses individuales en pos del bien colectivo.

¿Necesitamos un nuevo principio constitucional de cooperación público-privada? Posiblemente la realidad supera al texto normativo, lo cual debería llevarnos a sostener la falta de urgencia por consagrar un principio de este orden. Diferente es el caso si pensamos en que sí es necesaria una nueva clave interpretativa que permita dar coherencia y legitimidad democrática a las relaciones económicas cooperativas existentes entre el Estado y los particulares que denote el abandono de la dicotomía entre lo estatal y lo privado, retomando la pretensión de construir un concepto amplio de "lo público", y un consecuente régimen jurídico aplicable a ellos. Debemos buscar los fundamentos teóricos para construir una regla o principio constitucional reconociendo, a partir de él, una nueva forma de relación entre la acción estatal y la iniciativa privada, definiendo sus competencias respectivas, como también el deber de actuar conjuntamente en términos cooperativos cuando ciertos supuestos lo establezcan.

A nuestro juicio, la anterior interpretación del principio de subsidiariedad económica es posible y plausible si reconocemos, como un elemento común de toda interpretación, la ausencia de términos que unívocamente nos lleven a sostenerla solo en un sentido, vale decir, solo en referencia a la subsidiariedad tanto activa como pasiva<sup>27</sup>. Lo cierto es que sí son reconocibles elementos de ella (libertad económica o de emprendimiento, iniciativa privada, actividad empresarial del Estado de carácter excepcional sujeta a un consenso político expresado en una regla de quórum reforzado), mas no la totalidad del sentido nuclear del principio. Completar dicho sentido depende de la fuerza normativa

27 En este sentido, RUIZ-TAGLE (2006) señala que "los mandatos constitucionales expresados en la disposición del art. 19 n.º 21 tienen un carácter complejo y que adoptan variadas formas. No podemos circunscribir estos mandatos exclusivamente a un carácter defensivo negativo. También debemos aceptar que esta disposición incluye mandatos de forma activa y positiva respecto de individuos en su relación con el Estado. También se presenta como una garantía y un derecho fundamental de carácter prestacional".

que tenga el artículo 1.º inciso 4.º, particularmente el desarrollo normativo del carácter servicial y promotor del Estado, con el objeto de lograr la "creación de las condiciones necesarias que permitan a todos su mayor realización espiritual y material posible", al tenor del artículo 1.º CPR.

La cooperación pública-privada, en este contexto, no viene a responder la pregunta sobre cuál es la forma a través de la cual el Estado concreta su deber de abstención en materia económica; al contrario, nos permite abrir un abanico de posibilidades de actuación estatal que concretan, valga la redundancia, el deber de actuación o suplencia que la subsidiariedad impone con distintas intensidades de intervención. Así, este principio toma dinamismo y permite establecer una escala gradual de actuación estatal, justificando tanto la ausencia del Estado en mercados que funcionan eficientemente, la regulación económica, la promoción o fomento económico, como la suplencia o asunción de actividades por parte del Estado, ya sea mediante la creación de un órgano administrativo o la gestión empresarial<sup>28</sup>.

El supuesto de hecho para que el Estado despliegue alguna forma de actuación subsidiaria será la necesidad de corregir determinadas fallas de mercado<sup>29</sup> y, específicamente, estimular el emprendimiento privado –y por tanto el mercado– a fin de que funcione de manera eficiente. Básicamente, la comprobación de una falla de mercado debiese funcionar como el supuesto a partir del cual se activa un proceso político-jurídico de determinación de un tipo de actuación estatal –generalmente a través de su Administración– en virtud del cual se suple o intenta corregir dicha falla o bien disminuir los efectos de la misma. Dichas medidas no serán una innovación para el derecho, sino que ya existen en el ordenamiento jurídico chileno, pero no con mención expresa al principio que hemos analizado<sup>30</sup>.

28 Nuevamente RUIZ-TAGLE (2006, p. 340) justifica una extensión de esta reinterpretación al señalar: "A este respecto conviene tener presente que el Estado puede en algunas circunstancias ser la única persona que como empresario puede intervenir para estructurar y organizar una forma económica óptima y ayudar a disciplinar mejor los agentes económicos de un mercado específico. [...] El Estado puede también ser el catalizador de una nueva forma de organización económica, de abrir un nuevo mercado en un área específica cuyos costos de iniciación o acceso son muy altos".

29 El término "fallas o fallos de mercado" se utiliza para hacer referencia a aquellas situaciones en las cuales la oferta por parte del mercado de un determinado bien o servicio no es eficiente, ya sea porque el mercado suministre más cantidad de lo que sería eficiente o también porque el mercado proporcione menos cantidad de un determinado bien o servicio de lo que sería eficiente. Los ejemplos clásicos de este tipo de fallas son las estructuras de mercado, la competencia imperfecta, las externalidades, la información asimétrica, los bienes públicos y la discriminación de precios, entre otros. Señala STIGLITZ (2000) que el reconocimiento de las limitaciones del Estado para corregir fallas de mercado implica también que el mismo debe intervenir únicamente en los campos en que son más importantes estas fallas y en donde existen pruebas de que su intervención puede suponer una mejora (p. 18).

30 En el derecho administrativo chileno existe una normativa básica, pero no por ello es

A modo de ejemplo, una de esas opciones consiste en subvencionar la competencia en mercados carentes de ella<sup>31</sup>, sin que esto signifique la creación de una empresa pública ni el uso de la coacción, entre los cuales se encuentra la actividad subvencional. La idea fundamental que se encuentra en este tipo de instrumentos es tan elemental como novedosa: buscar igualdad a través de instrumentos de libertad como lo es el mercado. El Estado no crece ni se retira, sino que colabora y coordina necesidades públicas con intereses privados utilizando los medios jurídicos y económicos que posee. Este tipo de cooperación encuentra aun mayor justificación cuando aquellos bienes y servicios que se subvencionan representan medios idóneos para el ejercicio de derechos fundamentales, como lo es la libertad de expresión o de trabajo, pero también permite el desarrollo de políticas que permiten el acceso igualitario al mercado y sus beneficios.

## BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, E. (1998). Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica. *Revista Chilena de Derecho* (n.º especial), pp. 27-31.

ALDUNATE LIZANA, E. (2001). La desconstitucionalización de la Constitución. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 22, pp. 17-36.

insuficiente o está dispersa, y que hace viable este tipo de ayudas económicas. Se cuenta con una institucionalidad que dota de atribuciones y controles administrativos, junto con órganos con competencias específicas según el mercado que se trate. La principal dificultad viene del hecho de que en las últimas décadas, si bien ha tenido gran desarrollo práctico la actividad de fomento económico, no ha sucedido lo mismo en la doctrina. A la escasez de trabajos que aborden el tema se suma lo erráticos y confusos que han sido el análisis y la elaboración de conceptos y categorías (como la distinción entre subvención y subsidio), lo cual ha dificultado un desarrollo más específico y acabado sobre la materia, como también la explicación de esta actividad.

- 31 Un caso paradigmático de ello es el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones creado en virtud de la Ley n.º 19.302. Los recursos de este Fondo se entregan a los operadores por concurso público para ampliar la cobertura y penetración del servicios de telecomunicaciones en sectores marginados, convirtiendo en rentables proyectos que de otra forma no hubieran sido viables para el sector privado. Así lo ratificó la sentencia causa rol C 179-08, caratulada como "Netland Chile S.A. y Marcom Ltda. con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones" del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tribunal que, a propósito de la necesidad de este subsidio que fundamentaría la legalidad de su otorgamiento, señaló que "no se agota necesariamente —como pretenden las demandantes— con la asignación de subsidios destinados a aumentar la extensión geográfica de tales servicios, de manera que se permita el acceso a personas que habitan en localidades que carecen de los mismos. Ciertamente incluye la posibilidad de que se aumenten los niveles de penetración de tales servicios en zonas que ya presentan alguna cobertura, así como la mejora de su calidad, de modo que se preste en condiciones que se asemejen más a las que prevalecen en otras zonas del país" (considerando trigésimo segundo).

- ALDUNATE LIZANA, E. (2008). *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALDUNATE LIZANA, E. (2015). De los derechos sociales de prestación al gobierno autocrático: una discusión sobre el concepto de derechos sociales y su exigibilidad ante tribunales. *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 21-42.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. 3.ª ed. Granada: Comares.
- ATRIA, F. (2013). *Neoliberalismo con rostro humano (Veinte años después)*. Santiago: Catalonia.
- ATRIA, F. et al. (2013). *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago: Debate.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, V. (2001). Orden público económico: noción crítica. *Revista de Derecho Público*, 63, pp. 329-338.
- BASSA MERCADO, J. (2007). Los caracteres del Estado constitucional de derecho y la flexibilidad de su interpretación. *Revista de Derecho Público, Universidad de Chile*, 69 (2007), pp. 104-121.
- BASSA MERCADO, J. (2011). Elementos teóricos para la interpretación constitucional. Algunas reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle. *Revista de Derechos Fundamentales*, 5, pp. 15-42.
- BASSA, J. y VIERA, C. (2012). Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38 (1), pp. 661-683.
- BASSOLS COMA, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- BASSOLS COMA, M. (1992). La Constitución Económica. *Revista de Derecho Público de España*, 36, pp. 277-290.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. 3.ª ed. Santiago: Legal Publishing.
- BERTELSEN REPETTO, R. (1987). El Estado empresario en la Constitución de 1980. *Revista Chilena de Derecho*, 14 (1), pp. 115-125.
- BOBBIO, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- BOIXAREU CARRERA, A. (1994). El principio de subsidiariedad. *Revista de Instituciones Europeas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* 21, n.º 3, pp. 771-808.

- BRIEBA, D. (2015). La subsidiariedad es útil, pero subsidiaria. En ORTÚZAR, P. (ed.). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 171-204.
- CALDERA DELGADO, H. (1990). Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el capítulo I "Bases de la Institucionalidad" de la Constitución Política de 1980. *RDJ Doctrina*, LXXXVII, 1, pp. 25-33.
- CAMACHO CEPEDA, G. (2010). La actividad sustancial del Estado. En PANTOJA BAUZÁ, R. (coord.). *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV. Santiago: Legal Publishing.
- CEA EGAÑA, J. L. (2000). *Derecho constitucional chileno*. 2.<sup>a</sup> ed. Santiago: Universidad Católica de Chile.
- CHAPLIN, J. (1997). Subsidiarity: The Concept and The Connections. *Ethical Perspectives* 4, n.º 2, pp. 117-130.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, P. y GARCÍA PINO, G. (2014). *Diccionario Constitucional*. Santiago: Ediciones Tribunal Constitucional.
- CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- COVARRUBIAS CUEVAS, I. (2001). El principio de subsidiariedad. En NAVARRO BELTRÁN, E. (ed.). *Veinte años de la Constitución chilena: 1981-2001*. Santiago: Conosur.
- CRISTI, R. (2006). Propiedad y derechos subjetivo. En CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. *La República de Chile, Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago: LOM Ediciones, pp. 235-253.
- CRISTI, R. y RUIZ-TAGLE, P. (2006). *La República de Chile, Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*. Santiago: LOM Ediciones.
- DONATI, P. (2009). What does "subsidiarity" mean? The Relational Perspective. *Journal of Markets & Morality*, 12, n.º 2, pp. 21-243.
- DWORKIN, R. (2014). *Justicia para erizos*. Buenos Aires: FCE.
- D'ATENA, A. (2010). Costituzione e principio di sussidiarietà. *Quaderni costituzionali. Revista de Derecho Político*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 79, pp. 255-284.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (2000). La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas. *Revista de Derecho de Valdivia*, XI, pp. 47-54.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2006). *Derecho Constitucional Económico I*. Santiago: Universidad Católica de Chile.

- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2000). El orden público económico bajo la Constitución de 1980. *Ius Publicum*, 4, pp. 63-78.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2005). Ripert y su influencia en el concepto de orden público económico: auge y caída de una visión dirigista. *Revista Chilena de Derecho*, 32, n.º 1, pp. 7-18.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1991). Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. *Obras Completas*, 3, III. Madrid: CEC, pp. 2851 ss.
- GARCÍA, J. F. y VERDUGO, S. (2015). Subsidiariedad: mitos y realidades en torno a su teoría y práctica constitucional. En ORTÚZAR, P. (ed.). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 205-225.
- GUERRERO BÉCAR, J. L. (2000) La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 n.º 21 y la Constitución Económica. *Persona y Sociedad*, 3, pp. 141-156.
- GUERRERO DEL RÍO, R. (1979). La Constitución Económica. *Revista Chilena de Derecho*, 6 (1979) 1-4, pp. 79-94.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2009). La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33, pp. 391-426.
- LOO GUTIÉRREZ, M. (2014). *Il principio di sussidiarietà e solidarietà nel partenariato pubblico privato contrattuale*. Roma: Aracne.
- LÓPEZ MAGNASCO, S. (2006). *Garantía constitucional de la no discriminación económica*. Santiago: Jurídica de Chile.
- MASBERNAT MUÑOZ, P. y HURTADO CONTRERAS, J. T. (2004). Crítica al concepto de orden público económico. *Revista de Derecho Público*, 66, pp. 201-223.
- MAYOL, A. (2012). *El derrumbe del modelo. La crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago: LOM Editores.
- NIÑO PARADA, E. (2006). *La vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado*. Santiago: Lexis Nexis.
- OELCKERS CAMUS, O. (1982). Acción interventora económica de la Administración Pública y principio de la subsidiariedad. *RDPUCV*, 6, pp. 317-331.
- O'LEARY, S. y FERNÁNDEZ MARTIN, J.M. (1995). ¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de subsidiariedad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 90, pp. 299-322.

PAPA PÍO XI. "Carta Encíclica *Quadragesimo anno*".

PEREIRA FREDES, E. (2008). Orden público económico: una propuesta de conceptualización. *Derecho y Humanidades*, 13, pp. 157-171.

PETERSEN CORTÉS, M. (2015). Subsidiariedad, neoliberalismo y régimen de lo público. En ORTÚZAR, P. (ed.). *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad, pp. 139-167.

PIERRY ARRAU, P. (1985). Algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado. *Revista de Derecho Público*, 37-38, pp. 219-239.

RAWLS, J. (2010). *Teoría de la Justicia*. 7.<sup>a</sup> reimpr. Ciudad de México: FCE.

RAWLS, J. (2011). *Liberalismo Político*. 6.<sup>a</sup> reimpr. Ciudad de México: FCE.

RUIZ-TAGLE VIAL, C. (2013). *Curso de Derecho Económico*. 2.<sup>a</sup> ed. Santiago: Librotecnia.

RUIZ-TAGLE VIAL, P. (2000). Principios constitucionales del Estado empresario. *Revista de Derecho Público*, 62, pp. 48-65.

SCHÜRMAN O., M. (2006). Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica. *Derecho y Humanidades*, 12, pp. 217-229.

SOTO KLOSS, E. (1985). La autonomía de los cuerpos intermedios y su protección constitucional. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, LXXXV, 2, pp. 53-62.

SOTO KLOSS, E. (1986). Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad. (Una aproximación). *Revista de Derecho Público*, 39-40, pp. 32-49.

SOTO KLOSS, E. (1995). La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad. *Revista de Derecho Público*, 57-58, pp. 13-28.

SOTO KLOSS, E. (1999). La actividad económica en la Constitución. *Ius Publicum*, 2, pp. 119-128.

SOTO KLOSS, E. (2000). Legitimidad de la distribución gratuita, por un tercero, de un periódico en la Red de Transporte de Metro S.A. El uso de la marca Metro. *Revista Chilena de Derecho*, 27 (2), pp. 225-250.

SQUELLA NARDUCCI, A. (2014). *Igualdad*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso.

STIGLITZ, J. (2000). *La economía del sector público*. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid: Bosch.

TAPIA VALDÉS, J. (2004). Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización. *Revista Corpus Iuris Regionis*, 4, pp. 11-28.

- VALDÉS PRIETO, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- VALLEJO GARRETÓN, R. y PARDOW LORENZO, D. (2008). Derribando mitos sobre el Estado empresario. *Revista Chilena de Derecho*, 35, pp. 135-156.
- VIERA ÁLVAREZ, C. (2010). La interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena. Una mirada crítica a su fundamento en la Doctrina Social de la Iglesia. *Revista de Ciencias Sociales*, 57, pp. 103-132.
- VIERA ÁLVAREZ, C. (2013). *Libre iniciativa económica y Estado social. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena*. Santiago: Thomson Reuters.
- YRARRÁZVAL, A. (2011). *Diccionario Jurídico-Económico*. Santiago: Ediciones UC.
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2001). Constitución Económica y Estado empresario. *Revista de Derecho Público*, 63, pp. 339-374.