

Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica

MIGUEL SCHÜRMAN O.*
UNIVERSIDAD DE CHILE

Resumen: Esta ponencia constituye un intento por abandonar y rechazar el concepto de Orden Público Económico del debate público y, en especial, del ámbito propio de la argumentación en base a la Constitución Política de la República. Una vez rechazado el concepto en general, se analizará la interpretación habitual que se realiza del artículo 19 N° 21 de la Constitución, como disposición fundamental que consagraría el “principio de subsidiaridad” en materia económica, bastidor filosófico de la “Constitución Económica”. Concluyendo que tal principio no está consagrado expresamente, y sólo constituye una alternativa interpretativa que, por lo demás, debe rechazarse por ser autoritaria en lo que se refiere al aspecto político y por nefasta en sus consecuencias jurídicas. Para finalizar con una propuesta interpretativa del precepto que se aviene más con el principio democrático y la dogmática de los derechos fundamentales.

Abstract: This article constitutes attempt to give up and reject the concept of Economic Law and Order from the public debate and, specially, from arguments based on the Constitution. Once Economic Law and Order had been rejected as a concept in general, the article analyses the common interpretation that is made of the article 19 N° 21 of the Constitution, like a fundamental disposition that consecrates the principle of subsidiarity in economic matter, philosophical frame of “Economical Constitution”. It concludes that this principle it's not consecrated specifically, therefore it could only constitute an alternative interpretation, which must be rejected for being authoritarian in a political aspect and for its ominous legal consequences. It finalizes with an interpretative proposal of the concept related to a democratic principle and the dogmatic of the fundamental rights.

Palabras clave: orden público económico, interpretación constitucional, principio de subsidiaridad, constitución económica, derechos fundamentales.

Key words: Economic Law and Order, Constitutional interpretation, principle of subsidiarity , Economical Constitution, Fundamental Rights.

¿Existe el Orden Público Económico? ¿Se encuentra consagrado en la Constitución el principio de Subsidiaridad? La opinión frecuente de nuestra doctrina y jurisprudencia ha sido responder afirmativamente ambas preguntas, pero, por supuesto, sin detenerse a argumentar su respuesta. La respuesta de estas preguntas no es algo trivial. Una respuesta adecuada es crucial para la resolución de conflictos jurídicos que se susciten por la correcta interpretación de los preceptos constitucionales con relevancia

* Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad de Chile.

económica, además de tener consecuencias importantísimas para un eventual control de constitucionalidad de las leyes que regulen estas materias o que le permitan al Estado empresario actuar en la producción de bienes y servicios.

Para responder a las preguntas iniciales se debe, en primer lugar, examinar brevemente la doctrina y jurisprudencia nacional que se han referido al tema y realizar un diagnóstico de la situación actual, para luego revisar en especial la postura de Arturo Fermandois, por ser la formulación más moderna del concepto y el blanco principal de mis críticas. En segundo lugar, se señalará por qué debe abandonarse el concepto de Orden Público Económico (OPE, en adelante) de la argumentación jurídica. En tercer lugar, se realizará un análisis de la interpretación dominante del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República (Constitución, en adelante), como la disposición fundamental en lo que concierne a la Economía Política. Para finalizar con una propuesta interpretativa propia, más acorde con la Constitución como norma jurídica fundamental y con el Principio Democrático.

1.- Revisión de la Doctrina y Jurisprudencia que fundamenta en la noción de OPE soluciones para conflictos jurídicos con relevancia económica.

1.1.- Doctrina: La escasa e inarticulada doctrina que existe sobre la materia se suele clasificar en:

- Tesis Funcionales: Estas tesis entienden al orden público económico como la justificación de la necesaria intervención del Estado en la Economía. Así es entendido el OPE como conjunto de medidas y reglas legales que dirigen la economía. Aquí se suele ubicar a toda la doctrina chilena anterior a la dictación de la Constitución de 1980, siguiendo a la doctrina francesa, especialmente a Ripert y Farjat¹, que basa su definición en la noción de dirección de la economía por los medios de intervención propios del Estado limitando la autonomía de la voluntad.
- Tesis Materiales: Son aquellas que apuntan más al supuesto contenido del OPE. Estas tesis surgen a raíz de la dictación de la Constitución de 1980, la cual consagró un conjunto de normas relativas a la economía con el más alto rango jurídico. El exponente más influyente de esta tesis en la jurisprudencia es el profesor José Luis Cea Egaña, el cual define el OPE como “*el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución*”². Tesis que algunos critican como neutra, descriptiva y por considerar que admite como contenido del OPE normas de todo tipo de jerarquía.
- Tesis Situacionales: Son aquellas que contemplan como eje central del concepto la noción de orden. Estas tesis son definidas, por sus propios autores, como modernas y acordes con la Constitución de 1980, ya que expresarían la consagración de opciones valorativas específicas del constituyente. Los principales autores que proponen estas tesis son Avilés Hernández y Arturo Fermandois.

Avilés Hernández define al OPE como “la recta ordenación de los diferentes elementos sociales en su dimensión económica que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades del hombre”³. Para este

¹ Ambos citados por FERMANDOIS V., Arturo, “Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, en *Ius Publicum, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago*, N° 4, pp. 63 a 78.

² CEA E., José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 158.

³ AVILES H., Víctor. *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Santiago, Editorial Conosur, 1998.

autor, el OPE es un orden que proviene de una realidad valórico-social, a la que denomina Orden Natural Económico y junto a este elemento se ubica el jurídico positivo⁴.

- Finalmente se ubican las tesis que impugnan la validez o existencia del OPE por considerarse innecesario, impreciso o nefasto como práctica argumentativa. Entre estas, la visión más potente está en Pablo Ruiz-Tagle⁵, visión que comparto en sus consecuencias, aunque con un razonamiento distinto.

1.2.- Jurisprudencia: Por su parte, la jurisprudencia que ha fundamentado sus sentencias en base al concepto de OPE es vasta, pero, como es común en nuestro Derecho, todas se caracterizan por sólo citar este concepto sin explicar lo que entienden como contenido del mismo, ni fundamentar su existencia, por lo que sustantivamente nos encontramos ante sentencias que no cumplen con el mínimo de racionalidad exigible, de modo que permita una correcta sociabilización de las resoluciones judiciales y una accesibilidad racional mínima a sus fundamentos. Asimismo, existe en las sentencias que aluden al OPE una disparidad de funciones atribuidas a éste, disparidad que aumenta la incertidumbre al momento de enfrentarnos a una decisión judicial que, supuestamente, se fundamente en el OPE.

El OPE ha sido citado por la jurisprudencia, fundamentando sus decisiones, en tres distintos sentidos, a saber:

- OPE como límite a la autonomía de la voluntad. Esta corriente jurisprudencial corresponde a la más antigua y frecuente en nuestros tribunales de justicia, y responde a la concepción clásica de Orden Público Económico que lo asimilaba al Orden Público Civil, como límite infranqueable de la autonomía individual de los particulares. Un buen ejemplo de esta postura es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1988, que desestimó, en nombre del OPE, determinadas convenciones celebradas por particulares en materia bancaria, señalando en lo pertinente que "*Dicho Contrato tiene objeto ilícito, pues contraviene lo que esta expresamente prohibido por la ley y por ser contrario al Orden Público Económico*"⁶.
- OPE como justificante especial del poder sancionatorio del Estado. Para esta corriente jurisprudencial el Orden Público Económico constituye un bien jurídico relevante que se debe resguardar por medio de la sanción civil o penal de su infracción⁷.
- OPE como fuente del poder regulatorio del Estado en materia Económica. Esta corriente se centra en la intervención reguladora del Estado en las relaciones económicas⁸.

El resultado de esta breve revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional es alarmante, hay una disparidad inaceptable de concepciones y un vacío en la fundamentación de las sentencias que debe preocupar a todo agente que interactúa en el mercado nacional. Todo tipo de decisión judicial, con relevancia económica, puede aludir al concepto de OPE, teniendo decisiones contradictorias y arbitrarias sin más fundamentación que la alusión a un concepto que supuestamente todos conocemos, pero que realmente nadie sabe ciertamente a lo que se refiere. En este sentido concordamos con el diag-

⁴ Sin perjuicio de la toma de postura posterior frente al concepto, no se puede dejar pasar que este autor no sepa que la palabra valórico no existe, sino que es valorativo (RAE). Y, en segundo lugar, que adopta la visión más clásica del Derecho natural como superior e informador del derecho positivo, visión absolutamente obsoleta y criticada desde sus bases, por la moderna Teoría General del Derecho vinculada al Positivismo Analítico.

⁵ RUIZ-TAGLE V., Pablo. "Principios Constitucionales del Estado Empresario", en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 62, año 2000, pp. 48 y ss.

⁶ Publicada en LXXXV *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1988), página 65.

⁷ Dos sentencias relevantes y ejemplificadoras de esta corriente jurisprudencial son las de la Corte Suprema publicadas en Fallos del Mes N° 294 (mayo de 1983), pp. 171 y 200.

⁸ Siendo la que más claramente recoge esta tendencia, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2762-91, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 144 (junio, 1992).

nóstico inicial de Arturo Fermandois, quien señala que “No hay certidumbre alguna sobre la esencia del OPE en nuestro medio. Existen definiciones doctrinarias y reconocimientos judiciales de la misma, pero su aplicación aparece justificando resultados económicos-constitucionales tan diversos, que no quedan dudas acerca de la ambigüedad y difusas fronteras en que ha navegado en los últimos años”⁹.

Ante esta constatación se plantean dos alternativas posibles: una reformulación del concepto de Orden Público Económico, intento llevado a cabo por Fermandois, o un abandono definitivo del concepto, como aboga parte de la doctrina, tendencia a la que suscribo.

Arturo Fermandois, ante la constatación que realiza del estado dogmático del concepto, intenta darle un giro a la doctrina, de modo de adecuarla al cambio de Constitución que sufrió este país en el año 1980. Este autor propone un concepto, en sus propios términos, principalmente garantista, moderno y acorde con la Constitución actualmente vigente, que entiende 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 de lo posible y en un marco subsidiario, 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”¹⁰. Con este concepto critica a las otras propuestas por no vincularse a la Constitución y, por ende, desligarse de las supuestas opciones libertarias y subsidiarias de ésta. Así las cosas, entiende que el Estado tiene un rol subsidiario en la economía, elevando a calidad de obligación del OPE asegurar el pleno disfrute de las garantías constitucionales, el cual considera plenamente operativo en el foro por medio de los principios de Supremacía Constitucional y Vinculación directa de los artículos 6 y 7 de la Constitución.

La tesis que lleva adelante Fermandois, para salvar de las garras de la indeterminación al concepto de OPE, toma como bastidor filosófico el principio de Subsidiaridad. Para este autor, el principio de Subsidiaridad fundamenta todo nuestro orden Constitucional y, en especial, se encontraría consagrado en materia económica en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, principio eje y elemento central de su tesis. Sin embargo, y de manera sospechosa al apartarse de las normas positivas de la Constitución, entiende como un peligro el confundir el OPE con las normas que consagra, las cuales no son sino herramientas de las que se vale, debido a que éste es mucho más de lo que positivamente se encuentra consagrado. Entonces ¿qué es el OPE? El OPE es una noción “Meta-normativa” que no sólo incluye normas, sino que también elementos sociales de naturaleza económica, dado que incorpora “todos los elementos económicos presentes en la sociedad, públicos o privados”¹¹ y, en este sentido, no sólo las normas constitucionales forman parte del OPE, sino que todas las normas que cumplan con los criterios procedimentales de validez exigidos por la propia Constitución y que sean concordantes sustantivamente con la supuesta opción que tomó el constituyente en materia económica, además de elementos no normativos como son los elementos económicos presentes en la sociedad en un momento dado.

Arturo Fermandois tiene la pretensión de constituir al OPE, con esta nueva comprensión del concepto, en una herramienta concreta, eficaz y esencial para resolver conflictos jurídicos, toda vez que éste es directamente operativo debido a su consagración en la Constitución.

⁹ FERMANDOIS, Arturo. Op. cit., p.63.

¹⁰ *Ibid.*, p. 76.

¹¹ *Idem.*

2.- Razones para cambiar la práctica y abandonar el concepto de Orden Público Económico.

Sobre la base de los elementos ya evaluados, no se puede menos que rechazar el concepto del OPE como una “herramienta esencial y concreta”, de tipo garantista, para la argumentación jurídica de las sentencias. Este rechazo tiene su base en argumentos que estarán dirigidos especialmente contra la formulación de Fernandois, sin perjuicio de también rechazar cualquier concepto de OPE que se proponga como argumentación esencial y concreta de solución de conflictos jurídicos.

El concepto de Orden Público Económico debe rechazarse sobre la base de los siguientes argumentos:

2.1.- No es unívoco. Esta crítica está dirigida a la multiplicidad de formas de entender el OPE en la doctrina y jurisprudencia, lo que lleva a que, cuando se falla un litigio, en base a estos criterios, no se puede determinar a qué noción de OPE adhiere el respectivo tribunal. Esto produce arbitrariedad e inseguridad jurídica de los agentes que actúan bajo nuestro Derecho, sin desestimar la falta de racionalidad y fundamentación mínima de que adolecen estas sentencias, al fallar sin explicitar los argumentos sustantivos con los que se resuelve el litigio llevado a su conocimiento.

2.2.- No es concreto. Esta crítica se dirige principalmente contra las nociones de OPE que incluyen en éste todas las disposiciones constitucionales que se consideran importantes desde una visión económica, lo que produce en términos del profesor Ruiz-Tagle, una “*inflación galopante del concepto*”¹². Esta indeterminación llega a su mayor expresión cuando se le adhieren situaciones sociales y económicas determinadas, lo que produce -en el fondo- que el juez tenga su noción económica sobre el litigio y falle a partir de ella¹³.

Esta falta de concreción del concepto y su invocación sin mayores razones redundan en que de un concepto con intenciones garantistas (según Fernandois), se pase a un concepto que vulnera una de las máximas garantías de racionalidad de las resoluciones judiciales, la fundamentación de las sentencias. En este sentido, el requisito de fundamentación de las sentencias no es sólo un formalismo necesario para tomar una decisión que zanje el conflicto jurídico, sino que constituye una garantía y expectativa de racionalidad para los ciudadanos, de modo que les permita aceptar racionalmente las decisiones judiciales como correctas o legítimas. Esta accesibilidad racional a la decisión de un tribunal, permite el control de la corrección de las decisiones judiciales, control social que es esencial para una adecuada aplicación de las normas.

Esto es justamente lo crucial en esta crítica, ya que *el señalar que se decide un conflicto sólo aludiendo al OPE como fundamento es lo mismo que decir que se resuelve porque sí* o, mejor dicho, por la noción económica que como adjudicador tengo del litigio.

2.3.- Constituye una argumentación falaz, por la tautología que encierra el concepto OPE. La existencia del OPE se justifica en las disposiciones que consagra la Constitución como un supraconcepto, que las envuelve, pero a su vez se comprenden estas disposiciones como una “emanación” del concepto del OPE, *lo que produce una argumentación exquisitamente circular, al justificar la existencia del OPE por medio de las normas que supuestamente emanan de él*. Si bien esta falacia es propia de las tesis que intentan justificar las normas en órdenes trascendentales superiores a los jurídicos, ello no obliga al resto de los intérpretes, que racionalmente entendemos que las normas jurídicas responden a un consenso valorativo de la comunidad jurídica en un momento dado y como una decisión susceptible de

¹² RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. Op Cit. P. 59.

¹³ Sobre esto ver ATRIA L. Fernando. “*Legalismo, derechos y política*”, especialmente el tercer apartado, apuntes de clases. Si bien la crítica del profesor Atria es más extrema, tendiente a demostrar lo ilegítimo de la Justicia Constitucional, para los efectos de rechazar la noción de OPE me basta con destacar su nivel de concreción aún menor que el de las normas constitucionales.

evolución por medio de la interpretación conforme a criterios generales, y que, por ende, entendemos su argumentación como que el OPE existe porque sí, a renunciar a tales concepciones. Este argumento es decisivo en cuanto se proponga la aplicación de un OPE más allá de las disposiciones consagradas en la Constitución, ya que esta extensión se basaría en un concepto falaz, pero en lo que se refiere a las disposiciones que están consagradas en la Constitución, no tiene consecuencia alguna esta crítica, más allá de demostrar la inutilidad del concepto.

Por supuesto que esta crítica se hace extensiva a la pretensión de identificar un Orden Natural Económico, toda vez que ésta visión corresponde a la teoría del Derecho Natural de vertiente cristiana. Tanto Fernandois como Avilés Hernández intentan identificar un Orden Natural Económico, del que se deriva el OPE, vinculando el Derecho positivo a este orden, por intermedio de la mediación normativa que ven en la Constitución. Sin perjuicio de identificar una vez más la falacia naturalista en la argumentación jurídica nacional, la crítica a ésta concepción se complementa con la siguiente.

2.4.- Responde a una postura Conservadora y autoritaria de entender la Constitución y la política. Las concepciones más divulgadas del OPE, al consignar entre su contenido los elementos económicos presentes en la sociedad y los valores en que se funda, *lo que intentan es conservar el orden económico de un país de un momento determinado*. Si bien no es una crítica propiamente tal que la postura sea conservadora, al ser una postura política admisible, permite desenmascarar la ideología que sustenta la tesis.

Sin embargo, sí es grave y sintomático que la interpretación propuesta constituya una tesis autoritaria, ya que no es una postura legítima en el debate político como el que se refiere a la política económica de un país. Porque si nosotros entendemos que el OPE se encuentra consagrado en la Constitución, y que ésta vincula las decisiones del Legislador por los artículos 6° y 7° de la misma, esta vinculación *implica que toda decisión del Legislador que altere este orden actual sería inconstitucional* y, por ende, invalidable por los órganos de control constitucional. De este modo, un aspecto tan relevante de la política, como es la política económica que desarrolla un país, quedaría sustraído de la política contingente y de la decisión de la mayoría de nosotros, para dejarla en manos de jueces que decidan la cuestión, pudiendo desestimar la voluntad de la mayoría expresada por el Legislador.

En este sentido, a modo de ejemplo, una mayoría política de carácter progresista, aún cumpliendo los requisitos formales para llevar adelante su programa económico, que busca un mayor bienestar social por intermedio de una ampliación de la actuación del Estado en la producción de bienes y servicios, podría ser invalidada por alterar un supuesto orden inmodificable para la mayoría.

2.5.- No es idóneo, ni necesario para limitar la voluntad de las Mayorías. Como ya se ha anunciado en el punto anterior, al debatir la pertinencia de éste tipo de conceptos en la argumentación de nivel constitucional se debe tomar en cuenta las consecuencias de una determinada tesis.

Como bien es sabido, el carácter contramayoritario que tiene la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico y con carácter vinculante para el Legislador, trae como consecuencia principal que las disposiciones consagradas en aquélla sean inmodificables por simples mayorías legislativas. Si nos hacemos cargo de esta característica, *se deben tomar con seriedad las tesis que intentan interpretar la Constitución, debido a que buscan, en definitiva, imponer una cierta visión por sobre lo que piensa la mayoría, representada por el Poder Legislativo*. De este modo, todo intento de limitación a la voluntad de las mayorías requiere de una fundamentación especial y adicional para ser aceptable racionalmente.

En este sentido, y en atención a todas las críticas ya señaladas, el concepto de OPE no es idóneo para limitar la voluntad de la mayoría, toda vez que lo que se intenta hacer es entregar parte relevante de lo que constituye los pilares de la política económica de un país a jueces, no elegidos democráticamente, para que solucionen un conflicto eminentemente político y no jurídico, en base a términos etéreos como el de OPE, el cual suponen sabido y compartido por toda la comunidad, lo que se ha demostrado como falso.

También es innecesario el concepto de OPE para limitar la voluntad de las mayorías, dado que no se debe proteger a las minorías por medio del control de constitucionalidad, más allá de las garantías que explícitamente se encuentran consagradas por la Constitución, toda vez que *una interpretación extensiva en este ámbito sólo rigidiza la visión económica del país, sustrayéndola del debate político y, por ende, de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos.*

Estos argumentos serán mayormente desarrollados en los siguientes apartados.

3.- El principio de Subsidiaridad como fundamento del OPE

Desechada formalmente la noción de OPE como concepto esencial y concreto en la argumentación constitucional, se debe evaluar la pertinencia de la interpretación del artículo 19 N° 21 de la Constitución¹⁴ en base al principio de Subsidiaridad, toda vez que la noción de OPE formulada por Ferrandois reconoce como bastidor filosófico éste principio, el que se encontraría directamente consagrado en aquel precepto de la Constitución. Es decir, sin perjuicio de haber desechado la noción de OPE, debemos evaluar si la interpretación que se ha realizado del precepto constitucional, fundamental en materia económica, es la correcta.

Las tesis interpretativas absolutamente mayoritarias que se han planteado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para comprender el artículo 19 N° 21 de la Constitución, identifican, de algún modo, el principio de Subsidiaridad como parte integrante del precepto. Se debe tener presente, en primer lugar, que ésta interpretación se hace desde una postura *ius naturalista* cristiana, ya que se entiende que la Constitución responde a los postulados de la Iglesia contenidos en la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, la que se encuentra parcialmente reformulada, de manera más acorde con la economía del mundo actual, en el más reciente Catecismo de la Iglesia Católica, especialmente en su artículo 2431.

Según esta interpretación el Estado sólo debe actuar donde los particulares no puedan o no quieran, como subgrupo mayor de la sociedad y con más amplias facultades. Por medio de ésta interpretación, en un primer momento, se justificó la intervención del Estado en la economía, para pasar actualmente a ser entendido como un principio garantista de la libertad de los particulares y límite de la actuación del Estado. De este modo, la oportunidad de la actuación del Estado en materia empresarial, viene regulada por la doctrina de la Iglesia Católica, que supuestamente recoge la Constitución.

Sin perjuicio de conceder que se pueda interpretar legítimamente este precepto de la forma propuesta, no se puede aceptar de ninguna manera el intento de estos autores de diluir los niveles argumentativos señalando que el principio aquel está consagrado en la Constitución. De este modo, *se debe aceptar como interpretación posible de la disposición constitucional el principio de subsidiaridad, como subyacente a la disposición expresa del texto constitucional, pero en ningún caso se puede aceptar el intento de éstos autores de ver una consagración expresa de un principio, cuando no existe tal.* Esta estrategia de diluir niveles argumentativos, se realiza normalmente para evitar la argumentación de una determinada interpretación que la más acorde para una disposición específica, fundamentación que se vuelve imprescindible si se plantean tesis rivales de interpretación articuladas racionalmente.

Aceptando que el principio de Subsidiaridad se presenta entonces como una alternativa más de interpretación, esta alternativa debe mostrarse como la interpretación correcta de la disposición, y así

¹⁴ Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: N° 21: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

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

no ser desplazada por la verdadera alternativa correcta de interpretación, desplegada en los discursos jurídicos.

Para evaluar la corrección de la propuesta interpretativa se debe atender, en primer lugar, a que esta disposición se encuentra dentro del catálogo de derechos fundamentales, por lo que para un adecuado análisis de ésta se debe recurrir a la dogmática de lo iusfundamentalmente protegido. Siguiendo en este punto al profesor Pablo Ruiz-Tagle¹⁵, se debe entender que la tesis que intenta situar al principio de Subsidiaridad en el centro de la discusión referida a las normas económicas de la Constitución, *tiene un carácter intuitivo*, toda vez que la teoría de derechos fundamentales subyacente a ésta interpretación supone que éstos tienen su fundamento en consideraciones extra-constitucionales, como el de reconocer un Orden Natural Económico.

La propuesta de Fermeadois se caracteriza por acoger una *doctrina de origen Pontificio*, como el principio de Subsidiaridad, proponiendo su aplicación de manera inmediata. Esta tesis, al no fundamentar en base al Derecho positivo, inhibe el debate con visiones disímiles de lo correcto en el ámbito constitucional, método de argumentación que se opone a las teorías de carácter razonado o parcial, las que se caracterizan por exigir que toda interpretación de las normas de derechos fundamentales deba ser justificada en argumentos normativos y de manera racional, partiendo por reconocer conceptos como la ponderación de intereses, colisión de derechos fundamentales y descartar toda jerarquización de los derechos de modo abstracto.

Si adoptamos como clave interpretativa el principio de Subsidiaridad, lo que la Constitución consagraría en el inciso primero es la libertad de los particulares para desarrollar actividades en materia económica. El inciso segundo, por su parte, consagraría al Estado Subsidiario en materia económica, el cual sólo puede actuar de manera excepcional y, si lo hace, lo debe hacer en relación de igualdad con los particulares. La consecuencia principal de la adopción del principio de Subsidiaridad para interpretar este numeral se da en el segundo inciso, ya que se intenta supeditar la actuación del Estado empresario, más allá del requisito formal del quórum especial para la ley que lo autoriza. De este modo, lo que se intenta por medio de esta interpretación es examinar la constitucionalidad de la actuación del Estado empresario en la economía, a la luz del supuesto mandato de subsidiaridad que le ordenaría la Constitución en materia económica.

Evidentemente lo crucial de esta interpretación se da al evaluar con criterios sustantivos extra-constitucionales la oportunidad de la actividad empresarial del Estado, bajo la lógica cristiana del principio de Subsidiaridad, es decir *según esta teoría el Estado sólo puede producir bienes y servicios si los particulares no quieren o no pueden producirlo*.

¿Es correcta esta interpretación del artículo 19 N° 21 de la Constitución? ¿Se encuentra limitado el Estado empresarial en este sentido e intensidad? ¿El Estado empresarial sólo puede dedicarse a los malos negocios? Para responder estas preguntas se debe realizar una evaluación crítica de la interpretación propuesta, teniendo a la vista la disposición, los principios que la subyacen y, principalmente, la función de la Constitución como norma contra-mayoritaria.

La respuesta a esta pregunta es clara, debe rechazarse el “Principio de Subsidiaridad” como clave interpretativa del artículo 19 N° 21 de la Constitución, por las siguientes razones:

3.1.- La Constitución no consagra un derecho fundamental para los particulares a que el Estado no les compita en las actividades económicas que aquéllos puedan y quieran desarrollar. Este punto es crucial, ya que dentro de la citada disposición, se consagran dos principios y una regla, en el sentido de Alexy¹⁶. El principio de libertad para desarrollar actividades económicas y el principio de

¹⁵ RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. “Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 63, año 2001. pp. 179 y ss.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

igualdad del Estado con los particulares en materia económica. Además se consagra una regla consistente en establecer un quórum especial para la ley que apruebe la actuación del Estado en materia económica. Esta regla tiene como destinatario al Legislador, y sólo se refiere a un requisito formal para alcanzar un consenso real en la adopción de estas decisiones por la mayoría. Sin embargo, *aquella regla en ningún caso constituye un derecho correlativo para los particulares de que el Estado no les compita en sus negocios, derecho que, por lo demás, no es necesario ni correcto establecer.*

3.2.- La Constitución no prejuzga la oportunidad de la actuación del Estado empresario. Si se continúa con el análisis, se puede entender claramente que la Constitución no prejuzga el grado de injerencia que puede tener el Estado en los mercados como agente productor. La citada norma sólo requiere un quórum especial, pero en ningún caso exige que sea excepcional, ni sujeta tal decisión a parámetros sustantivos como los que se plantean con el principio de Subsidiaridad. Es decir, *la Constitución, correctamente como se planteará a continuación, deja para la política y el debate público el nivel de intervención del Estado empresario, exigiendo sólo que el acuerdo político alcanzado se manifieste en una Ley de Quórum Calificado.* Ya que siendo éste un tema claramente contingente y, por ende, propio de la política, la Constitución no toma postura alguna sobre el tema, más allá de los derechos que consagra expresamente.

3.3.- Lo que intenta esta tesis interpretativa es sustraer del debate político la oportunidad de la actuación del Estado Empresario. La Constitución provee el marco dentro del cual deben desarrollarse 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 las decisiones políticas del parlamento, compuesto por representantes elegidos democráticamente, a los órganos de control de constitucionalidad, los que carecen de representación democrática, además de desnaturalizar la institución, al politizarla.

Lo que disimuladamente busca Fermandois, y todos los que interpretan el precepto constitucional de éste 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. Como ya se señaló anteriormente, la visión política que subyace a la noción de OPE y al Principio de Subsidiaridad corresponde a una postura política que le interesa conservar el modelo económico, visión que intenta retirar el debate de la actuación económica del Estado de la política de mayorías. Así las cosas, no podemos menos que tomar las palabras del profesor Fernando Atria como propias respecto a éste punto, el cual señala que *“todos tratan de leer en la Constitución lo que realmente es importante para ellos, porque el premio por el éxito es doble i) se convierte en difícil de modificar, i. e. capaz de mantenerse una vez que el poder político que la ubicó allí en primer lugar se ha desvanecido y ii) capaz de ser retirado de la política, otorgándole al poseedor un derecho adicional a ganar al nivel judicial, si es que perdiera en la arena política”*¹⁷.

De este modo, lo que la visión de Fermandois busca es proteger al sistema económico actual, para que perdure en el tiempo, no según criterios políticos, sino que por una lógica restrictiva de la política. Esta protección se le intenta entregar a jueces que no han sido elegidos democráticamente, para que se pronuncien sobre un debate que sigue siendo político. ¿Por qué la visión económica que tienen los jueces debe tener prioridad sobre la opinión de la mayoría, expresada por sus representantes? No hay respuesta válida. Sin embargo, correctamente nuestra Constitución no plantea este problema en lo que se refiere a la actuación del Estado empresario, toda vez que no prejuzga este tema dejándolo plenamente para el debate político.

¿Por qué se intenta sustraer este debate de la arena política? La respuesta es obvia, toda las teorías formuladas por estos autores se basan en una profunda desconfianza en la Democracia como sistema de deliberación de la voluntad de la comunidad política, ya que por medio de artificiosas construcciones jurídicas intentan ponerle cortapisas a las mayorías legislativas en esta y otras materias,

¹⁷ ATRIA L., Fernando. Op. Cit., p. 138.

para tener el resguardo de que su propia e individual visión de la economía y de la sociedad se impondrá a cualquier otra, no sólo en la arena política, sino que también intentan trasladarla a la jurídica.

Como es sabido por todos nosotros, un *buen ejemplo de este tipo de argumentación se intentó al plantear la Ley de Royalty a la minería*, en que, lo primero que intentaron los detractores del Royalty fue captar la Constitución para apoyar su postura política particular de rechazo, de modo de sustraer una disputa eminentemente de conveniencia política del ámbito que le correspondía, y así, intentar imponer su visión, no en base a argumentos políticos, sino que en base a la autoridad que le otorga la Constitución a su postura y la carta de triunfo que le entregaría para oponerse a la decisión de la mayoría. Una vez más debe rechazarse esta postura, toda vez que la Constitución sólo provee un marco amplio sobre el que se desarrollan las políticas públicas, pero no decide la oportunidad o conveniencia de una determinada política, ya que ésta es propia de la decisión del Legislador.

4.- Una propuesta alternativa y correcta de interpretación.

Como ya se ha dejado entrever en los apartados anteriores, personalmente postulo una postura moderadamente escéptica frente al control de constitucionalidad, principalmente por respeto al principio democrático y por creer que *un proceso de formación de voluntad política de carácter inclusiva en un debate público abierto a todos los interlocutores sociales que tengan interés en participar, produce normas legítimas, en el sentido de ser potencialmente aceptadas de modo racional por todos los ligados por la decisión. De este modo, se requiere una justificación especial y adicional para toda postura que intente tener prioridad a la voluntad de la mayoría y sobreponerse a ésta*. Esta justificación adicional solo tiene, eventualmente, capacidad para entregarla la articulación conceptual del respeto a los derechos básicos de las personas que, en tanto entes morales, tienen derechos consagrados positivamente en la Constitución Política de la República.

Es la Constitución la que establece las garantías procedimentales mínimas que se requieren para un desarrollo democrático de la sociedad, dándole un amplio margen de decisión política al Legislador.

Una comprensión procedimental de la Constitución y de la legitimidad de la Justicia Constitucional, es la que se encuentra en el libro *"Facticidad y Validez"* del autor alemán Jürgen Habermas, el cual le otorga al Tribunal Constitucional la función de velar por *"...que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa, que son las que fundan legitimidad. Esta política deliberativa esta ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a los espacios de discusión política..."*¹⁸. Así, para Habermas, el criterio de enjuiciamiento que debe guiar las decisiones del Tribunal Constitucional es el carácter discursivo de la formación de la opinión y de la voluntad, en especial la cuestión de si en la decisión legislativa han resultado determinantes razones defendibles públicamente o intereses privados que no pueden declararse en el marco de discusiones parlamentarias, de modo que lo relevante sea que el procedimiento se haya realizado conforme a la Constitución, sin evaluar el resultado sustantivo del proceso.

Por la vía de entregar al Tribunal Constitucional la labor de enjuiciar condiciones procedimentales del proceso de producción de normas jurídicas, y no el resultado de éste, se elude la objeción de crítica ideológica que pesa sobre éste, en los términos defendidos entre nosotros por el profesor Fernando Atria¹⁹, ya que no juzgaría el resultado del proceso, sino sólo que se hayan respetado las condiciones comunicativas que permitan que el proceso de formación de la voluntad política pueda ser calificado como discursivo, en los términos de la "Teoría del Discurso" de Habermas, la cual entiende como discursiva la solución progresiva del disenso por medio de argumentos racionales planteados

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trotta, 1998, p. 348.

¹⁹ Ver en nota 17.

públicamente en condiciones comunicativas ideales, de modo tal que sólo se imponga la peculiar coacción del mejor argumento.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional, y todo órgano judicial o administrativo que deba evaluar la constitucionalidad de una ley, sólo puede extender su competencia a la evaluación de si en el proceso de producción de normas legales se respetaron los derechos de comunicación de todos los involucrados por la decisión, debiendo prestar atención ante todo a las normas de procedimiento y organización que establece la Constitución, ya que son de estas, y no del contenido sustantivo de las leyes, de las que depende la eficacia legitimatoria del proceso democrático. De modo que, según esta interpretación de la Constitución, *el contenido de las normas legales queda por completo entregado al Legislador y a las mayorías parlamentarias, siempre que se tomen las decisiones en un proceso discursivo propio de una democracia deliberativa.*

Así las cosas, y sin perjuicio de rechazar toda postura política que intente captar la Constitución en el ámbito de actuación del Estado empresario, se pueden reconocer variados elementos en la misma que sirven para plantear tesis rivales de interpretación del artículo 19 N° 21, implicando igualmente la protección de otras visiones políticas. De este modo, *se podrían plantear otras tesis rivales que, además, presenten la ventaja de permitir el acceso racional a sus argumentos al utilizar fundamentos que sean discutibles en el ámbito de lo público descartando el utilizar caretas como el concepto del OPE, y así poder volcarse sobre los principios clásicos de interpretación de las normas constitucionales, como los principios de libertad e igualdad.*

Sin embargo, encontrándose la política económica del país fuera de las condiciones procedimentales que consagra la Constitución y, especialmente, en la medida que ésta no prejuzga de modo alguno el nivel de actuación del Estado empresario, *se debe concluir necesariamente que todo intento de captar la Constitución por una visión política determinada sería una interpretación incorrecta de ésta, ya que la Constitución, como se ha señalado, ha dejado la más amplia libertad de decisión al Legislador, con un quórum de mayoría especial, por lo que continúa siendo una cuestión que políticamente se debe definir en el sitio que corresponde, el Parlamento. Debido a esto, la interpretación correcta de este precepto constitucional pasa necesariamente por reconocer que el Legislador no tiene mayores límites en su actuación que el respeto por los derechos fundamentales de los particulares.*

Ahora bien, habiendo descartado completamente y desde sus raíces la interpretación dominante del artículo 19 N° 21 de la Constitución, es oportuno preguntarse por cuál es la herramienta alternativa y correcta a la que deben recurrir los jueces al tomar conocimiento de un litigio referido a este tema. Si entendemos con Klaus Günther²⁰ que *la labor del adjudicador es la determinación de un único argumento correcto de aplicación del Sistema Jurídico a un caso particular de modo adecuado, es decir, determinar la solución correcta del caso concreto, de modo que sea coherente con todo el sistema,* no se puede eludir de forma alguna la obligación de fundamentación exhaustiva que pesa sobre los jueces en toda sentencia, de modo tal que toda resolución que se tome en esta materia deba cumplir con el requisito mínimo de racionalidad al describir de modo exhaustivo el razonamiento que llevó al tribunal a decidir en un sentido o en otro.

Esta concepción normativa de coherencia permite una crítica inmanente al sistema que obliga a desestimar reglas jurídicas en base a principios u otras normas, en la medida que se muestren como incoherentes con la totalidad del sistema jurídico. De modo que, *no es necesario ni permitido para el adjudicador recurrir a conceptos indeterminados y nefastos como el OPE o el Principio de Subsidiaridad, con la finalidad de eludir su obligación primaria: decidir el caso concreto mediante una decisión correcta, vinculada al ordenamiento jurídico como un todo coherente, lo que sólo es demostrable mediante una argumentación pulcra y exhaustiva de las resoluciones judiciales.*

²⁰ De GUNTHER, Klaus. "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 17-18, Universidad de Alicante, España, 1995.

5.- Conclusiones.

Del presente trabajo se desprenden las siguientes conclusiones:

5.1.- La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia ha utilizado de modo inarticulado el concepto de Orden Público Económico, lo que produce un vacío en la fundamentación de las sentencias además de decisiones contradictorias y arbitrarias.

5.2.- Ante esta constatación, se propone abandonar el uso del concepto de Orden Público Económico en la fundamentación de las resoluciones judiciales, por constituir un concepto equívoco, inconcreto y falaz, además de sostenerse en una visión conservadora y autoritaria de entender la política y la Constitución y, por todo lo anterior, ser un concepto no idóneo para limitar la voluntad de la mayoría política.

5.3.- Una vez descartado el concepto de OPE en general como criterio esencial y concreto en la argumentación sobre temas económicos de nivel constitucional, también se debe rechazar al principio de Subsidiaridad como bastidor filosófico del OPE y clave interpretativa del artículo 19 N° 21 de la Constitución, dado que ésta no consagra de manera expresa tal principio, sino que sólo constituye una propuesta interpretativa del precepto que, por lo demás, debe rechazarse por ser autoritaria, forzar el texto de la Constitución, y por ser inaceptable desde una correcta Teoría de la Democracia.

5.4.- Una interpretación correcta del artículo 19 N° 21 de la Constitución pasa por aceptar que no es legítimo captar la Constitución por ninguna visión política, dado que esta no prejuzga la oportunidad de la actuación del Estado empresario, sino que sólo establece una regla formal de quórum para formar la decisión legislativa, sin exigir ni dar elementos para evaluar sustantivamente la oportunidad de la actuación del Estado empresario.

Bibliografía

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATRIA L. Fernando, “Legalismo, derechos y política”, especialmente el tercer apartado, apuntes de clases.

AVILES Hernández, Víctor. *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Editorial Conosur, Santiago, 1998.

CEA Egaña, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1988.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Londres, Fontana, 1991.

FERMANDOIS Vöhringer, Arturo, “Orden Público Económico bajo la Constitución de 1980”, en *Ius Publicum*, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, N° 4.

FERMANDOIS Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico*. Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2001.

GUNTHER, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” en *Doxa—Cuadernos de filosofía del Derecho N° 17-18*, Universidad de Alicante, España, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trotta. 1998.

RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. *Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile*, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 63, año 2001.

RUIZ-TAGLE Vial, Pablo. "Principios Constitucionales del Estado Empresario", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, N° 62, año 2000.