

EL ESTADO EMPRESARIO

ALEJANDRO USEN VICENCIO*

RESUMEN

El presente trabajo aborda la noción de Estado empresario, como componente de la Constitución económica; arrancando del material normativo, arribamos a la conclusión de que su comprensión, en clave neoliberal, es producto de una reconstrucción dogmática que puede –y debe– ser sustituida por una interpretación afincada en los postulados del constitucionalismo social.

Palabras clave: Estado empresario, constitución económica, constitucionalismo social.

ABSTRACT

This paper addresses the notion of State Capitalism, as a component of the Economic Constitution. From the analysis of this normative material, we conclude that the neoliberal understanding of this notion is a dogmatic interpretation that can –and must– be replaced by an interpretation based upon the principles of the Social Constitutionalism

Key words: State capitalism, economic constitution, social constitutionalism.

Recibido: 3 de mayo de 2012.

Aceptado: 7 de junio de 2012.

1. INTRODUCCIÓN

1.- Aludir a la noción de Estado empresario, es referirse, con mayor precisión, al complejo normativo que configura una de las variadas formas en que se puede desplegar la actividad estatal en el ámbito económico y, específicamente, la actividad económica empresarial, o sea, la acción estatal, por vía de propiedad o participación, mayoritaria o no, y bajo formas societarias especiales o las existentes en el derecho mercantil común, que se despliega en actividades productivas, en el ámbito de un mercado, en principio abierto y competitivo. Para un adecuado análisis del tema, abordado del punto de vista constitucio-

* Abogado y profesor de derecho constitucional. Magíster (c) en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

nal, resulta necesario referirse, previamente, a la dicotomía existente entre la formulación neoliberal del Estado policía (o gendarme) y la formulación del Estado social, ambas como expresiones antagónicas para configurar el Estado constitucional de derecho. Luego, se analiza el material normativo, es decir, las disposiciones de la Constitución Política, entendido este tema –del Estado empresario– como parte de un todo, referido a la Constitución económica, expresión que, a su vez, la entendemos como el conjunto de “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”¹ y en el cual, el principio de subsidiariedad y su extensión se constituye, en nuestra Constitución, como la matriz ordenadora del derecho de la regulación económica. Como respuesta a la doctrina predominante, la del dogma neoliberal, se ofrecen un criterio que permite contener la concepción de mercado autorregulado que predomina en la materia en comento.

Y decimos contener, habida consideración de que el material normativo es escaso y admite una interpretación, como la que proponemos, pero en caso alguno, por vía de interpretación, se podría llegar a sustituir –por mutación– la normativa vigente y su manifiesta preferencia por un modelo de mercado –aunque reformulado– de actividad estatal empresarial. Una conclusión como esta, como se verá en la parte final de este trabajo, no pugna con la necesidad de la acción estatal en este ámbito.

2.- Antes de avanzar resulta indispensable una advertencia, a saber: este tema está infectado de componentes ideológicos que, en buena parte de la doctrina especializada –y dominante– se presenta, no como argumento sino como un supuesto incontrovertible. Pues bien, aquí es posible abrir una primera discrepancia, puesto que, para algunos –entre los que me cuento– una de las cuestiones a debatir, intensamente, está precisamente en el fundamento y sus componentes ideológicos. Del mismo modo, cabe restar valor a aquellas formulaciones doctrinarias que, bajo una pretensión de “neutralidad valorativa” que funciona como un escape, omiten tratar este tema, amparándose en una [supuesta] cuestión metodológica, que permita

¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: *Obras completas*, Vol. III (1991), Centro de Estudios Constitucionales, España.

“purificar” al derecho –que sería nuestro objeto– de otros componentes, como la política o la moral. Sabido es que, en materia constitucional, esta separación es imposible dado el carácter abierto de las normas constitucionales y su necesaria remisión a cuestiones extrajurídicas, como su contenido de valores y principios que remite necesariamente a cuestiones iusfilosóficas o políticas. En suma, la teoría constitucional se enriquece cuando remite a contenidos de filosofía o ciencia política y la ciencia del derecho constitucional debe, necesariamente, recoger este enlace complejo entre política y derecho. Por esta misma razón, quien acomete en tareas dogmáticas en esta disciplina, está expuesto –cuando no obligado– a manifestar sus preferencias. Y este tema, de la Constitución económica y específicamente el Estado empresario, es uno de los capítulos del derecho constitucional donde quedan expuestas, con mayor visibilidad, estas preferencias. En el presente trabajo, dicho sea de paso, no eludo tomar una posición sobre el tema, como se podrá advertir a lo largo del texto y especialmente en sus conclusiones.

2. EXCURSUS SOBRE LA DICOTOMÍA ESTADO POLICÍA / ESTADO SOCIAL

3.- El Estado constitucional. La evolución del constitucionalismo, en lo que nos interesa a esta monografía, está caracterizada por dos cuestiones: una visión eurocéntrica que está lejos de ser una explicación satisfactoria de los procesos constitucionales de esta parte del mundo, especialmente por la ausencia en el constitucionalismo latinoamericano de una modernidad temprana equivalente al desarrollo industrial europeo del siglo XIX y, al mismo tiempo, una descripción de los momentos constitucionales, ligada a la teoría de las generaciones de derechos², cuya principal consecuencia, jurídico-política, sería la formulación de un nuevo modelo constitucional, sustituto o correctivo del anterior.

Es por esta cuestión que, en la evolución del constitucionalismo, surge el Estado social, de inspiración igualitaria y bajo un esquema

² Valga como síntesis muy apretada la siguiente: derechos de 1ª generación: libertades clásicas y derechos civiles; derechos de la 2ª generación: expansión de los derechos políticos y surgimiento de los derechos sociales; derechos de la 3ª generación: derechos de nueva formulación y especificación de los derechos ya proclamados.

económico keynesiano, como un sustituto del fracaso del Estado liberal clásico en la segunda mitad del siglo XX³.

Y este modelo, a poco andar, es objeto de una reformulación, a partir de la segunda posguerra, donde el modelo constitucional aparece como un Estado social corregido, dentro de un contexto económico más complejo que la dicotomía política propia de la guerra y sus caricaturas: capitalismo *versus* socialismo, o libre mercado *versus* economía planificada. El predominio, cuando no hegemonía, del eje político antagónico de la guerra fría, o sea, de la oposición tajante entre liberalismo / socialismo; libertad / igualdad: Estado liberal / Estado social, etc., impide observar que el Estado social, los derechos sociales, en general, y la acción positiva del Estado en materia económica es compatible⁴, e incluso deseable, en cuanto el Estado interviene cuanto sea necesario para obtener, mediante mecanismos redistributivos, un reparto de los recursos que permita contener y corregir las diferencias de origen y riqueza. La experiencia de la economía social de mercado, término desarrollado en Alemania bajo la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn (1948) es el antecedente de esta concepción del Estado social de derecho compatible con una economía de mercado. En suma, y como dice Häberle, es un Estado constitucional comprometido con la justicia social⁵.

Retomando el asunto del constitucionalismo latinoamericano y su incorporación tardía a la modernidad –lo que explica la asimetría de los procesos constitucionales latinoamericanos con la explicación eurocéntrica de las generaciones de los derechos– e implica que el proceso constitucional de esta región antes que presentarse como una oposición entre el Estado liberal y el Estado social, se presenta como una oposición entre el Estado liberal y las múltiples y sucesivas expresiones autoritarias que utilizan la constitución como un mecanismo idóneo de “juridificación” de las dictaduras.

³ Para un análisis más completo y en oposición a la teoría de las generaciones de derechos, véase PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 19-36.

⁴ Esta es una posición para nada pacífica. Se trata, a fin de cuentas, de conjugación, complementaria o antagónica –según la posición a la que se adhiera–, entre igualdad y libertad. Sobre esta materia, véase BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993.

⁵ HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Lima, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 225.

Con todo, la segunda mitad del siglo XX trae consigo una serie de fenómenos que ofrecen un nuevo criterio de ordenación, desfigurando el binomio de oposición Estado liberal / Estado social, de los cuales también surge la necesidad de introducir en los textos constitucionales normas reguladores de la actividad económica. Primero, entrada la década de los años 70, entra en crisis el Estado de bienestar europeo, en lenguaje político, o el Estado social, en lenguaje constitucional, abriendo camino a un capitalismo monopolístico que reconduce al antiguo Estado liberal a una reformulación neoliberal que, se presenta bajo una paradójica amalgama liberal-conservadora⁶. Y más tarde, finalizando la década de los años 80 colapsa el socialismo real de influencia soviética, quebrándose definitivamente la dicotomía capitalismo / socialismo o, economía de mercado / economía planificada, abriendo, entonces, espacio a un nuevo estadio.

4.- Los opuestos vigentes. El nuevo estadio está marcado por la hegemonía de la economía de mercado, por una parte y, por la otra, la revalidación del Estado social, como alternativa, dentro de la economía de mercado, a la fórmula liberal-conservadora.

Así, dentro de un constitucionalismo que se funda en un modelo liberal y democrático y, un modelo de desarrollo económico de mercado, la dicotomía actual es la del Estado policía / Estado social. Se trata de alternativas dentro de una misma estructura: una organización política liberal y democrático-representativa y, una economía de mercado como modelo de desarrollo, por tanto, son alternativas de un orden fundamental (jurídico-político) donde las diferencias no son de principios, sino de medios y fines, y sobre todo de la relación que se produce entre el Estado y el mercado, ya que, para la versión neoliberal del Estado constitucional, el Estado policía, el Estado debe limitarse a funciones clásicas (facultades de policía y algunas actividades de servicio público), bajo un principio de no intervención estatal [y desregulación], donde la ideología del mercado autorregulado es la que se desenvuelve en toda su plenitud, mientras que la alternativa, el Estado social, y con una economía social de mercado, el Estado es un agente económico relevante y sus funciones justifican la regulación y la intervención estatal directa en razón de la necesidad de redistribuir los recursos como mecanismo correctivo igualitario.

⁶ Véase DE CABO MARTÍN, Carlos, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, pp. 7-35.

Dicho esto, es fácil advertir que, en la materia que es de nuestro interés, entre el modelo liberal-conservador y el liberal-igualitario existe una diferente valoración de la acción del Estado en la economía, en general, y de la actividad estatal empresarial, en particular. En el Estado policía hay una valoración negativa de la actividad estatal, ya que opera como elemento distorsionador y freno del libre mercado; en cambio, en el Estado social hay una valoración positiva de esta actividad estatal, considerada como el elemento esencial de la política del bienestar.

3. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

5.- La Constitución Económica. La Constitución Política de 1980 no escapa a lo señalado en el apartado precedente. Del punto de vista de su origen, es una Constitución de fuente iusnaturalista, autoritaria y liberal en lo económico. Hemos dicho liberal en lo económico, ya que, solo por conexión o por argumentos de contexto [y no de texto], entre la economía y la legislación autoritaria, es decir, entre el modelo de desarrollo económico de la dictadura (neoliberal) y la Constitución Política otorgada por esta, se podría afirmar que la Constitución acoge la fórmula liberal-conservadora propio del modelo neoliberal.

Conforme a lo dicho en líneas anteriores, la Constitución vigente es la primera en recoger preceptos reguladores de la actividad económica. La norma rectora y de contenido iusfundamental en esta materia lo constituye el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, cuyo texto dispone:

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

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

Junto a esta disposición podemos señalar, sin pretender agotar la enumeración: el artículo 1° incisos tercero y cuarto, los artículos 6°

y 7°; el artículo 19 N° 2, como principio de igualdad, N° 22, como interdicción de la discriminación en materia económica y N° 24, derecho de propiedad.

La doctrina clásica sobre esta materia –si se nos permite denominarla así– utiliza el término “orden público económico” como concepto aglutinante de la materia. También clásica es la definición de José Luis Cea: “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”⁷. Asociado a este concepto, de orden público económico, Cea deriva los siguientes principios reguladores: a) Libertad; b) Subsidiariedad; c) Igualdad de derechos y oportunidades; d) Prohibición de la discriminación arbitraria; e) Bien Común; f) Racionalidad de la política económica; g) Planificación; h) Legislación presupuestaria; e i) Legalidad del gasto y discrecionalidad administrativa. Una comprensión semejante es posible encontrar en la obra también clásica de Verdugo, Pfeffer y Nogueira⁸.

En general, podemos señalar que las comprensiones clásicas sobre la Constitución Económica u Orden Público Económico –que para estos efectos lo entendemos como términos sinónimos–, son deficitarias, primero, porque son conceptualizaciones algo inconsistentes con la organización estatal y económica fijada por el constituyente autoritario de 1980 y, segundo, porque los conceptos así como los criterios de ordenación tienen afanes más bien descriptivos de las normas constitucionales y un bajo espesor analítico en torno a los fundamentos jurídicos y políticos de la normativa. La primera de las observaciones, es el elemento en que se funda la crítica liberal conservadora⁹ (infra 6), mientras que la segunda, es una de las críticas que hemos formulado en las líneas preliminares de esta monografía (supra 2).

⁷ CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, pp. 155-180.

⁸ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 2 Tomos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

⁹ FERNANDOIS, al respecto, considera que los contenidos que usualmente se encuadran en la concepción de orden público económico, responden a una “vieja concepción francesa de OPE como un catálogo de imposiciones, planificaciones y sanciones económicas del Estado que los ciudadanos deben obedecer postergando su autonomía”. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico* –2ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 75.

6.- El dogma neoliberal del principio de subsidiariedad. La doctrina iuspublicística de filiación neoliberal considera que, en la Constitución económica no hay espacio, sino en sentido mínimo, para un ámbito de regulación económica y la actividad estatal empresarial es una situación de excepción, autorizada por la Constitución en casos calificados. Esta concepción proviene de constatar “que el constituyente ha realzado la superioridad de estos principios de economía de mercado, lo que, unido a las bases institucionales y otros preceptos constitucionales similares, conforman el entramado principal sobre el que se construye el sistema institucional económico”¹⁰. Y este entramado se configura a través de una reconstrucción a partir del artículo 19 N° 21, inciso primero, con relación al principio de subsidiariedad, el que estaría proclamado, como principio basal de la institucionalidad en el artículo 1° de la Constitución.

Decimos que es por vía de reconstrucción dogmática ya que, este es un caso donde el texto constitucional, si bien es claro, es también escaso y por vía de interpretación [supuestamente] armónica de ambas disposiciones y sistemática con relación al resto de la Ley Fundamental, se arriba a una construcción normativa que se puede resumir así:

- a) El constituyente ha proclamado la primacía del individuo y, por consiguiente, de la sociedad civil por sobre el Estado; ii) el sistema de los derechos es consistente con lo anterior, siendo una catálogo robusto en cuanto a los derechos fundamentales individuales;
- b) Lo anterior, da cuenta que el constituyente ha fijado, como orden fundamental, un principio de acción estatal “subsidiaria”, es decir por defecto de o falta de iniciativa individual (o privada);
- c) Del mismo modo, esta concepción no solo es consistente con el derecho de la Constitución, y especialmente con la normativa de la Constitución Económica, sino que también con el modelo de desarrollo económico neoliberal;
- d) Bajo la lógica de un mercado autorregulado, basado en la libre iniciativa individual o privada, existe un principio básico, de carácter iusfundamental, que es el desarrollo de cada sujeto a desarrollar cualquier actividad económica lícita, entendida como una libertad negocial en sentido amplísimo;

¹⁰ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI (2000), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 50.

- e) Coadyuvan a configurar esta concepción, otras normas iusfundamentales, como el principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), la prohibición al Estado y sus organismos a discriminar en materia económica (art. 19 N° 22) y, el derecho de propiedad (art. 19 N° 24); y
- f) En este esquema, toda actividad estatal –salvo excepciones muy calificadas– es lesiva de los derechos fundamentales y contraviene abiertamente las normas rectoras del orden jurídico-político fundamental, ya que, infringe el principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución Política.

La versión más refinada, y de mayor completitud del Estado constitucional como Estado policía, la encontramos en la obra del profesor Fernandois. Este autor considera que los elementos centrales del orden público económico en la Constitución de 1980 son: “a) Principio de libertad económica; b) Principio de subsidiariedad; c) Principio del derecho de propiedad privada; d) Principio de la no discriminación económica; e) Principio de la disciplina del gasto fiscal; f) Principio de la política monetaria independiente; g) Principio de la reserva legal de la regulación económica; h) Principio de la revisión judicial económica”¹¹.

Entrando al tema objeto de nuestro interés, el Estado empresario, cabe recordar que la regla básica la encontramos en el inciso segundo del numeral 21 del artículo 19, ya transcrito, el cual dispone que el “Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza”. Desde la doctrina en comento, de filiación neoliberal, esta habilitación constitucional de la actividad empresarial del Estado suele ser analizada, en su justificación y extensión, como una cláusula especial –excepcional y de aplicación restringida–, limitada por el derecho preferente de los individuos, al amparo del principio de subsidiariedad, el que bajo una interpretación extensiva, pro libertad de empresa e iniciativa individual, es una limitación (material o de contenido principal) al legislador para autorizar la actividad empresarial del Estado, que opera como garantía negativa¹² (no hacer) al contenido iusfundamental del inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución, siendo esta regla, en consecuencia, la que subordina

¹¹ FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico...*, p. 73.

¹² *Ibíd.*, p. 218 y ss.

a la del inciso segundo del mismo numeral. Téngase como exponentes de esta misma posición, junto al ya citado Fermandois, a los profesores Guerrero¹³, Navarro¹⁴ y Soto¹⁵. En suma, la actividad empresarial, por la primacía del individuo y el ejercicio de sus derechos –que emana, a su vez, del principio de subsidiariedad– es una actividad preferentemente privada, y la intervención estatal no solo estaría limitada, y sujeta su autorización a reserva de ley de quórum calificado, sino que prohibida, en cuanto existan uno o más sujetos desarrollando de forma continua una actividad empresarial.

4. UNA REFORMULACIÓN PARA “CONTENER” EL DOGMA NEOLIBERAL

7.- Subsidiariedad relativa. Un asunto poco controvertido es reconocer que la inspiración económica del constituyente es la de una economía capitalista, lo que “implica una abierta opción por el mercado como instrumento básico que orienta las relaciones productivas y de intercambio en esta sociedad”¹⁶ y otro asunto, distinto, y que sí es y puede ser controvertido, es que la respuesta única para encauzar esa opción por la economía de mercado sea la fórmula neoliberal, según la cual, el rol que “se entrega al sector privado y al mercado dan cuenta de un enfoque institucional en el que el Estado carece de protagonismo, salvo para garantizar las libertades económicas reconocidas a los ciudadanos”¹⁷.

Como se ha señalado repetidas veces en este trabajo, es posible una reformulación liberal-igualitaria con mayor influencia del constitucionalismo social, según el cual, dice con precisión Zúñiga, “la Constitución económica y la Constitución social son partes componentes de la Constitución que; constituidas como un plexo abigarrado de normas, operan como verdaderas directrices en la economía y sociedad civil

¹³ GUERRERO DEL RÍO, Roberto, “Orden Público Económico”, en: *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*(editor: E. Navarro Beltrán), 2001, Editorial Jurídica ConoSur, pp. 307-329.

¹⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 62 (2000), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, “La actividad económica en la Constitución Política de la República”, en: *Ius Publicum*, N° 2 (1999).

¹⁶ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Constitución Económica...”, p. 51.

¹⁷ *Ibid.*, p. 53.

para el Estado (Estado regulador, Estado de fomento y de servicios y Estado empresario), delimitando los ámbitos de lo público y de lo privado, y para los particulares (personas y cuerpos intermedios) define los campos en que desenvuelve la libertad civil e igualdades formales (derechos civiles)”¹⁸.

Sostener esta idea no es una novedad, es parte de una posición doctrinaria –tal vez minoritaria entre nosotros– que se presenta más o menos partidaria del Estado social. Además del citado Zúñiga, entre los iuspublicistas puede citarse a Precht¹⁹ y Ferrada²⁰, y en trabajos más recientes, a Vallejo, Pardow²¹ y Viera²².

Esta posición, a la que adhiero, rechaza, primero, la aparente supremacía del principio de subsidiariedad, ya que no hay argumentos de texto –de ahí la necesidad de reconstrucción neoliberal (supra 6)– que permitan identificar la subsidiariedad como principio rector de la Constitución económica y, segundo, nuestra posición pugna con la comprensión absoluta del mismo principio que postulan los partidarios del Estado policía de corte neoliberal, ya que, no es efectivo que la subsidiariedad se configure como prohibición (o garantía negativa) y que autoriza la actividad económica estatal solo por defecto o ausencia de iniciativa privada. La fórmula neoliberal, de subsidiariedad absoluta “restringe abusivamente la capacidad del Estado” de desarrollar actividades económicas y rompe “el equilibrio inicial entre ambos sujetos potenciales de la actividad económica –sector público y privado–, desequilibrio que es consecuencia del reducido papel que se le quiere otorgar al Estado al respecto”²³. Esta concepción, de exaltación del Estado abstencionista, y como prueba de su ideología subyacente, omite que la subsidiariedad “no tiene una sola lectura; no es un

¹⁸ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Vieja - Nueva Constitución”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1 (2007), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p. 352.

¹⁹ PRECHT PIZARRO, Jorge, “El Estado Empresario”, en: *Gaceta Jurídica*, N° 80 (1987), Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, pp. 13-24.

²⁰ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Constitución Económica...”.

²¹ VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXXV N° 1 (2008), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

²² VIERA ÁLVAREZ, Christian, “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 71 (2009), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 84-101.

²³ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Constitución Económica...”, p. 51.

concepto unívoco, teniendo una comprensión diferente si se trata del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la Escuela de Chicago o las propuestas del Magisterio Oficial Católico Romano”²⁴.

Por otra parte, esta particular concepción neoliberal de la subsidiariedad, coligada a la quimera de la “mano invisible” del mercado, no tiene en consideración que la actividad del Estado como agente regulador o como agente económico directo (con participación o propiedad), como dice Ariño, “hace siempre su aparición ante la inexistencia, los fracasos o fallos del mercado”²⁵. Las dos primeras hipótesis son las que corresponden al rol subsidiario que promueve la fórmula neoliberal pero se omite, deliberadamente, las fallas del mercado, sean fallas estructurales o circunstanciales. Asumir que el mercado tiene fallas es, antes que todo, una negación del dogma neoliberal del mercado autorregulado [y perfecto] y luego, a efectos de nuestro análisis, es el fundamento de la actividad económica estatal. En este punto, podemos señalar que las fallas del mercado justifican la actividad estatal en la economía no solo por las alteraciones a las condiciones de competencia —que es una cuestión pacífica—, sino que por otras fallas, por ejemplo: la incapacidad del mercado de proveer en cantidad o calidad suficiente bienes públicos; la compensación de externalidades negativas, la completitud del mercado, su ineficiencia distributiva, la asimetría de información, etc.²⁶.

Así, el fundamento de la actividad empresarial del Estado, enriquecido por el constitucionalismo social, es de mayor extensión: no solo ante la inexistencia o fracaso privado sino que como correctivo a fallas del mercado, como la incapacidad de proveer [todo o cantidad suficiente de] bienes públicos o por tratarse de mercados incompletos y, en algunos casos, como un agente de equilibrio y moderación de las condiciones de competencia, favoreciendo —y no estropeando como alegan los partidarios del dogma neoliberal— la existencia de un mercado abierto y competitivo.

²⁴ VIERA ÁLVAREZ, Christian, “Consideraciones acerca de...”, p. 99.

²⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* —3ª edición—, España, Editorial Comares, 2004, p. 603.

²⁶ Sobre esta materia véase la novedosa obra —en nuestra doctrina— de SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique, *Sistema y Mercado Eléctricos*, Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, 2010, p. 7-29.

En definitiva, consideramos que la subsidiariedad es una regla de preferencia pero no limita de forma tan categórica –ni menos prohibiría– la actividad empresarial del Estado.

8.- No hay prevalencia en las reglas de derecho. Lo expuesto en el número precedente es consistente con una interpretación / aplicación de las normas de ambos incisos del artículo 19 N° 21 de la Carta. En efecto, y como cuestión previa, es preciso aclarar que este precepto tiene dos reglas de derecho: la regla del inciso primero del artículo 19 N° 21 es una norma iusfundamental: el derecho, que la Constitución asegura a todas las personas, a desarrollar cualquier actividad económica lícita; en cambio, la regla del inciso segundo del mismo artículo, es una regla de derecho de contenido competencial y orgánica, que opera como cláusula de habilitación a la actividad estatal empresarial, siempre y cuando se encuadre en los márgenes estrictos –del punto de vista de los requisitos habilitantes– que la propia disposición establece.

Dicho esto, conviene tener presente que de la sola lectura del artículo 19 N° 21 no es posible extraer una relación de prelación o subordinación entre ambas reglas de derecho, siendo la regla del inciso segundo subordinada a la regla del inciso primero. Menos podría entenderse la cláusula de habilitación constitucional como una regla prohibitiva –de la actividad estatal– en caso de que particulares estén actualmente desarrollando una actividad productiva.

Así, podemos concluir que la cláusula de habilitación constitucional para la actividad empresarial del Estado, la regla del inciso segundo, no es una mera garantía negativa (Fermeois), puesta en relación de subordinación con la regla de derecho del inciso primero y, por tanto constriñendo la acción estatal empresarial solo ante la falta de la iniciativa privada o por defecto de esta. En este punto, coincidimos con lo señalado por Vallejo y Pardow, quienes señalan que la cláusula constitucional del Estado empresario, “se limita exclusivamente a regular las condiciones de intervención y operación del Estado empresario en la economía, estableciendo básicamente dos requisitos: (i) una reserva legal calificada para admitir que el Estado o sus organismos desarrollen actividades empresariales; y (ii) un principio de igualdad en el régimen jurídico aplicable a este organismo y los demás particulares que realizan dicha actividad”²⁷.

²⁷ VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “Derribando mitos sobre...”, p. 141.

Con lo señalado precedentemente, queda en evidencia que el régimen constitucional de la actividad estatal empresarial es especial, no subordinada a un rol subsidiario como el que le asigna la doctrina del Estado policía y tampoco anclado a las estructuras clásicas de la organización administrativa del Estado ya que, en su naturaleza normativa, organización y finalidad, la empresa pública no es una actividad estatal de servicio público, como se entendió en la tradicional doctrina iusadministrativa, sino que, el Estado, en el mercado, se transforma en un agente económico cualquiera, que despliega su actividad empresarial según las reglas del derecho común, tal y como lo prescribe la misma cláusula de habilitación del inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución²⁸.

5. CONCLUSIONES

9.- Limitaciones normativas. Lo expuesto en el capítulo precedente es una manera de ofrecer una interpretación que permite “contener” la comprensión neoliberal de la Constitución económica chilena, ya que, si bien la interpretación jurídica, en este punto, está limitada por el material normativo objeto de esta, no es efectivo que ese –exiguo– material normativo admita solo la comprensión neoliberal. El escaso material normativo, derecho objetivo y subjetivo, como se dijo, da cuenta de una opción o preferencia por una economía de mercado como mecanismo idóneo para la asignación e intercambio de recursos, por tanto, nuestra posición, afincada en el constitucionalismo social y la interpretación evolutiva que proponemos –tomando distancia del originalismo²⁹ que, en este punto, se presenta como dominante

²⁸ Sin perjuicio de la regla de excepción que contiene la misma disposición citada, referida a que las actividades empresariales del Estado “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”.

²⁹ Sobre la interpretación originalista, nos parece acertada la crítica del profesor Bassa, quien señala que la “interpretación originalista de la Constitución va contra el concepto mismo de poder constituyente. Considerando que este juridifica opciones políticas que responden a un consenso político históricamente determinado, y que dicho consenso es esencialmente variable por cuanto depende de la evolución de las opciones políticas de la comunidad, no es posible extrapolar las opciones de la instancia constituyente y aplicarlas en un momento histórico diferente. Es necesario actualizar las decisiones originarias del poder constituyente con el contexto de aplicación de las normas, ya que el pueblo retiene la soberanía que ejerció en el momento constituyente”. Y agrega, más adelante, que el “contenido material de las normas constitucionales

no solo en la doctrina sino que en la jurisprudencia judicial y constitucional—, permitiría, no sustituir el mercado pero sí la comprensión neoliberal que se ha dado a este y, por consiguiente, la interpretación neoliberal del conjunto de normas que integran la Constitución económica y que, en suma, propone reducir la actividad económica estatal a su mínima expresión.

En este punto, la posición liberal-igualitaria a la que adherimos permite una reformulación de los contenidos de la Constitución económica por la vía de la interpretación y la reconstrucción dogmática —inevitable ante la precariedad del texto—. Así, la interpretación [evolutiva] de la Constitución debe realizarse desde una “concepción democrática del poder constituyente, en la que dicho concepto se identifica con el pueblo, criterio que se encuentra en concordancia con dos de los principales elementos del Estado constitucional de Derecho: el principio de autogobierno y el principio democrático”³⁰ que permita una comprensión más plural del derecho de la Constitución y genuina expresión del consenso constitucional de la sociedad actual.

Con todo, es cierto que una enmienda, aditiva y que salve la precariedad de las reglas que rigen esta materia, sería la solución idónea a las limitaciones normativas (de texto) que venimos comentando. En este aspecto, es correcta la apreciación del profesor Viera, el que señala que “debemos avanzar hacia una definición expresa de la sociabilidad del Estado, en que la fórmula Estado social cumple una función hermenéutica que permite la comprensión y actualización de los postulados del Estado”³¹. En efecto, una de las reformas constitucionales pendientes es aquella que proclama como nuestra forma jurídico-política al Estado Social y Democrático de Derecho; sin embargo, con o sin reforma constitucional, se hace necesaria una relectura de la Constitución económica para sustituir la actual comprensión neoliberal que, a fin de cuentas, promueve el desmantelamiento de la actividad empresarial estatal.

evoluciona porque también lo hace el consenso político presente en el poder constituyente, el que determina el carácter de fundamental de dichas normas”. Véase BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho*, Santiago, Editorial LexisNexis Chile, 2008, pp. 126-131.

³⁰ *Ibíd.* p. 131.

³¹ VIERA ÁLVAREZ, Christian, “Consideraciones acerca de...”, p. 101.

10.- Un Estado empresario necesario. Con todo, la relectura afinada en los postulados del constitucionalismo social es necesaria, ya que, el ámbito de acción estatal empresarial que regula la Constitución Política, está justificado en el interés público o colectivo que lleva envuelto y su relación con el principio de servicialidad del Estado y la finalidad que el propio constituyente le asigna al Estado: “promover el bien común”, como dispone el artículo 1° de la Constitución.

Así, por la entidad o necesidad que emana de ese interés público, el Estado asume una posición activa (vía propiedad o participación) que garantiza la continuidad, estabilidad y cobertura de una actividad productiva que, aunque organizada bajo una actividad empresarial, es una actividad prestacional que persigue proveer de bienes públicos, en cantidad y calidad suficientes, bajo un modelo de rentabilidad mínima –cuando no negativa o deficitaria³²–, que se justifica en el valor agregado que permite satisfacer el óptimo social; es decir, un Estado empresario que, con su actividad, contribuye a distribuir bienestar.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* –3ª edición– España, Editorial Comares, 2004.
- BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho*, Santiago, Editorial LexisNexis Chile, 2008, 220 pp.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, España, Ediciones Paidós, 1993, 154 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, 402 pp.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, 110 pp.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico* –2ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, 252 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “La Constitución Económica de 1980. Algunas reflexiones críticas”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XI (2000), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 47-54.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en: *Obras completas*, Vol. III (1991), Centro de Estudios Constitucionales.

³² Tema que abre la discusión en torno a los subsidios de ciertas actividades estatales que, por razones de extensión no es posible abordar en este trabajo.

- GUERRERO DEL RÍO, Roberto, “Orden Público Económico”, en: *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*(editor: E. Navarro Beltrán), 2001, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile.
- HÄBERLE, Peter, *El estado constitucional*, Lima, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. XXI-XXXIV.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El Estado empresario a la luz de la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho Público*, Nº 62 (2000), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, PP. 32-47.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 144 pp.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, “El Estado Empresario”, en: *Gaceta Jurídica*, Nº 80 (1987), Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, pp. 13-24.
- SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique, *Sistema y Mercado Eléctricos*, Santiago, Editorial LegalPublishing Chile, 2010, 193 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La actividad económica en la Constitución Política de la República”, en: *Ius Publicum*, Nº 2 (1999), pp. 119-129.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXXV Nº 1 (2008), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 135-156.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 2 Tomos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, “Consideraciones acerca de una Constitución Económica. Hacia una reinterpretación de la Constitución económica chilena”, en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 71 (2009), Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Vieja – Nueva Constitución”, en: *Estudios Constitucionales*, Año 5 Nº 1 (2007), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, pp. 349-370.