

Informe en Materia Constitucional

Marzo 2023

Estado Social y Democrático y Subsidiariedad: ¿Contradicción Aparente?

CONTRATO AE MULTIPLE 900 018 2023

Requirente: Diputados,as:

JUAN A. COLOMA Á.

JUAN M. FUANZALIDA C.

GUILLERMO RAMÍREZ D.

ÍNDICE

- I. Introducción**
- II. Incompatibilidad o Armonía**
- III. Conclusiones**
- IV. Bibliografía**

I. Introducción

Uno de los puntos álgidos del debate, en el marco del proceso constitucional, es la mantención del principio de subsidiariedad. Ya durante la Convención Constitucional se observó, por parte de la izquierda, una fuerte intención de quitarlo de nuestro ordenamiento jurídico, y reemplazar el llamado Estado Subsidiario por uno Social. Así fue consagrado, y el proyecto abría declarando que Chile era un Estado Social y Democrático de Derecho¹. Tal era la fe que se le tenía a este nuevo modelo, y al fin de la subsidiariedad, que supuestamente los convencionales de izquierda habrían llorado el día en que se aprobó².

A pesar de que el proyecto de la Convención fue rechazado, la idea del Estado Social como reemplazo del Subsidiario no fue abandonado. Así, al habilitarse el nuevo proceso constitucional actual, se dejó consagrado como base mínima el que Chile es un Estado Social y Democrático de Derecho, en el artículo 154 n°5 de la Constitución vigente, que señala:

“5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

¹ Propuesta de Nueva Constitución de 2022, artículo 1.

² Baradit, Jorge: *La Constituyente: Historia secreta de Chile*, Santiago: Sudamericana, 2022, p. 127

Sin embargo, la comprensión que se ha tenido de esta norma es diversa. Mientras algunos, como los mismos comisionados Flavio Quezada³ y Alexis Cortés⁴ han dado a entender que, para ellos, la subsidiariedad es incompatible con un Estado Social, otros académicos como Pablo Ortúzar han dicho que lo es.

Por lo tanto, a pesar del artículo 154 nº5, la duda persiste: ¿es la subsidiariedad realmente incompatible con un Estado Social? Si se analiza el principio desde sus orígenes, más allá de las interpretaciones que los tribunales chilenos han hecho de él, la respuesta pareciera ser afirmativa. Esto, porque además el Estado Social no tiene un solo desarrollo, ya que si bien hay aspectos elementales que lo caracterizan en su esencia, puede materializarse de distintas formas. Por lo tanto, si bien a veces el Estado Social ha sido interpretado como un Estado benefactor al estilo de las democracias europeas de la segunda mitad del siglo XX, no tiene por qué necesariamente ser así. Esto es lo que ha demostrado Alemania, que fue uno de los Estados pioneros en la introducción de un modelo de Estado Social.

En otras palabras, el Estado Social de Derecho no es incompatible con el principio de subsidiariedad. El núcleo del conflicto es, al final, la concepción que se tenga de uno y otro concepto. Pero una convivencia armónica de ambos sí es posible.

³ Sesión de la subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Medioambientales de la Comisión de Expertos, 23 de marzo de 2023, <<<https://www.youtube.com/watch?v=qC0s8ESUojY>>> 1:47:49

⁴ La Tercera, Alexis Cortés, experto del PC: “La subsidiariedad, tal como la hemos experimentado, es incompatible con un Estado social e implicaría violar una de las bases institucionales”, 13 de marzo de 2023

II. Incompatibilidad o armonía

Para concluir si son compatibles en un mismo régimen jurídico, es necesario conceptualizar el Estado social y la subsidiariedad. El primero, especialmente, es difuso. El segundo presenta la dificultad de que, al ser un concepto que desborda lo jurídico, tiene diversas manifestaciones dentro y fuera del orden constitucional.

2.1 Estado social

Carlos Bustamante caracteriza al Estado social como aquél que “tiene por efecto directo incorporar a los fines del Estado el deber de procurar a cada persona un <<mínimo existencial>> y construir unas relaciones sociales justas”⁵. Según Hermann Heller, es aquel que tiene el deber de “corregir la desigualdad, garantizando que los débiles socialmente cuenten con una libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos”⁶. De ambas definiciones, se desprende que es aquel en que se reconocen la necesidad de proveer distintas condiciones mínimas de existencia para el desarrollo social, y que el Estado tendría un rol activo, como responsable, en esta provisión. Así, éste es el garante de promover el bienestar general de la sociedad, lo que implica una igualdad material. Su concepción se ve fuertemente influido por una mayor demanda para que el Estado se haga cargo de las necesidades básicas de sus ciudadanos, y por el consiguiente crecimiento estatal que eso conlleva.

⁵ Bustamante, Carlos: *La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 65

⁶ Parejo Luciano en Solari, Enzo: “Para un concepto de Estado social de Derecho” en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 1998, p. 204

El académico Enzo Solari ve que la responsabilidad de los gobernantes por el bienestar de su población es una idea antigua, que viene desde el pueblo hebreo⁷, y la identifica con una suerte de proto-Estado social. Sin embargo, su antecedente directo estaría con el primer catálogo acabado de derechos, que es el la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1793. Ya con el resquebrajamiento del Estado liberal y el surgimiento de distintas clases sociales y grupos, propios del siglo XX, se terminaría de definir como hoy lo conocemos, y tendría su auge durante las Constituciones de la postguerra. Además, nace como una forma de evitar los regímenes comunistas que se instalaban en Asia y Europa Oriental, pues si era el mismo modelo⁸ el que entregaba las prestaciones básicas que la población demandaba, los partidos comunistas no tendrían descontentos sociales de los que alimentarse y ésta no querría volverse contra el mismo Estado que les garantizaba su calidad de vida. En Alemania, como dice Diego Schalper, “[p]ara los mentores ordoliberales de la economía social de mercado, la motivación era habilitar las condiciones sociales necesarias para permitir su auténtico ejercicio [de la libertad], como antídoto frente al totalitarismo comunista”⁹. En consecuencia, el Estado social es una tercera vía entre el liberalismo de principios del siglo XX, y el comunismo que surge como respuesta.

Más allá de este origen, lo básico que lo caracteriza es que avanza en la satisfacción efectiva de derechos sociales¹⁰. Mientras que el Estado liberal del siglo XIX ponía énfasis en una justicia correctiva, y su fin era lograr que los individuos se desarrollaran sin injerencia del Estado, a través de una glorificación de los derechos civiles y políticos, el Estado Social

⁷ Solari, *op. cit.*, 201

⁸ Uno que, al final, era capitalista o, al menos, era aliado de Occidente

⁹ Schalper, Diego: *Estado social de derecho, las lecciones del modelo alemán*, en La Tercera, 28 de marzo de 2023

¹⁰ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional chileno, Tomo I*, 4ª ed., Santiago: Ediciones UC, 2022, p. 232

es uno que se basa en la “procura existencial”¹¹, que garantiza la subsistencia a través de prestaciones que brindan condiciones mínimas de dignidad. No define necesariamente cuáles son éstas, ni cómo se otorgarán, sólo le da responsabilidad al Estado de hacerlo, sin tampoco especificar cómo. Esa es, por tanto, su esencia, y su aplicación constitucional es, por consiguiente, mucho más difusa o limitada de lo que los convencionales de izquierda interpretaron.

Sin embargo, de esto fluyen concepciones diversas:

- a) Para algunos, implicaría necesariamente un Estado de Bienestar, lo que se caracterizaría por un rol activo del Estado. En suma, sería una versión jurídico-política del “Welfare State” propio de los neocapitalismos que combinan producción industrial capitalista con el bienestar general de la sociedad moderna compleja¹². Es el Estado, según Christian Viera, el que se constituiría en prestador de servicios que satisfacen la procura existencial¹³.

Esta tesis está relacionada a una corriente latinoamericana, asociada actualmente, a su vez, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que busca que los derechos de segunda generación sean directamente justiciables¹⁴ a través de acciones judiciales, y no estén condicionados por “la medida de lo posible”.

¹¹ Poyanco, Rodrigo: “¿Necesita Chile un principio de Estado social en la Constitución?” en *Actualidad Jurídica*, n.40, 2019, p. 412

¹² Solari, *op. cit.*, 205

¹³ Viera, Christian: “Estado social como fórmula en la Constitución chilena” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 21 n. 2, 2014, p. 460

¹⁴ Poyanco, Rodrigo: “El principio de estado social en la constitución chilena” en Miranda, Rubén, O *Direito Atual e as Novas Froteiras Juridicas*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 767

El encargado de hacerlos posible, entonces, no sería el legislador, sino el juez, quien tendría en la práctica la tarea de condicionar las políticas públicas del Ejecutivo, u ordenar a particulares determinadas acciones, para hacer realidad la justicia social¹⁵.

Claudia Sarmiento afirma que los privados, por su naturaleza egoísta, estarían destinados a tomar decisiones en pos de su interés personal. Por tanto, para lograr el bien común o el interés general, se requiere centralizar la toma de decisiones en el Estado¹⁶. En materia económica, por ejemplo, algunos abogan por un Estado empresario, que dirija con decisión las políticas económicas del país, superando su rol de mero regulador¹⁷.

- b) Para otros, sólo tiene por necesario la consecución de los derechos sociales, independiente de quién los provea, y reconoce a los cuerpos intermedios como actores potencialmente relevantes en la sociedad. Por ejemplo, Pablo Ortúzar ha señalado que algunos sectores de izquierda dependen de ellos y los cuidan, como a los sindicatos. El Estado social, además, lo que intentaría remediar es la situación de aquellos que “[f]rente al mercado son demasiado pobres, y frente al Estado son demasiado ricos”¹⁸.

Así, para esta corriente, el Estado social sería algo similar a una obligación de resultado, sin fijar los medios de cómo lograrla. En palabras del mismo Viera, “tiene el carácter de cláusula abierta, por lo mismo, la determinación de contenido material no es

¹⁵ Poyanco, “El principio”, 768

¹⁶ Sesión de la subcomisión de Principios y Derechos Civiles y Políticos de la Comisión de Expertos, 28 de marzo de 2023, << <https://www.youtube.com/watch?v=SJgufxjdHfM> >> 19:45

¹⁷ Solari, *op. cit.*, 212

¹⁸ La Tercera, Pablo Ortúzar: “Estado social y subsidiariedad sí son compatibles y en algún sentido se requieren mutuamente”, 30 de marzo de 2023

una cuestión ajena a discrepancia temporal y/o espacial”¹⁹. Por lo tanto, la forma en que se materializa el principio dependerá del momento y el lugar en que se aplique, ya que la cancha que entrega da para muchas fórmulas.

Sin embargo, lo que siempre estará presente, como un mínimo, es su labor orientadora. Esto, pues sí tiene el deber de regular las condiciones en que los distintos actores, sean públicos o privados, llevan a cabo esta obligación. Por lo tanto, no es un Estado pasivo como el liberal del siglo XIX, que abandonaba todo al *laissez faire*; pero no puede confundirse tampoco con un intervencionismo estatal total que, por el sólo hecho de ser social, se constituye como titular principal del deber de proveer dichos derechos.

En conclusión, el Estado social podría ser considerado por algunos como un concepto incompleto, o faltarle contenido sustantivo. Esto, pues, a pesar de que mucha tinta se ha dedicado a él, y a pesar de que es fácilmente reconocible en las democracias europeas del siglo XX, tiene manifestaciones muy distintas. Si bien las ideas de justicia material, procura existencial y desarrollo social general lo informan, pareciera sólo haber consenso en que es aquel en el que se le asegura a la población la prestación de ciertos servicios, normalmente asociados a derechos sociales, que constituyen condiciones mínimas de dignidad en el contexto de sociedad postindustriales modernas. Sin embargo, el rol del Estado y su nivel de responsabilidad aún no quedan claros. Al ser una cláusula abierta, dependerá del paradigma de sociedad que tenga cada nación que quiera adoptar el modelo. Por lo tanto, pareciera ser un concepto normativo sólo en cuanto le impone a un Estado una obligación de resultados, independiente de si es él el primero en estar llamado a cumplirla o no.

¹⁹ Viera, *op. cit.*, 460

2.2 Principio de subsidiariedad

La subsidiariedad es normalmente atribuida a la mencionada encíclica que encapsula la Doctrina Social de la Iglesia, y acuñada como concepto por Pío XI. Sin embargo, como idea es mucho más antigua, y está ligado íntimamente con el comportamiento social humana (e incluso con su naturaleza). Aristóteles en *La Política* hace ya referencia al nivel de organización dentro de las comunidades, y Tocqueville, en su libro *Democracia en América* discurre acerca del interés de las personas por, en cierto modo, limitar las aristas en que el Estado es partícipe, entregando dichas responsabilidades a los grupos de la sociedad civil. Por lo tanto, si bien el concepto como tal es acuñado en el siglo XIX, la subsidiariedad pareciera ser un principio propio de la naturaleza humana, presente a través de la Historia.

León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum* (1891), escribe:

“[E]s imposible promover la dignidad de la persona si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones agregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen posible su efectivo crecimiento social.

Es éste el ámbito de la sociedad civil, entendida como el conjunto de las relaciones entre individuos y entre sociedades intermedias, que se realizan en forma originaria y gracias a la <<subjetividad creativa del ciudadano>>. La red de estas relaciones forma el tejido social y constituye la base de una

*verdadera comunidad de personas, haciendo posible el reconocimiento de formas más elevadas de sociabilidad*²⁰.

Esto cobra sentido con lo que señala Pío XI en *Quadragesimo Anno* (1931):

*“Permanece, sin embargo, estable y firme en la filosofía social un gravísimo principio, que nadie puede mover o alterar: 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, y además gravemente perjudicial y perturbador para el recto orden social, entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores e inferiores pueden hacer, porque cualquier acto social, por su propia fuerza y naturaleza, debe servir de ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absorberlos”*²¹.

En palabras de Alejandro San Francisco, “significa la intervención complementaria y auxiliar de las estructuras sociales superiores en favor de los individuos y de las pequeñas comunidades”²². Como tal, “articula los esfuerzos y las relaciones entre las personas, los cuerpos intermedios y el Estado en búsqueda del bien común, reconociendo el aporte fundamental que tienen las asociaciones intermedias para constituir el orden social”²³. En ese sentido, no es un mero deber de abstención del Estado para que deje actuar a los

²⁰ Compendio Doctrina Social de la Iglesia, punto 285

²¹ Pío XI en San Francisco, Alejandro: “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 n.3, 1992, p. 528

²² *Íbidem*

²³ Isamit en Arquerros, Claudio; Barrera, Jorge y Castro, José Manuel: *La subsidiariedad en Chile*, Santiago: Instituto Res Publica, 2016, p. 75

cuerpos intermedios, como se la ha caricaturizado -y a veces interpretado-, sino que implica que las sociedades mayores deben ponerse al servicio, o ayudar, a las menores²⁴.

Ésta, por tanto, se compone de dos dimensiones:

- a) Negativa o principio de no absorción: impide que las sociedades mayores -en este caso el Estado- absorban a las menores. Sin embargo, como arguye San Francisco, se trata de prohibir una indebida o ilegítima intervención, no cualquiera. Busca que el Estado “no sea intervencionista ni abstencionista”²⁵. Éste, por tanto, debe ayudar a las sociedades intermedias a lograr sus fines en pos del bien común, no ser un mero espectador²⁶.

- b) Positiva o principio de habilitación: el Estado debe ayudar, de forma proporcional y adecuada, a los grupos intermedios. Además, cuando estos no puedan cumplir los cometidos que se necesitan para alcanzar el bien común, tiene obligación de actuar. Esta acción puede llevarse a cabo de forma indirecta, con “una función de fomento o promoción”²⁷, o directa, que “se hace efectiva a través de una transferencia de bienes, en la producción de bienes o en la prestación de servicios”²⁸.

²⁴ Peredo, Marcela: “Principios constitucionales: El principio de solidaridad como elemento de la subsidiariedad. La tercera vía dos principios constitucionales complementarios” en *Principios constitucionales: antiguas y nuevas propuestas* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 493

²⁵ San Francisco, *op. cit.*, 532

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Quintana, Augusto: “El principio de subsidiariedad” en *Revista de Derecho Público*, edición especial, p. 127

²⁸ *Ibidem*

Así las cosas, la subsidiariedad pareciera encauzar la natural libertad y deseo de asociatividad del hombre, permitiéndole a él mismo decidir cómo trabajar para lograr el bien común. Es mucho más que un principio económico centrado en las prestaciones de derechos sociales, sino que aborda principalmente las asociaciones de individuos y cómo éstos pueden colaborar al desarrollo social, incluyendo necesaria pero no suficientemente este plano. Como han dicho comisionados como Jaime Arancibia, sin ella no hay realmente sociedad. La comisionada Marcela Peredo en su artículo *Principios constitucionales: El principio de solidaridad como elemento de la subsidiariedad. La tercera vía dos principios constitucionales complementarios* ha señalado que “emana de la naturaleza social del ser humano que genera vínculos a través de su libertad”²⁹. Por último, en palabras de Cea, una democracia sin subsidiariedad no es realmente tal, sino que es dictadura.

²⁹ Peredo, *op. cit.*, 493

2.3 Compatibilidad entre ambos principios

Como se esbozó, lo que algunos académicos sostienen, es que para proveer estos derechos sociales o garantizar las condiciones mínimas de vida de la población, se necesitaría centralizar la toma de decisiones respecto de éstas. Así, sería el Estado el encargado de regular qué y cómo se proveen dichos derechos, y no las personas o sus asociaciones. Esto descansa sobre la, a nuestra vista, errónea premisa de que sólo el Estado, al ser el ente general aglutinador de los habitantes de la Nación, estaría más capacitado para conocer y tender hacia el bien común. Por otro lado, los individuos, por su naturaleza económicamente egoísta, tenderían, legítimamente, a beneficiar su propio interés.

Lo anterior no es correcto. Ya Poyanco señala que no todos los modelos de Estado social excluyen a la sociedad civil como agente relevante con el cual comparte su tarea³⁰. La Iglesia, en su magisterio, señala que la justicia puede ser promocionada por la sociedad civil y sus grupos. En ese caso, a pesar de la tarea de responsabilidad que tiene el Estado, es su deber no sustituir su acción si ésta es bien efectuada³¹, más allá de su rol regulatorio.

Por lo demás, si se entiende a éste en su definición más pura, y no asociado a sus derivados socialistas o propios de un Estado de Bienestar, muchos académicos opinan que es plenamente compatible con el principio de subsidiariedad como lo hemos entendido, especialmente si se adopta en conjunto a la solidaridad, entendido como el sentir como propias las carencias ajenas³², que por tanto impulsa a las personas a actuar para ayudarse entre sí. La solidaridad, como arguye Peredo³³, se ha entendido como contrapuesta a la

³⁰ Poyanco, "El principio", pp. 771-772

³¹ Solari, *op. cit.*, 218

³² Cea, *op. cit.*, 236

³³ Peredo, *op. cit.*, 488

subsidiariedad. Eso es porque en Chile se le ha dado mucho énfasis a la abstención del Estado en la consecución del bien común (usando el vocablo de la Constitución vigente).

Es la sociedad misma la que debe velar por bien común. Para esto, se estructura en grupos o sociedades intermedias, que están entre los individuos y el Estado. Nada de esto daría sentido sin la solidaridad como “expresión de la sociabilidad del ser humano”³⁴, que se organiza autónoma y libremente para, entre otras cosas, hacer real los derechos sociales. Pablo Ortúzar menciona este valor como un requisito de la subsidiariedad correctamente entendida³⁵. Así, esta unión virtuosa permitiría a la sociedad civil, fortalecida después de las debacles financieras experimentadas por el Estado de bienestar clásico³⁶, lograr el cometido clave del Estado social, que es la consecución de derechos.

A mayor abundancia, lo que define al Estado social de Derecho es, al final, la provisión efectiva de derechos de segunda generación. Si se entiende la subsidiariedad íntegramente, en su faz positiva y en la negativa, no hay razón para que esto no pueda ser llevado a cabo por la sociedad civil. Así se entendió desde un principio, pues justamente se buscaba una mayor eficiencia del Estado, “con una participación del sector privado en las prestaciones destinadas a hacer efectivo los derechos sociales”³⁷. Lo anterior es claro: la subsidiariedad, que es permitir al sector privado accionar, a través de grupos intermedios, en la consecución del bien común, justamente se orienta a la provisión de elementos que permiten el desarrollo; entre otros, derechos sociales. Esto se refleja en la base del artículo 154 nº5:

³⁴ *Íbidem*

³⁵ Ortúzar, Pablo: *El principio de subsidiariedad: 4 claves para el debate*, Santiago: Ies Chile, n.a, p. 13

³⁶ Cea, *op. cit.*, 232

³⁷ Bertelsen en Poyanco, “El principio”, 782

“5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas”.

Si se desglosa, es evidente que la finalidad del Estado es el bien común. Para lograrlo, se establece como modelo uno social. En otras palabras, el fin se lograría, según lo ya expuesto, a través de la provisión de condiciones mínimas de dignidad para que cada individuo pueda desarrollarse en toda su potencialidad. Ahora bien, esta provisión de derechos sociales queda a cargo de instituciones públicas y privadas. Por lo tanto, los privados, asociándose, pueden justamente colaborar en el bien común tal y como planteaba Bertelsen hace ya treinta años. La norma no explicita la proporción de participación del Estado y la sociedad civil, pero esa es una discusión que se deberá tener en la Comisión de Expertos y en el Consejo Constitucional, justamente porque la Constitución no la zanja. Sin embargo, es posible concluir que la privada, en la práctica, no podrá ser menor, pues el artículo 154 n°5 dispone que la provisión (estatal) debe hacerse con sujeción al principio de responsabilidad fiscal. Esto obliga a contar con una fuerte colaboración de los privados, teniendo en cuenta los recursos limitados del Estado y el difícil momento económico presente. Parece lógico recurrir a la subsidiariedad para poder cumplir a cabalidad esta base.

Mientras el Estado social es un modelo de Estado en el sentido que define qué debe lograr, el principio de subsidiariedad es uno de los métodos o formas a través del cual puede lograrse ese objetivo. Así dice el vicepresidente de la Comisión de Expertos, Sebastián Soto,

agregando que en Europa se ha entendido de esa forma³⁸. En palabras de Poyanco “el principio de subsidiariedad busca simplemente proteger y realzar la libertad y responsabilidad de la propia sociedad en el cumplimiento de sus fines, frente a los extremos del colectivismo estatista y el liberalismo extremo”³⁹.

a) Caso chileno

Además, se dice que la interpretación que se le ha dado en Chile al principio de subsidiariedad lo hace incompatible con un Estado artículo y Democrático de Derecho, pues sólo se ha resaltado su faz negativa. Según dicha interpretación, el Estado debe abstenerse de intervenir en grupos intermedios cuando estén prestando un servicio en la consecución de derechos sociales, incluso al punto de impedir ciertas regulaciones en materia escolar. Así se vio en el rol 4317-2018 del Tribunal Constitucional, que afirmó que:

“[E]n virtud del principio de subsidiariedad, corresponde al Estado velar porque la actividad efectuada por una asociación determinada esté conforme al objeto para el cual fue creada, evitando inmiscuirse sustancialmente en sus actividades, porque de hacerlo, estaría vulnerando justamente la autonomía que la Constitución le reconoce”⁴⁰.

Otro fallo del mismo tribunal señala que:

³⁸ El Mercurio, *Sebastián Soto vicepresidente de la Comisión Experta, y las propuestas de normas: “Se han resuelto temas que dan certezas y permiten mostrar un cambio y una continuidad a la vez”*, 2 de abril de 2023, C4

³⁹ Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 434

⁴⁰ Considerando 4º, Sentencia Rol 4317-2018, Tribunal Constitucional

“Que, conforme al principio enunciado “el deber del Estado en la educación reviste un carácter subsidiario no sólo respecto de los padres de familia, sino también de las entidades particulares que colaboran en la enseñanza” (CENC. Sesión N° 143 de 5 de agosto de 1975). Asimismo, este Tribunal ha expresado en relación al derecho a la educación que esta garantía “impone al Estado fomentar el desarrollo de la educación, derecho que engarzado con la garantía de la libertad de enseñanza, y en relación al principio de subsidiariedad, hace que los particulares tengan plenas facultades para crear y mantener centros de enseñanza, cuyo objeto sea la educación, sin interferencia de autoridad, salvo para instituir requisitos mínimos de exigencia, a través de normas objetivas y de general aplicación”⁴¹.

Además, otro ámbito en el que se usa recurrentemente como justificación a la inacción estatal es en el ámbito económico. Esto colabora a la percepción de que la subsidiariedad es solamente un principio rector del Orden Público Económico, y que como tal sería un escollo a la participación estatal en la provisión de derechos sociales. Por lo tanto, sería contradictorio contemplar una abstención estatal tan estricta, que lo abstiene de actuar ante la sola existencia formal de cuerpos intermedios, o de participar en la economía justamente en el marco de un Estado social que debe garantizar con su propio accionar la provisión de ciertos servicios para lograr un estándar mínimo de vida.

Sin embargo, el actual 19 n°21 no proscribe *per se* empresas estatales dedicadas a proveer derechos sociales, sólo les impone condiciones para que compita en igualdad de condiciones con los privados. Lo anterior no lo prohíbe el principio de subsidiariedad, sino incluso lo completa en su dimensión activa, pues no le roba protagonismo a los grupos

⁴¹ Considerando 13º, Sentencia Rol 7983-2019, Tribunal Constitucional

intermedios, sólo les compite, y los suple cuando ellos no quieren participar. La afirmación de que un Estado privilegiado en materia económica, a la usanza del régimen creado bajo la Constitución de 1925, es consecuencia natural del Estado social es falso. Nuevamente, lo que lo define es únicamente el resultado: la entrega de condiciones mínimas de dignidad. El cómo depende de cada Estado.

Es esta interpretación restringida a la dimensión negativa de subsidiariedad la que ha causado resentimiento contra él, olvidando su calidad que desborda lo jurídico y que es una manifestación, más bien, de la libertad y creatividad humana. Por esto es por lo que, cuando se aprobó el artículo 1 de la propuesta de Nueva Constitución, el 11 de abril del 2022, Jorge Baradit declaró que el “Estado social y democrático de derecho es la llave que va a clausurar el Estado subsidiario que en cuarenta años no entregó mejor salud, no entregó mejores pensiones, no entregó mejor educación”⁴². Está la percepción de que cuando el Estado quiere actuar ante la deficiente provisión de derechos por parte de los privados, es la subsidiariedad lo que lo impide, y que por ésta es que la calidad de vida de los chilenos no ha mejorado.

A pesar de la existencia de sentencias que demuestran que políticas prestacionales del Estado, tal como la gratuidad progresiva en la educación, son compatibles con artículos como el 19 n°10 de la Constitución, la existencia de provisión mixta y el régimen chileno de subsidiariedad⁴³, el estereotipo (en parte merecido) no ha podido ser superado.

Como señala Messner, la aplicación concreta de la subsidiariedad requiere un “ejercicio constante de prudencia”⁴⁴. Que ésta haya faltado en los tribunales chilenos no es

⁴² Baradit, “La Constituyente”, 127

⁴³ Considerandos 20° y 21°, Sentencia Rol 2781-2015, Tribunal Constitucional

⁴⁴ San Francisco, *op. cit.*, 532

un problema del concepto mismo: especialmente en un país en que las sentencias no tienen fuerza de precedente, y en el que los mismos tribunales han demostrado poder cambiar rápidamente de parecer, éstas no redefinen cómo fue concebido por la Comisión Ortúzar. Es claro que Jaime Guzmán, por ejemplo, no pensó en la subsidiariedad como pilar fundamental de un Estado liberal como el del siglo XIX⁴⁵. Todo lo contrario, éste se constituye como alternativa al liberalismo y al socialismo⁴⁶.

b) Caso alemán

Justamente en la Ley Fundamental de 1949 se eliminaron los derechos sociales explícitos, justamente para evitar su justiciabilidad directa y dejarle al legislador un marco lo suficientemente flexible para ir ajustando las políticas públicas a las coyunturas sociales y económicas del momento. Así, se optó por una norma general que consagrara el Estado social (artículo 20.1), que consagra:

*“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”.*⁴⁷

Como menciona Felipe Bravo, en Bonn no hubo la necesidad de explicitar la deferencia del juez al legislador, pues se entendía que dependía de él fijar los medios de cómo hacer realidad el mandato amplio de su Carta Fundamental⁴⁸. En otras palabras, su consagración

⁴⁵ Tagle, Jaime: “Subsidiariedad, justicia y valores morales en Jaime Guzmán” en El Líbero, 1 de abril de 2023

⁴⁶ San Francisco, *op. cit.*, 532

⁴⁷ Ley Fundamental de Alemania, 1949

⁴⁸ Bravo, Felipe: “El concepto de Estado social” en La Segunda, 1 de abril de 2023

constitucional “obliga a la legislatura a dar forma a la sociedad y a la economía”⁴⁹, y deliberadamente decidió no habilitar a que los alemanes pudiesen demandar prestaciones específicas del Estado en sede judicial. Eso ya de por sí demuestra que establecer un fin (la provisión de condiciones mínimas de dignidad) no condiciona *a priori* el mecanismo (incluyendo a actores, políticas, etc.) con el cual se llevará a cabo.

Por otra parte, es evidente que un Estado social pone énfasis en lo que sería la dimensión activa de la subsidiariedad. Se entiende que éste obliga al Estado a actuar allí donde hay carencias de las condiciones mínimas vitales, a través de su función administrativa, que se empodera. Sin embargo, la Constitución no determina las prestaciones concretas, ni siquiera los derechos sociales que debiesen proveerse; tampoco excluye a los privados de colaborar en su provisión, especialmente ya que se reconoce que el Estado está obligado “en la medida de lo posible”⁵⁰. Simplemente le ordena al legislador crear las condiciones adecuadas para que la Administración pueda cumplir los fines que éste establezca.

Así, el constituyente es deferente con el legislador, consagrando un principio general de Estado social, pero permitiéndole un amplio espacio de acción, para que de acuerdo con las circunstancias determine la mejor forma de llevarlo a cabo⁵¹. No se fija, por tanto, la forma en que se llevará a cabo, y no se descarta la colaboración de privados. Esto demuestra ser un camino prudente, ya que toma en cuenta el factor dinámico de la capacidad económica del Estado de poder llevar a cabo él mismo todas las prestaciones, por lo que no lo amarra como único actor.

⁴⁹ Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 413

⁵⁰ Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 418

⁵¹ *Íbidem*

c) Neoconstitucionalismo latinoamericano

En el continente, empero, el Estado social se ha interpretado de acuerdo con la mirada que se adoptó en la Convención Constitucional, especialmente en el neoconstitucionalismo americano. En este caso, el modelo no es deferente con el legislador, sino que se contemplan, en la Constitución “la imposición directa de verdaderas obligaciones a las autoridades políticas”⁵², lo que se hace a través de la consagración de derechos sociales exigibles ante los tribunales de justicia. Por lo tanto, es el juez, y no el legislador, el encargado de velar por la justicia artículo que emana directamente de los mandatos constitucionales, y al hacerlo le impone cargas al Estado y dicta, de cierta forma, la política de la Administración. Con esto, se puede “demandar del Estado ciertos comportamientos”⁵³.

Esto es evidente en la Constitución de Ecuador (2008), que se constituye como Estado social, y que consagra, por una parte, un amplio catálogo de derechos (educación, salud, medioambiente, agua, etc.), y por otro, les otorga aplicación directa a los tratados internacionales de DD.HH que se encuentran vigentes. Además, pone al Estado como garante de todos ellos, como dispone su artículo 3 n°1:

“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Además, el artículo 11 n°3 explicita que estos son plenamente justiciables, repitiendo lo que anteriormente ya esbozaba acerca de su exigibilidad ante cualquier

⁵² Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 421

⁵³ Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 422

órgano estatal competente. Esto es, a su vez, reforzado por la inclusión de una acción de protección que busca *“el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución”*⁵⁴. Por eso es que Ecuador es fiel tributario de la corriente neoconstitucionalista latinoamericana, que pone en el juez la tarea de velar por la supremacía constitucional, lo que en Estados como éste incluye la aplicación directa de los derechos que contiene.

Bolivia, por otra parte, también se constituye como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” en su artículo 1. A su vez, también consagra un catálogo de derechos, y, entre los deberes del Estado, le encarga, aún más explícitamente que Ecuador, la realización de derechos sociales:

“5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.”

Además, los derechos sociales que se consagran en la Carta Fundamental no sólo son enunciados, sino que también, al igual que en el caso ecuatoriano, se explicitan los principios que los rigen. Esto fija no sólo la condición mínima de dignidad (siguiendo la línea de lo ya expuesto), sino que la forma en que se deberá entregar. Por ejemplo, al referirse al derecho a la seguridad social, dispone el artículo 45:

“La seguridad social se presta bajo los principios de universalidad, integralidad, equidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad, interculturalidad y eficacia. Su dirección y administración corresponde al Estado, con control y participación social.”

⁵⁴ Artículo 88 de la Constitución de Ecuador del 2008

Además, al deber de promover éstos y demás derechos que se consagran en su Carta Fundamental, se suma la existencia de varias acciones constitucionales llamadas a hacerlos directamente exigibles ante los tribunales de justicia.

En otras palabras, en estos casos, no es sólo el modelo a través del cual se abordará la tarea del bien común el que se fija, sino que también, *ex ante*, los mecanismos a través de los cuales se otorgarán las condiciones mínimas de dignidad. Al confiar en el Estado como el gran responsable de la consecución de los derechos que consagran, y fijar desde antes las “reglas del juego”, las Constituciones del neoconstitucionalismo latinoamericano constriñen la acción de los grupos intermedios, negándoles su calidad de actores válidos y capacitados para ayudar en la tarea de lograr el bien común.

Por lo tanto, es posible apreciar que, si bien en el debate actual se usa el ejemplo de Alemania como Estado social, éste es perfectamente compatible con el principio de subsidiariedad, ya que respeta la acción de privados no fijando los mecanismos específicos de cómo lograr el bien común, y no sobre-regulando la forma de proveer los derechos sociales. Por el contrario, ni siquiera los contempla; menos los hace directamente exigibles a través de acciones constitucionales. Esto permite que el legislador vaya ajustando la forma de lograr las condiciones mínimas de dignidad, tomando en cuenta la capacidad monetaria del Estado, por esencia dinámica. Así, no se veta constitucionalmente la presencia de los cuerpos intermedios en la esfera pública, ni se les quita la posibilidad de ayudar al bien común.

Más bien, lo que describen ciertos sectores de izquierda durante el debate constitucional pareciera ser más cercano a los modelos del neoconstitucionalismo latinoamericano, que sobre-regulan su Constitución, poniendo todo el foco en el Estado como agente primordial -y casi excluyente- en la provisión de derechos sociales. Sus catálogos al respecto son extensos, y entregan varias acciones para hacerlos justiciables,

poniendo en las manos del juez y no en las del legislador el poder para hacer de la justicia social una realidad. Como resultado de llenar lo público con regulaciones dirigidas al Estado, no queda espacio para que los privados puedan asociarse y brindar los servicios que permitan llevar a cabo las condiciones mínimas de dignidad. Con esta concepción de Estado social más acercado a un Estado socializante o a uno de Bienestar, por supuesto que la subsidiariedad, con organizaciones que persiguen sus propios fines e idearios, y que de igual forma pueden contribuir al bien común, no tiene espacio.

De hecho, esto podría resultar en un efecto no deseado: al hacer todos los derechos sociales directamente exigibles ante la judicatura, puede producirse lo que ya se observa en Chile -incluso sin ser un Estado social-, que es la judicialización masiva de ellos. Al saturar al Poder Judicial, el Gobierno de turno tampoco es capaz de hacer efectivas, inmediatamente, todas las políticas públicas que se requieren para dar cumplimiento a las sentencias correspondientes. Esto, por tanto, resulta en inacción estatal, que impide, justamente, la consecución de los mismos derechos que se busca hacer realidad. Esto, sin grupos intermedios presentes que actúen por su cuenta (pero dentro de la regulación establecida por el legislador), puede generar precisamente mayor ineficiencia en la materialización de un Estado social. Por otro lado, como dice Poyanco, “[e]n los países latinoamericanos en que los derechos sociales dependen, mayoritariamente, de la acción prestacional del Estado, el dinero que paga las sentencias favorables de los litigantes exitosos sale de los presupuestos destinados a pagar las políticas que estaban destinadas a atender las necesidades de las personas carentes de recursos”⁵⁵. Esto resulta, irónicamente, en mayor desigualdad y pobreza.

⁵⁵ Poyanco, “¿Necesita Chile...?”, 428

III. Conclusiones

En conclusión, el Estado social, heterodoxamente comprendido, y subsidiariedad, no parecieran ser realmente incompatibles, en principio. Uno es más similar a una obligación de resultados, que es garantizarle a la población la proporción de justicia, a través de la prestación de condiciones mínimas de dignidad que hagan posible el bien común. El otro suple el vacío que deja éste en cuanto a cómo se debe procurar esa justicia. Así, diversas corrientes concluyen que el Estado social y la subsidiariedad no sólo pueden ir aparejados, sino que son hasta interdependientes. Por otra parte, el primer concepto habla de las relaciones entre los integrantes o colectividades, y el Estado del cual son parte. El segundo, empero, es un concepto que desborda lo político-jurídico, ya que habla de la misma naturaleza del hombre y cómo éste tiende a relacionarse con los demás para suplir sus necesidades libre y autónomamente. Esta libertad es la que se coarta cuando un Estado asume un excesivo protagonismo, pues constriñe su accionar y, al final, lesiona la naturaleza humana misma.

Por otra parte, no se desprende de la base del artículo 154 nº5 ni de la misma definición del Estado social que éste tenga que estar subyugado a los privados en el plano económico, como se ha teorizado. Lo único que le impone la variante económica de la subsidiariedad, presente en el actual artículo 19 nº21, es que deba competir en igualdad de condiciones, lo que no impide su accionar, sólo lo regula.

Se dice que son compatibles en principio, pues para ello es necesario entender la subsidiariedad equilibradamente, así como lo hicieron integrantes de la Comisión Ortúzar, y no según lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas. No sólo es necesaria la abstención del Estado para que los cuerpos intermedios puedan adecuadamente desarrollarse y lograr sus fines, en lo que es la dimensión negativa de este

concepto. Por el contrario, teniendo en vista que la subsidiariedad se orienta también hacia el bien común y la justicia de la sociedad, es necesario que el Estado actúe allí donde los privados no pueden o no quieren hacerlo, para que al final éstos se realicen. Él no puede permanecer impávido ante la falta de provisión de condiciones mínimas de dignidad solamente porque formalmente hay grupos que pueden hacerlo, aunque no lo estén haciendo. La dimensión activa, así, no puede ser dejada de lado. Sin un equilibrio que contemple las dos facetas, el principio está condenada a ser insuficiente ante sociedades pobres y desiguales como la chilena, y seguirá siendo culpada de los males que la azotan. La subsidiariedad no puede ser sinónimo de un Estado ausente.

Esto se relaciona, también, con la solidaridad, y su necesaria incorporación en la vida pública chilena. Sin la conciencia de que vivimos en sociedad, y que los problemas de nuestros conciudadanos son, en parte, los nuestros, y que la sociedad civil tiene un rol importante que cumplir para prestarse asistencia, no hay subsidiariedad que resista. Si se vive en una sociedad compuesta por individuos que no se preocupan de lo común, ni del otro, lo que Sarmiento critica se verificará, y ante la inacción privada el Estado tendrá que asumir, necesariamente un rol cada vez más central, perjudicando así a los privados. La subsidiariedad sin solidaridad no basta.

Por último, se evidencia que hay modelos como el alemán que pueden servir de ejemplo en cuanto a cómo implementar un Estado social que acoja la libre asociación de los privados, y que les permita ser actores relevantes para la consecución del bien común. Si éste asume sus limitaciones, tanto económicas como funcionales, tenderá a permitirle al legislador coordinar, democrática y dinámicamente, las diferentes fórmulas en que los privados y el Estado pueden proveer las condiciones mínimas de dignidad. Lo contrario llevaría a Chile a la corriente de las nuevas Constituciones propias del neoconstitucionalismo latinoamericano, que no sólo reconocen un catálogo prácticamente irrealizable de derechos, sino que los hace directamente justiciables a través de acciones

que se presentan ante tribunales. Esto hace que sea el juez el que decida las políticas públicas del Estado social, y no la Administración ni el órgano democrático por antonomasia, el Parlamento.

Entonces, parece más adecuado, por las características constitucionales de Chile, y por su capacidad estatal y económica, permitir que los privados participen en la consecución del bien común a través de la consecución de la justicia. Muchas veces las caricaturas que se le empastan a la subsidiariedad son frutos de problemas administrativos del Estado, que probablemente sigan existiendo con la consagración de una cláusula de Estado social. Es de esperar, por tanto, que prime la afirmación de que ambos son compatibles, y se olviden las ideas fallidas del Estado benefactor, con mínima participación privada, que terminaron por quebrar a países más ricos y desarrollados que el nuestro.

IV. Bibliografía

4.1 Textos jurídicos u oficiales

- a) Compendio Doctrina Social de la Iglesia
- b) Constitución Política de Bolivia
- c) Constitución Política de Chile
- d) Constitución Política de Ecuador
- e) Ley Fundamental de Alemania
- f) Proyecto de Nueva Constitución de Chile de 2022

4.2 Jurisprudencia

- a) Sentencia Rol 2781-2015, Tribunal Constitucional
- b) Sentencia Rol 4317-2018, Tribunal Constitucional
- c) Sentencia Rol 7983-2019, Tribunal Constitucional

4.3 Entrevistas, sesiones y columnas

- a) Bravo, Felipe: “El concepto de Estado social” en La Segunda, 1 de abril de 2023
- b) El Mercurio, *Sebastián Soto vicepresidente de la Comisión Experta, y las propuestas de normas: “Se han resuelto temas que dan certezas y permiten mostrar un cambio y una continuidad a la vez”,* 2 de abril de 2023, C4
- c) La Tercera, *Alexis Cortés, experto del PC: “La subsidiariedad, tal como la hemos experimentado, es incompatible con un Estado social e implicaría violar una de las bases institucionales”,* 13 de marzo de 2023
- d) La Tercera, *Pablo Ortúzar: “Estado social y subsidiariedad sí son compatibles y en algún sentido se requieren mutuamente”,* 30 de marzo de 2023

- e) Schalper, Diego: *Estado social de derecho, las lecciones del modelo alemán*, en La Tercera, 28 de marzo de 2023
- f) Sesión de la subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Medioambientales de la Comisión de Expertos, 23 de marzo de 2023, <<<https://www.youtube.com/watch?v=qC0s8ESUojY>>> 1:47:49
- g) Sesión de la subcomisión de Principios y Derechos Civiles y Políticos de la Comisión de Expertos, 28 de marzo de 2023, <<<https://www.youtube.com/watch?v=SJgufxjdHfM>>> 19:45
- h) Tagle, Jaime: “Subsidiaridad, justicia y valores morales en Jaime Guzmán” en El Líbero, 1 de abril de 2023

4.4 Textos

- a) Arqueros, Claudio; Barrera, Jorge y Castro, José Manuel: *La subsidiariedad en Chile*, Santiago: Instituto Res Publica, 2016
- b) Baradit, Jorge: *La Constituyente: Historia secreta de Chile*, Santiago: Sudamericana, 2022
- c) Bustamante, Carlos: *La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011
- d) Cea, José Luis: *Derecho Constitucional chileno, Tomo I*, 4ª ed., Santiago: Ediciones UC, 2022
- e) Ortúzar, Pablo: *El principio de subsidiariedad: 4 claves para el debate*, Santiago: les Chile, n.a
- f) Peredo, Marcela: “Principios constitucionales: el principio de solidaridad como elemento de la subsidiariedad. La tercera vía dos principios constitucionales complementarios” en *Principios constitucionales: antiguas y nuevas propuestas* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, pp. 487-502

- g) Poyanco, Rodrigo: “¿Necesita Chile un principio de Estado social en la Constitución?” en *Actualidad Jurídica*, n.40, 2019, pp. 409-442
- h) Quintana, Augusto: “El principio de subsidiariedad” en *Revista de Derecho Público*, edición especial
- i) San Francisco, Alejandro: “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 n.3, 1992, pp. 527-548
- j) Solari, Enzo: “Para un concepto de Estado social de Derecho” en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 1998, pp. 183-242
- k) Viera, Christian: “Estado social como fórmula en la Constitución chilena” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 21 n. 2, 2014, pp. 453-482

Teresita Santa Cruz Ugarte

Editora Informe en Materia Constitucional – Marzo 2023