



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES**

### **Trabajo de Memoria 3**

ALUMNO:  
KARIM NEHME GAJARDO

PROFESOR GUÍA:  
DR. CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ

VALPARAÍSO – CHILE

2014

## ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CAPÍTULO I.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1. Fundamento filosófico: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2. El principio de subsidiariedad en la Doctrina Social de la Iglesia: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.1. Antecedentes doctrinales:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.2. Encíclica Rerum Novarum: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.3. Encíclica Quadragesimo Anno:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.4. Encíclica Mater et Magistra: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.5. Encíclica Centesimus Annus:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.6. Catecismo de la Iglesia Católica: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
3. Principio de subsidiariedad en la Unión Europea: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
3.1. La subsidiariedad como criterio de atribución de competencias:....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
4. Tipos de Subsidiariedad: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
4.1. Subsidiariedad negativa: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
4.2. Subsidiariedad positiva: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CAPÍTULO II .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN CHILE: EXPOSICIÓN Y CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN HEGEMÓNICA.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1. Exposición de la interpretación hegemónica: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.1. Consagración constitucional: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.2. Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.3. Ámbito de aplicación: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.4. Actuación del Estado:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.4.1. Funciones connaturales y subsidiarias: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
1.4.3. Características de la intervención del Estado: .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2. Crítica a la interpretación hegemónica:.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
2.1. Reconocimiento exclusivo del principio de subsidiariedad en su faz negativa:....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>

2.2. Transformación de la subsidiariedad en un principio de abstención o de no intervención del Estado: ..... **¡Error! Marcador no definido.**

2.3. Desconocimiento del principio de solidaridad como criterio de complemento de la subsidiariedad: ..... **¡Error! Marcador no definido.**

CAPÍTULO III ..... **¡Error! Marcador no definido.**

REINTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: RECONCILIAMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.... **¡Error! Marcador no definido.**

1. Originalismo interpretativo radical: interpretación hegemónica como un caso de petrificación constitucional: ..... **¡Error! Marcador no definido.**

2. Apertura de los métodos de interpretación constitucional: .... **¡Error! Marcador no definido.**

3. Propuesta Interpretativa: consagración del principio de solidaridad:..... **¡Error! Marcador no definido.**

4. Compatibilidad entre la propuesta interpretativa de consagración del principio de solidaridad y los Derechos Sociales: ..... **¡Error! Marcador no definido.**

Conclusiones. .... **¡Error! Marcador no definido.**

BIBLIOGRAFÍA..... **¡Error! Marcador no definido.**

## **Introducción.**

En Chile desde la entrada en vigencia de la Constitución, se ha construido entre los distintos actores políticos institucionales, un consenso en torno a la necesidad y conveniencia de que exista en nuestro país un Estado de carácter subsidiario cuya actuación se limite exclusivamente a realizar aquellas actividades de relevancia social que los particulares no quieran o no puedan desarrollar.

El contenido sustancial de dicho acuerdo se encuentra recogido en la que hemos denominado *interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad*, elaborada por los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y acogida posteriormente por la doctrina, jurisprudencia y replicada desde la década del 90' hasta hoy por los gobiernos democráticos.

Tal fue el éxito con el cual se incorporó en nuestra sociedad la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, que tal postulado trascendió puramente de la esfera jurídica normativa, convirtiéndose en un hecho sociológico de fuerte raigambre social, pasando a formar parte del sentido común de la población nacional, y por tanto, a constituirse en uno más de los elementos que en la actualidad integran la hegemonía cultural imperante en nuestro país.

Dicho proceso de asimilación del Estado subsidiario por parte de la sociedad, se debió a que en sus orígenes tal propuesta se presentó como una herramienta que permitiría a la población recuperar su libertad que se había visto restringida por la excesiva concentración de los medios de producción de la economía en manos del Estado durante el gobierno de la Unidad Popular, cuestión que hizo sentido en la mayoría de la ciudadanía. Sin embargo, la población desconocía que el real objetivo de la propuesta del Estado subsidiario formulada por la Junta Militar, era el de sentar las bases de un nuevo sistema económico en nuestro país caracterizado por el respeto religioso a la propiedad privada y a la libertad económica de los privados, de manera que en último término lo que se intentó conseguir con su formulación, fue impedir a perpetuidad el retorno en Chile a un sistema de economía centralizada o socialista.

De esta manera, justificada la existencia del Estado subsidiario al interior de la sociedad, a medida que fueron transcurriendo los años, las autoridades de turno no tuvieron mayores inconvenientes en ir ampliando progresivamente el ámbito de aplicación del Estado subsidiario en nuestro país, a tal punto de llegar a pregonar su vigencia en cualquier ámbito de la vida social regulado por el constituyente de 1980.

Así las cosas, ya no solamente se comenzó a aplicar la lógica del Estado subsidiario en el ámbito de la economía nacional, principalmente respecto de la actividad empresarial del Estado, tal como se fundamentó al momento de su creación, sino que poco a poco se fue expandiendo a todas las materias de la vida social,

penetrando también su radio de influencia en lo que respecta a la regulación y provisión de los derechos sociales por parte de la ciudadanía.

De esta manera, al quedarle prohibido al Estado desplegar una actuación directa en aquellas materias que representan el interés general de la sociedad, los privados han sido quienes han asumido en gran medida la realización de aquellas, dando lugar de esta forma a una nueva realidad nacional que no encuentra antecedentes en la historia republicana de Chile.

Dicha situación de suyo excepcional, ha generado como consecuencia lo que Atria ha denominado como “la privatización del Estado o de lo público”, en el sentido de que en la actualidad en nuestro país, debido a la negación del propio Estado promovida por quienes defienden la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, el desarrollo de casi la totalidad de los ámbitos de la vida de un individuo quedan sometidos a las leyes del mercado impuestas por los privados que por mandato del propio constituyente han asumido el desarrollo de actividades que representan el interés general de la sociedad.

La satisfacción de los derechos sociales, en consecuencia, entendidos según Pisarello como “una subcategoría dentro de los derechos fundamentales que persiguen la satisfacción de las necesidades elementales de las personas en ámbitos como la salud, trabajo, vivienda o la educación, o todas aquellas exigencias referidas a la justicia social”, lamentablemente no ha sido ajena a esta nueva realidad nacional, y hoy en día, el grado de concreción de tales derechos depende directamente del nivel de recursos económicos con que cuenten las personas, cuestión, que a modo de círculo vicioso, obliga al individuo a contraer obligaciones crediticias con instituciones bancarias privadas, o con el propio Estado, para satisfacer tales derechos fundamentales, produciéndose de esta manera la mercantilización de la vida, y por consiguiente, la de la propia dignidad humana.

Es por esta razón, que depositando la confianza en el Derecho en tanto instrumento eficaz de transformación social, en las próximas líneas, se propondrá, a partir de la lectura crítica del fundamento filosófico jurídico desde el cual se ha construido la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, una nueva propuesta hermenéutica que consagre el principio de solidaridad a nivel constitucional, en tanto dicho principio nos permitirá superar los efectos negativos que trae aparejada la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad en la sociedad, como también, nos servirá para fundamentar la existencia de un nuevo criterio regulador de la convivencia social en nuestro país, consistente en una “colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general”, la cual, respecto del Estado, y en lo referido a la satisfacción de los derechos sociales por parte de la ciudadanía, deberá desplegarse a través de una política pública universal desarrollada necesariamente a través de la figura del servicio público de acceso gratuito, cuestión, que no impide que los particulares puedan colaborar en actividades de ese tipo, por

cuanto, entendemos que la concreción del bien común en una sociedad democrática es responsabilidad de todos.

## CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

## 1. Fundamento filosófico:

Para comenzar la presente investigación, estimamos necesario referirnos al fundamento filosófico que sustenta la existencia del principio de subsidiariedad como concepto político – jurídico. De esta manera, indicaremos cuales son las razones que a nuestro entender fundamentan su vigencia normativa en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior, es de suma relevancia, pues, consideramos que el desconocimiento de tales cimientos ha sido una de las causas que han contribuido a posicionar como doctrina hegemónica en nuestro país una interpretación errónea del principio de subsidiariedad, cuya crítica sistemática expondremos en los capítulos siguientes.

Para comprender en totalidad las proyecciones del principio de subsidiariedad en una sociedad políticamente organizada, siguiendo a Massini, consideraremos dos proposiciones sobre la condición ontológica del ser humano como base ideológica desde la cual desarrollaremos el presente trabajo, a saber: I). *el carácter personal de los componentes del cuerpo social*, y II). *La ordenación de éste último hacia el bien común*<sup>1</sup>.

Como señala dicho autor, el carácter personal de los elementos compositivos del cuerpo social, “puede ser conceptualizado como la capacidad de un sujeto consciente y libre de gobernarse a sí mismo, confiriendo a los hombres la condición de sujetos de derecho o de titulares de facultades jurídicas”<sup>2</sup>, de manera que la libertad intrínseca del ser humano acompañada de su racionalidad son los componentes que le permiten al individuo, como primer elemento trascendente, gozar de autonomía para significar su realidad a través de una auto regulación.

En este sentido, si a la proposición anterior, “le agregamos el carácter eminentemente social de la naturaleza humana, tendremos como resultado que el hombre es un ente responsable del logro de su propia perfección y que, para obtenerla, tiene la necesidad, deóntica o moral, de agruparse con los demás hombres en una múltiple variedad de grupos sociales”<sup>3</sup>.

De lo anterior, podemos advertir que la libertad que detenta el ser humano, tiene como correlación necesaria su responsabilidad en vistas de alcanzar su propia perfección, para lo cual debe necesariamente disponer de autonomía para elegir los

---

<sup>1</sup> MASSINI CORREAS, Carlos, *Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad*, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, 39-40, 1986, p.51.

<sup>2</sup> *Ibíd*, p. 51.

<sup>3</sup> *Ibíd*, p. 52.

medios que le permitan alcanzar dicho propósito, lo cual contempla la libertad de agruparse con otros individuos.

Sin embargo, consideramos que el ser humano nunca podrá alcanzar su máxima perfección de manera exclusivamente individual, pues, su facultad de lenguaje lo convierte en un animal intrínsecamente social y político, de cuya condición le es imposible abstraerse. Es por esta razón, que entendemos que el bien del hombre es un bien común o colectivo, en cuya concretización material participan mancomunadamente todos los componentes que integran el cuerpo social, a saber, el individuo, los grupos intermedios, y el Estado como expresión de una sociedad jurídicamente organizada.

En este sentido, entendemos que cada uno de estos componentes que integran el cuerpo social tiene la responsabilidad de contribuir a la concretización del bien común, siendo ésta una labor eminentemente de carácter colectiva, no individual.

Respecto de dicha responsabilidad compartida, resulta interesante advertir la existencia de una dinámica correlativa de deber y derecho, propia de la ciencia jurídica. Es así, como si el individuo y los grupos que éste forma tienen un deber de colaborar en la consecución del bien común, también tienen al mismo tiempo el derecho de autonomía para elegir las acciones o los medios más idóneos para alcanzar dicho objetivo, debiendo el Estado respetar, proteger y promover dicho derecho.

Si bien dicha responsabilidad es de carácter colectiva, estimamos que corresponde al Estado asumir la mayor cuota de responsabilidad en el cumplimiento del propósito de alcanzar el bien común al interior de la sociedad política, pues, justamente ha sido establecido por el ser humano como un instrumento que permite alcanzar dicho objetivo, dadas sus especiales atribuciones jurídicas y recursos materiales de que dispone, de manera que la existencia del Estado sólo tendrá razón en la medida que su actuación esté orientada a tal propósito, cuestión, que se debe concretizar en la creación de condiciones sociales y materiales que permitan alcanzar el desarrollo de la persona, y por tanto, el bien común de la sociedad toda.

A mayor abundamiento, podemos advertir que el papel preponderante que le cabe al Estado en la labor de alcanzar el bien común, queda de manifiesto en la existencia de funciones que le son propias, como por ejemplo, el desarrollo de la legislación, el impartir justicia o la mantención del orden público, entre otras, todas necesarias para cumplir tal objetivo. Pero “además de estas tareas propias del poder político, existe toda una gama de actividades, del más diverso tipo, que concurren a la realización efectiva del bien común político, como por ejemplo, comercio, agricultura, sanidad, industria, entre otras”<sup>4</sup>, respecto de las cuales se genera la problemática

---

<sup>4</sup> *Ibíd*, p.53.



derivada de las distintas respuestas que se pueden ofrecer a la incógnita sobre qué condiciones y en qué magnitud se debe desarrollar la intervención del Estado.

En la misma línea, consideramos que tales actividades que no son inherentes a la función del estado, son de responsabilidad de los particulares, ya sea que actúen personalmente u organizado en grupos sociales, siempre y cuando aquellos cuenten con los medios necesarios para desarrollarlas satisfactoriamente. De concurrir dichos presupuestos fácticos, la actuación del poder político a través del Estado debe ser de carácter asistencial, estableciendo aquellas condiciones materiales que hagan posible dicho cumplimiento de manera eficaz.

Pero, cuestión distinta ocurrirá cuando los particulares sean incapaces de cumplir con sus responsabilidades dirigidas a la concreción del bien común, pues, en tal hipótesis deberá el Estado no asumir una conducta asistencial como en el caso anterior, sino que una de carácter supletorio o de reemplazo, asumiendo directamente la responsabilidad incumplida por el individuo que es necesaria para alcanzar el bien común. Es así, como en palabras de Millán Puelles, “el Estado tiene la obligación de suplir a los particulares en todo aquello que el bien común lo requiera y que éstos – aunque sea en principio de su competencia – no realicen por falta de medios o por cualquier razón. La necesidad de esta suplencia estatal es evidente, puesto que el gobernante se halla en el deber de hacer todo lo posible y necesario para el bien común”<sup>5</sup>.

De esta manera, es posible concluir que el objetivo de alcanzar el bien común obliga al Estado a desarrollar una actuación cuya naturaleza y magnitud dependerá de los presupuestos fácticos que tengan lugar, en un caso será de carácter asistencial, colaborando con los particulares, y en otro, de carácter supletorio, reemplazando y asegurando el cumplimiento de una responsabilidad social necesaria para la consecución del bien común. Lo importante, independiente de la naturaleza de la intervención, es indicar la clara existencia de un deber de actuación permanente del Estado, cuestión central en el desarrollo de la hipótesis sostenida en el presente trabajo.

Por último, consideramos importante advertir para efectos del segundo capítulo de la presente investigación, el error interpretativo en que incurre la doctrina liberal del principio de subsidiariedad clásica chilena, la cual al desconocer la necesaria equivalencia entre las proposiciones ontológicas del ser humano planteadas, le otorga mayor relevancia al carácter personal del individuo dejando de lado la preocupación por el bien común, cuestión que a nuestro entender explica el por qué postulan la abstención del Estado a través de su interpretación del principio de subsidiariedad.

---

<sup>5</sup> MILLÁN PUELLES, *Antonio, Persona humana y justicia social*, Ediciones Rialp, Madrid, 1979, p. 156.

## 2. El principio de subsidiariedad en la Doctrina Social de la Iglesia:

### 2.1. Antecedentes doctrinales:

Los planteamientos expresados en los distintos documentos del Magisterio Católico, que integran la denominada Doctrina Social de la Iglesia, encuentran su antecedente más mediato en el pensamiento desarrollado por dos eclesiásticos de fines del siglo XIX, a saber, el alemán Wilhelm Emmanuel Freiherr y, el italiano Luigi Taparelli D' Azeglio.

Respecto del autor germano, “reflexiona en el contexto que le ofrece la burocracia prusiana de su tiempo, es decir, un Estado omnipresente e intervencionista en los asuntos de la vida social”<sup>6</sup>, de manera que su objetivo consistía en encontrar un punto de equilibrio entre la necesaria intervención del Estado y la injerencia estatal totalizante que estaba teniendo lugar en dicho contexto histórico.

Por otro lado, Luigi Taparelli, “buscó rehabilitar el valor de los cuerpos intermedios, precisando las modalidades de intervención del Estado en una sociedad que se estructura sobre la base de su existencia”<sup>7</sup>, cuestión de gran relevancia y proyección, pues, es justamente el concepto de cuerpos intermedios uno de los elementos centrales que guiarán el desarrollo de la Doctrina Social de la Iglesia.

### 2.2. Encíclica Rerum Novarum:

La encíclica Rerum Novarum, fue promulgada por León XIII, en el año 1891.

Dicho documento es una respuesta de la Iglesia Católica a la denominada “cuestión social”, caracterizada por las deplorables condiciones de vida que enfrentaba la población de Europa a fines del Siglo XIX, que fueron consecuencia del desarrollo de la denominada revolución industrial, sustentada en base a una ideología de liberalismo económico exacerbado. De esta manera, el Magisterio Católico intenta erigirse como una alternativa al liberalismo y totalitarismo marxista reinante en aquella época, resaltando conceptos como la justicia social, la dignidad de la persona humana, la protección de la propiedad privada, la organización de los trabajadores en sindicatos, entre otros.

---

<sup>6</sup> LOO GUTIERREZ, Martín, *La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 33, (2009)2, p. 398.

<sup>7</sup> *Ibid*, p.398.

En este sentido, en palabras de Millon-Delsol, “frente a la dramática crisis que la Iglesia Católica debió enfrentar en la segunda mitad del siglo XIX –de la cual, la secularización de la vida civil, el individualismo, el racionalismo y la abstracción universalizante constituyen los aspectos teóricos esenciales- el magisterio advirtió la necesidad de formular un simbólico neologismo con la finalidad de sostener la superioridad axiológica, y por lo tanto, normativa de las sociedades naturales, y en cuya cima no podía sino colocarse la propia Iglesia, respecto de las organizaciones artificiales y al Estado moderno en primer lugar”<sup>8</sup>.

A pesar de que en la encíclica en ningún momento se hace referencia expresa al concepto de subsidiariedad, se estima que en ella se adelanta su contenido futuro, al señalar León XIII que “el hombre es anterior al Estado”, y que “no es justo que la familia o el individuo sean absorbidos por el estado, lo justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño al bien común y sin injuria a nadie”<sup>9</sup>, quedando de manifiesto las ideas de autonomía del individuo y de los grupos intermedios frente al Estado, la búsqueda del bien común como fin último de la sociedad y la existencia anterior del hombre respecto del Estado, todas cuestiones centrales en el planteamiento futuro del magisterio.

En este mismo orden de cosas, resulta interesante advertir que ya en dicho documento se reconoce la existencia de un deber de actuación del Estado respecto del individuo y de los grupos intermedios que componen la sociedad, cuestión expresada en los siguientes términos “el Estado tiene el deber de proteger a las asociaciones y entidades intermedias”<sup>10</sup>, dejando en evidencia que la doctrina social de la Iglesia en ningún caso puede ser utilizada para fundamentar la abstención del Estado en materias relevantes para la concreción del bien común, como lo señala la doctrina hegemónica de nuestro país.

### 2.3. Encíclica Quadragesimo Anno:

La encíclica Quadragesimo Anno, fue promulgada por el papa Pío XI en el año 1931, con motivo de la celebración de los cuarenta años de la dictación de la encíclica Rerum Novarum.

Dicho documento pontificio surge en un contexto caracterizado por los efectos de la post guerra, y por el surgimiento de distintas ideologías políticas que en concepto del magisterio católico serían contrarias a la idea de dignidad de la persona humana. De esta manera, se intenta ofrecer una respuesta a las ideas expresadas en regímenes totalitarios, particularmente, la doctrina marxista leninista desarrollada en la extinguida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y, a la doctrina fascista impulsada en territorio italiano, pero también, al desarrollo de una ideología política liberal en lo

---

<sup>8</sup> MILLÓN – DELSOL, Chantal, *le principe de subsidiarité*, PUF, coll. Léviathan, París, 1992, p.12.

<sup>9</sup> COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *subsidiariedad y Estado empresario (Análisis crítico de la jurisprudencia más relevante)*, en Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, 66, (2004), p.56.

<sup>10</sup> *Ibíd*, p.76.

económico contraria al respeto del individuo, expresada en un capitalismo sin límites, no siendo ninguna de éstas ideologías afín con los planteamientos del principio de subsidiariedad desarrollado en el documento en comento.

En este sentido, se critica por parte de la Iglesia católica al liberalismo, pues, al postular la primacía de la individualidad o personalidad del hombre por sobre la búsqueda del bien común, provoca la disolución de la sociedad, pulverizando los vínculos existentes en ella, como también, genera un modelo de vida en que el valor trascendente es el de la codicia de cada ser humano. De ahí que se postule que el Estado no debe subsidiar ni ayudar a quien lo necesite, sino que sólo debe abocarse a asegurar el libre desenvolvimiento de los intereses particulares.

Pero por otro lado, dicha encíclica también critica a los regímenes políticos que tienen una concepción totalitaria o colectivista de la vida social, pues, como señalara el papa Pío XI, “el colectivismo es siempre incapaz de satisfacer la exigencia de asegurar la unidad en la diversidad, porque da al poder civil una extensión indebida, determina y fija en el contenido y en la forma todos los campos de actividad, y de este modo oprime toda legítima vida propia en una unidad o colectividad mecánica, bajo la impronta de la nación, de la raza o de la clase”<sup>11</sup>. Aquí, “la función del estado no es subsidiaria sino total, abarca todo y cada uno de los ámbitos de la vida y dispone imperativamente sobre lo que ha de hacerse aún en los ámbitos más personales de la conducta humana”<sup>12</sup>.

Es por esta razón, que por primera vez en la Doctrina Social de la Iglesia se utilizará el término subsidiariedad, cuestión expresada por Pío XI en la encíclica papal “*Divini Illius Magistri*”, del año 1929, pero sólo referida al carácter subsidiario que debe tener la educación cristiana recibida por la juventud respecto del Estado, señalando que “la escuela, considerando su origen histórico, es por su misma naturaleza una institución subsidiaria y complementaria de la familia y la iglesia”<sup>13</sup>.

Solo recién en el año 1931, con la promulgación de la encíclica *Quadragesimo Anno*, se formulará por parte del magisterio una concepción amplia y general de la subsidiariedad, cuestión expresada en el documento en los siguientes términos: “conviene, por tanto que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la

---

<sup>11</sup> Pío XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo\\_a\\_nno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo_a_nno_sp.html).

<sup>12</sup> Iden (1). p.56.

<sup>13</sup> Pío XI, *Divini Illius Magistri*, Roma, 31 de diciembre de 1929, § 60. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_divinni-illius-magistri\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_divinni-illius-magistri_sp.html).

necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernadores que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”<sup>14</sup>.

En este sentido, la Iglesia Católica postula que el principio de subsidiariedad es de carácter permanente, que no puede ser suprimido ni alterado, el cual se resume en la siguiente máxima “como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia industria pueden realizar, para entregarlo a una comunidad, así también es injusto y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación del recto orden social, confiar a una sola sociedad mayor y más elevada lo que pueden hacer y procurar comunidades menores e inferiores. Toda acción social debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos ni destruirlos”<sup>15</sup>.

Así las cosas, es posible señalar que el principio de subsidiariedad en la doctrina del magisterio católico se funda en los siguientes planteamientos: I) existencia de una estructura jerárquica de la sociedad en cuya cúspide se encuentra la persona humana, en su dimensión individual y social, II) delimitación de la actuación del Estado, por un lado, a las funciones que le son de competencia exclusiva, a saber, dirigir, vigilar, estimular y reprimir, y por otro, a aquellos casos que, por la naturaleza y la dimensión de las tareas, el individuo o las comunidades no son capaces de enfrentar, III) protección a la dignidad de la persona humana, y por último, IV) respeto la autonomía del individuo y de los grupos intermedios frente al poder político.

De esta manera, “el Estado se encuentra llamado a operar en el caso que los individuos por sí mismos o a través de sus organizaciones sociales no sean capaces de llevar a cabo las tareas necesarias para la satisfacción de sus incumbencias y necesidades”<sup>16</sup>, debiendo el Estado actuar con el objetivo de reactivar la iniciativa y actividad de los individuos y grupos intermedios.

Por último, resulta de especial relevancia advertir que la encíclica al igual que su antecesora, reafirma la existencia del deber del Estado de proveer ayuda a quienes se encuentran incapacitados de satisfacer sus necesidades elementales, cuestión que estaría justificada por la existencia del principio de solidaridad, que por vez primera en la Doctrina Social de la Iglesia, se indica como un principio complementario a la subsidiariedad del Estado.

---

<sup>14</sup> Pío XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo\\_a\\_nno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo_a_nno_sp.html).

<sup>15</sup> Pío XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo\\_a\\_nno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo_a_nno_sp.html).

<sup>16</sup> Pío XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 de mayo de 1931, § 80. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/pius\\_xi/encyclicals/documents/hf\\_pxi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo\\_a\\_nno\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo_a_nno_sp.html).

De esta manera, “en el pensamiento manifestado por la encíclica *Quadragesimo Anno* se resalta el aspecto positivo de la subsidiariedad, es decir, la promoción de la intervención pública ahí donde exista la necesidad de sostén y estímulo de la actividad e iniciativa de los particulares y de las organizaciones por ellos constituidas”<sup>17</sup>, cuestión que no hace más que evidenciar la imposibilidad de justificar la abstención del Estado a través de la interpretación de las encíclicas papales.

#### 2.4. Encíclica *Mater et Magistra*:

La encíclica *Mater et Magistra*, fue promulgada por el sumo pontífice Juan XXIII y promulgada en el año 1961.

Dicho documento reafirma la importancia del desarrollo de la Doctrina Social de la Iglesia como respuesta a los problemas humanitarios derivados de la denominada “cuestión social”, por lo cual, lo mismo que sus antecesoras, apela a los conceptos de dignidad de la persona humana, justicia social, propiedad privada y sindicalización como forma de encontrar una solución a dicha problemática.

Por otro lado, respecto al desarrollo del principio de subsidiariedad, dicha carta pastoral pone de manifiesto la necesidad de aplicar dicho principio en sectores de la vida social y política trascendentes, a saber, la educación, los medios de comunicación social y las relaciones políticas, cuestión que obedece a la necesidad de impedir que dichos ámbitos de libertad del ser humano sean absorbidos por un estado totalizante.

#### 2.5. Encíclica *Centesimus Annus*:

La encíclica *Centesimus Annus*, fue promulgada en el año 1991 por Juan Pablo II, con el objeto de conmemorar el centenario de la dictación de la encíclica *Rerum Novarum*.

En dicho documento, se insiste en el rol subsidiario que le cabe al Estado en las relaciones sociales, haciendo especial énfasis en materia económica, en la cual el principio de subsidiariedad se ve complementado por el principio de solidaridad. Es así, que “para conseguir estos fines (respeto por la libre iniciativa económica y protección de los derechos de los trabajadores) el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuente de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad, poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y asegurando en todo caso un mínimo vital al trabajador en paro”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> LOO GUTIÉRREZ, Martín, *La disciplina constitucional...* op. cit., p. 401.

<sup>18</sup> JUAN PABLO II, *Centesimus annus*, Roma, 1 de mayo de 1991, § 15. Disponible en internet: [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_ii/encyclicals/documents/hf\\_jp\\_enc\\_01051991\\_centesimus\\_annu\\_s\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_ii/encyclicals/documents/hf_jp_enc_01051991_centesimus_annu_s_sp.html).

Lo anterior es de suma relevancia, pues, deja en evidencia la existencia del deber de actuación que le compete al Estado en materia de relaciones sociales, la cual, si bien puede ser subsidiaria o directa, siempre debe estar presente, a diferencia de quienes postulan una posición abstencionista del Estado a la luz de la Doctrina Social del magisterio. Reafirmando lo anterior, y de modo expreso, se reconoce por vez primera que el Estado, de ser necesario, debe actuar directamente guiado por el principio de solidaridad, “*asegurando un mínimo vital*”, cuestión que a nuestro entender quiere significar que en ciertas materias de especial trascendencia para la participación de todos en el bien común, como es el caso del trabajo y remuneración en la cita textual de la encíclica, el poder político estatal debe crear las condiciones materiales necesarias para asegurar el acceso de todos a tal derecho.

## 2.6. Catecismo de la Iglesia Católica:

El más reciente catecismo de la Iglesia Católica, promulgado por Juan Pablo II en el año 1997, reafirma la vigencia del principio de subsidiariedad, así señala en el Artículo 1883: “La doctrina de la Iglesia ha elaborado el principio llamado de subsidiariedad. Según este, una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándole de sus competencias, sino que más bien debe sostenerle en caso de necesidad y ayudarle a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común”<sup>19</sup>.

En palabras de Ruiz Tagle, “lo que cambia en la exposición del principio de subsidiariedad que hace el nuevo catecismo es que la noción jerárquica de la sociedad se diluye en una concepción donde hay diversos grupos en la sociedad, algunos con competencias más vastas y otros más específicas. También se diluye la concepción de una competencia exclusiva y con carácter discrecional del Estado”<sup>20</sup>.

## 2.7. Conclusión:

Estimamos que de la lectura de los principales documentos que integran la denominada Doctrina Social de la Iglesia católica, no es posible concluir que el Estado deba abstenerse de actuar en las distintas materias que comprenden las relaciones sociales, como lo plantea la propuesta chilena tradicional. Por el contrario, consideramos que sólo se puede concluir que el Magisterio Católico consagra el deber de actuación del Estado en aquellas materias sociales relevantes, asegurando por su intermedio que todos los individuos que integran la sociedad puedan participar de la concretización del bien común, implicando aquello para el Estado, actuar de forma subsidiaria en algunos casos, pero en otras, de manera directa asegurando un mínimo de satisfacción a la luz del principio de solidaridad.

---

<sup>19</sup> JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Librería Editrice Vaticana, Vaticano, 1992, p.147.

<sup>20</sup> RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 62 (2000), p. 56.

### 3. Principio de subsidiariedad en la Unión Europea:

#### 3.1. La subsidiariedad como criterio de atribución de competencias:

El principio de subsidiariedad ha sido consagrado de manera expresa en el Tratado de Lisboa. En su Artículo 5º.1, se señala que “el ejercicio de las competencias de la unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”<sup>21</sup>

Dicha declaración general se especifica en cuanto a su contenido material en lo dispuesto en el Artículo 5.3, donde se señala que “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

De la lectura de dichas disposiciones, es posible concluir, que este principio en el ámbito de la Unión Europea actúa como un criterio de atribución de competencias entre los Estados miembros y la comunidad, de manera que se constituye como un instrumento político que impide a ésta inmiscuirse en materias que son de competencia de los Estados integrantes. Sin embargo, la subsidiariedad, sólo opera respecto de las competencias compartidas, sin encontrar aplicación en materias que son de competencia exclusiva de la comunidad.

Por otro lado, es importante advertir que, a diferencia de lo que ocurre en la Doctrina Social de la Iglesia, en el ámbito de la Unión Europea el principio de subsidiariedad no se utiliza como un criterio que permita determinar el tipo de actuación del Estado especialmente en materia de prestación de servicios sociales, pues, el principio que rige dichas materias en el derecho comunitario es el de universalización.

De manera que, en esencia, la subsidiariedad en el derecho comunitario “representa un enriquecimiento de la idea de democracia, pues intensifica la participación de los ciudadanos en la esfera pública más cercana y favorece el control inmediato del ejercicio de las responsabilidades por los actores públicos”<sup>22</sup>, “subrayando que debe servir como un constante contrapeso a la tendencia natural del centro de acumular poder, impidiendo, por tanto, que se sucumba a un uso excluyente de los poderes por las instancias superiores que sólo estarían legitimados para intervenir, para ejecutar sus funciones, en nombre de los principios de necesidad y eficacia”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> UNIÓN EUROPEA, *Tratado por el que se establece una constitución para Europa*, Oficina de publicaciones oficiales de las comunidades Europeas, Luxemburgo, 2004, P. 10.

<sup>22</sup> BRANDÉS SANCHEZ – CRUZAT, J.M, *principio de subsidiariedad y la administración local*, en Marcial Ponas, Madrid, 1999, p.13.

<sup>23</sup> *Ibíd*, p.16.



#### 4. Tipos de Subsidiariedad:

Del estudio sobre los fundamentos filosóficos y la evolución histórica del principio de subsidiariedad, principalmente en el marco de la denominada Doctrina Social de la Iglesia, podemos advertir la existencia de dos aspectos de dicho principio, uno de carácter negativo y otro positivo, los cuales, se diferencian por el distinto rol que cada uno de ellos le asigna a la intervención del Estado en materias socialmente relevantes.

##### 4.1. Subsidiariedad negativa:

El carácter negativo del principio de subsidiariedad opera como una verdadera regla de competencia entre el individuo, grupos intermedios y Estado. De esta manera, a partir de dicho enfoque negativo, se ha señalado que todo nivel componente de la sociedad civil debe abstenerse de asumir una responsabilidad social mientras haya un nivel inferior que pueda realizarla<sup>24</sup>.

En este sentido, la aplicación negativa del principio de subsidiariedad se caracteriza, principalmente, por resaltar a modo de énfasis, el hecho de que el Estado debe abstenerse de realizar aquellas actividades menores que pueden y quieren realizar los particulares, ya sea de manera individual o colectiva, para lo cual cuentan con los medios intelectuales y materiales suficientes para llevarlas a cabo de manera eficaz, de modo de asegurar la autonomía que la cabe al individuo y a los grupos intermedios en la sociedad.

Dicho planteamiento, trae como consecuencia que la actuación del Estado en la sociedad adquiera a todas luces un carácter excepcional, en el sentido, que sólo debe desplegar su actividad cuando no se cumpla el presupuesto fáctico de que los particulares puedan realizar por sí solos una acción relevante para el bien común, debiendo en ese caso el poder político asumir dicha responsabilidad.

Coherente con su tesis central, la subsidiariedad negativa, a nuestro entender, implica asumir como consecuencia de su aplicación la limitación e irrelevancia del Estado en tanto miembro de la sociedad política. Lo anterior, debido a que como consecuencia de que el objetivo sea que los particulares siempre estén en condiciones óptimas de realizar autónomamente actividades de relevancia social, debiendo el Estado preocuparse de fomentar que aquello ocurra, potencialmente se corre el riesgo de que el individuo en nombre de su libertad y autonomía alcance tal grado de desarrollo material que le permita realizar tales acciones, pudiendo prescindir de la existencia del Estado en dicho ámbito, cuestión, que desvirtúa todo fundamento del principio de subsidiariedad transformándolo en uno de abstención o negación del Estado.

##### 4.2. Subsidiariedad positiva:

---

<sup>24</sup>AIMONE GIBSON, Enrique, *Subsidiariedad y planificación*, en Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile, 44-45, (1979), p.48.

El enfoque positivo del principio de subsidiariedad, se caracteriza por reconocer y enfatizar el deber de actuación que le cabe al Estado cuando las necesidades sociales insatisfechas, orientadas al bien común, así lo demanden.

Dicho planteamiento, reconoce como punto de partida que la concreción del bien común al interior de una sociedad es responsabilidad de todos sus componentes, de esta manera, convoca a todos ellos, cualquiera sea su nivel e importancia, a una ayuda recíproca en pos de alcanzar dicho objetivo, operando dicha vertiente positiva, como un “principio integrador de acción social”<sup>25</sup>. De esta manera, se justifica la existencia de un deber de actuación del Estado, toda vez, que se constituye como la organización superior en una sociedad políticamente organizada.

A nuestro entender, el enfoque positivo del principio de subsidiariedad, está especialmente relacionado con el principio de solidaridad que forma parte de la Doctrina Social de la Iglesia Católica, según el cual, “todos- autoridad y miembros- son responsables de la realización del bien común en su integridad. Así, la autoridad no tiene su cuota de responsabilidad, sino que debe procurar el bien común íntegro”<sup>26</sup>.

De esta manera, esta doctrina, “no olvida que es también un deber del Estado proveer ayuda a quienes sean incapaces de hacer frente a sus carencias”<sup>27</sup>, por lo que, el aspecto positivo de la subsidiariedad, “promueve la intervención pública ahí donde exista la necesidad de sostén y estímulo de la actividad e iniciativa de los particulares y de las organizaciones por ellos constituidas, las cuales se encuentran en una posición intermedia entre el Estado y el individuo”<sup>28</sup>.

Por último, consideramos importante, recalcar el hecho de que el enfoque positivo del principio de subsidiariedad, independiente de la oportunidad y magnitud de la intervención, reconoce un deber general de actuación del Estado en miras a conseguir la concreción del bien común, cuestión que a nuestro entender, se proyecta no sólo a cuando los particulares no pueden de manera autónoma realizar una actividad de relevancia social, sino que también, cuando pudiendo y queriendo realizarla no pueden desarrollarla en plenitud, debiendo el Estado en dicho contexto desplegar su intervención para efectos de asegurar a los particulares su mayor perfección posible a través del desarrollo íntegro de dichas acciones, todo lo anterior fundamentado en la el objetivo de alcanzar el bien común.

---

<sup>25</sup> *Ibíd*, p. 48.

<sup>26</sup> *Ibíd*, p. 42.

<sup>27</sup> COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *subsidiariedad y Estado empresario...* op. cit., p. 89.

<sup>28</sup> LOO GUTIÉRREZ, Martín, *La disciplina constitucional...* op. cit., p. 401.

CAPÍTULO II  
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN CHILE:  
EXPOSICIÓN Y CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN  
HEGEMÓNICA

## 1. Exposición de la interpretación hegemónica:

### 1.1. Consagración constitucional:

La consagración del principio de subsidiariedad en la Constitución Política de la República, no ha sido un tema pacífico de abordar entre los tratadistas del derecho constitucional, cuestión que queda de manifiesto al existir autores con distintas posturas sobre dicha materia.

La falta de consenso sobre esta cuestión, se debe, principalmente, al hecho que el constituyente de 1980 no hizo mención expresa sobre el concepto y los efectos del denominado principio de subsidiariedad. Es por esta razón, que cada una de las interpretaciones ofrecidas sobre dicho principio, deben comenzar superando dicha dificultad hermenéutica, para dar por acreditada implícitamente la existencia de la subsidiariedad a nivel constitucional.

En este sentido, estimamos justificada y positiva la coexistencia de variadas interpretaciones sobre el contenido, efectos y ámbito de aplicación del referido principio, cuestión que a nuestro entender, está en sintonía con el actual contexto político por el cual atraviesa nuestro país, caracterizado por una incipiente consolidación de la democracia y del pluralismo político, de manera que dada su relevancia, en tanto principal instrumento organizador de las relaciones sociales entre individuo, grupos intermedios y Estado, no es posible pretender petrificar una determinada interpretación en uno u otro sentido del principio.

Sin embargo, a pesar de las diferencias que puedan existir en una democracia consolidada sobre el contenido y vigencia de uno de los principios fundamentales de su sistema jurídico, es posible advertir la existencia de una interpretación mayoritaria sobre el principio de subsidiariedad en nuestro país, la cual, debido a encontrarse fuertemente consolidada entre los distintos actores políticos institucionales que conforman el Estado, la hemos denominado hegemónica, entendiendo por hegemonía, como una supremacía de cualquier tipo.

A pesar de aquello, dicho carácter está siendo cuestionado por otras interpretaciones más recientes sobre la orientación que debe adoptar la aplicación del principio de subsidiariedad en un Estado Social de Derecho, que a nuestro entender, reflejan de mejor manera la actual demanda ciudadana de cambio de paradigma en lo referido a la actuación del Estado en materias socialmente relevantes, particularmente en lo que la doctrina ha convenido en denominar derechos sociales.

La doctrina hegemónica, como primer elemento diferenciador, plantea que el principio de subsidiariedad se encuentra consagrado en el artículo 1° inc. 3 de la actual Constitución, al señalar que *“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a*

*través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines*”<sup>29</sup>.

Dicha postura, afirma que es posible encontrar el fundamento de dicho principio en la denominada doctrina social de la iglesia, que es utilizada como sustento doctrinario por parte de los autores que adhieren a la interpretación hegemónica.

En primer lugar, al indicar el constituyente que el Estado *reconoce*, queda de manifiesto que esta interpretación entiende que el Estado en tanto forma de organización política jurídica de la sociedad, es una creación del propio ser humano, en el sentido de que su aparición en la historia es posterior a la existencia del individuo y de otras formas de organización política, de manera que éste se encuentra al servicio de la persona humana, como un instrumento eficaz que le permita alcanzar el bien común.

En segundo lugar, el constituyente no solo señala que el Estado reconoce, sino que también *ampara* a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad. Lo anterior, implica por un lado, reconocer como elemento esencial de toda organización política, la libertad intrínseca de la cual es titular el ser humano, permitiéndole en su ejercicio agruparse con otros individuos conformando lo que la doctrina ha denominado grupos intermedios, en el sentido de que éstos se encontrarían en una posición intermedia entre el individuo y el Estado, y por otro, que es en base a dichas organizaciones sobre la cual se organiza y estructura la sociedad, cuestión, que no puede ser desconocida por el Estado, sino que al ser éste una creación del propio individuo no le cabe más que reconocer y amparar, protegiendo y fomentando su existencia.

Por último, al señalarse que el estado les *garantiza* la adecuada *autonomía* para cumplir *sus fines*, se está indicando que como consecuencia de la libertad del ser humano y del carácter servicial del estado, éste no puede más que respetar y garantizar la autonomía que le cabe a cada grupo intermedio al interior de la sociedad, la cual, supone, por un lado, decidir cuáles son los fines u objetivos que pretenden alcanzar y cuáles son los medios más idóneos para su concreción efectiva, y por otro, especialmente relevante a nuestro entender, asegurar la no intromisión de una organización de nivel mayor en la autonomía que le cabe a una de jerarquía inferior, de manera que de la misma forma, en que a un grupo intermedio le es ilícito vulnerar la

---

<sup>29</sup> Sobre el punto, véase, LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, en *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, 2006, Santiago, p. 46: “la subsidiariedad en nuestra Constitución de 1980 se encuentra establecida, desde luego, en el capítulo I, “Bases de la Institucionalidad”, concretamente en el inciso 3° del art. 1°”; BULNES ALDUNATE, Luz, *Visión académica de la Constitución económica de 1980*, en Revista de Derecho Público n° 62 (2000), p.90: “El capítulo de la Constitución de 1980, se pronuncia abiertamente por el reconocimiento del principio de subsidiariedad del Estado”; SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, *Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional, en la Constitución de 1980*, en Revista Chilena de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, n° 19, p. 543: “Dentro de las bases de la institucionalidad chilena el constituyente de 1980 consagra el principio de subsidiariedad en el artículo 1 inc. 3°”.

autonomía de un individuo, lo es también para el estado desconocer y atentar contra la autonomía de cualquier grupo intermedio.

De esta manera, en palabras de Jaime Guzmán, “este principio consiste en que ninguna sociedad mayor puede invadir o absorber el campo que es propio de una sociedad menor, ni tampoco de los individuos particulares. El fundamento es que la sociedad mayor no ha nacido para hacer lo que las menores pueden hacer, sino que surgen para hacer lo que las menores no pueden hacer. Por consiguiente, el Estado no puede absorber las actividades que pueden ser adecuadamente desarrolladas por los particulares, ya sea solos o agrupados en sociedades intermedias, de ahí que los fundamentos y proyecciones conceptuales del principio de subsidiariedad son claves para cualquier estructura política y socio-económica que aspire a configurar una sociedad libre”<sup>30</sup>.

En este sentido, la interpretación hegemónica que se hace del principio de subsidiariedad a la luz del artículo 1° inc.3, representa una visión sobre la actuación que debe desarrollar el Estado al interior de la sociedad, la cual debiendo respetar por sobre todo la libertad y autonomía que le cabe al individuo y a los grupos intermedios, queda relegada exclusivamente a aquellos supuestos fácticos en que éstos no deseen o no puedan materialmente desarrollar una determinada actividad considerada socialmente relevante, configurándose de esta forma un rol preponderantemente abstencionista del Estado.

Por otro lado, un segundo elemento diferenciador de tal interpretación, consiste en señalar la existencia de una manifestación específica del principio de subsidiariedad en el Artículo 19 n° 21 de la actual Constitución Política de la República, la cual luego de asegurar a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, dispone en su inciso segundo que “*el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado lo autoriza*”.

Tal precepto que integra lo que la doctrina ha convenido en denominar como orden público económico, según los autores, cumple la función de reafirmar la existencia a nivel constitucional del principio de subsidiariedad en, quizás, el campo más importante para quienes idearon y redactaron la Constitución de 1980, a saber, el ámbito de las relaciones económicas empresariales.

En este sentido, dicho precepto interpretado en armonía con el contenido sustancial antes indicado del Artículo 1° inc.3, establecería la primacía o preponderancia que le cabría a los particulares en el desarrollo de actividades económicas, en desmedro del rol que debe asumir el Estado en dicha materia, quedando relegado al desarrollo de aquellas actividades económicas consideradas socialmente

---

<sup>30</sup>ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo – ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela – DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Derecho Político: Apuntes de clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995, p.54.

relevantes que los particulares no quieran o no puedan llevar a cabo. Tal carácter subsidiario del Estado, quedaría reafirmado en la obligación de contar con una ley de quórum calificado para permitir la actuación del Estado en materia económica a través de una empresa estatal.

De ahí que algunos autores que adhieren a la interpretación hegemónica de la subsidiariedad, han indicado que “sólo por excepción el Estado puede asumir cometidos empresariales, si se satisfacen los requisitos definidos por el principio de subsidiariedad (Artículo 1 inc.3)”<sup>31</sup>; “es indudable, si interpretamos el número 21, del artículo 19, en el conjunto de sus dos incisos, en relación con otras normas constitucionales como el artículo 1º, que consagra la autonomía de los grupos intermedios y precisa la finalidad y deberes del Estado, y a la luz de sus antecedentes en que se afirma expresamente, que dicho precepto es el medio a través del cual se ha hecho operar el principio de subsidiariedad en el plano económico”<sup>32</sup> o por último, que “sin lugar a dudas, la excepción contemplada en esta parte tiene la virtud de reafirmar el principio de subsidiariedad”<sup>33</sup>.

De esta manera, entendemos que la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, al vincular el contenido del artículo 1º inc.3 con el artículo 19 nº 21 incs. 1º y 2º, atribuyéndole un carácter subsidiario a la actuación del Estado en materia económica, lo que en definitiva intenta resguardar, es por un lado, la libertad de los particulares para desarrollar actividades económicas, y por otro, que estimamos aún más revelador considerando la etapa económica previa al golpe militar caracterizada por la concentración de los medios productivos de la economía en manos del Estado, es el régimen de propiedad privada en manos de los particulares, estableciendo de esa forma las bases esenciales de nuestro actual sistema económico, e imposibilitando al mismo tiempo toda posibilidad de retornar a un sistema económico socialista, esa es la razón, a nuestro entender, que explica el por qué dicha interpretación en la actualidad reviste el carácter de hegemónica en nuestro país.

En este sentido, a juicio de Soto Kloss, “respetar el principio de subsidiariedad supone respetar tanto el derecho *de* propiedad como el derecho *a* la propiedad privada, y en especial el derecho a la libre iniciativa privada en el campo económico, y es éste derecho fundamental el que resulta básico y primordial en la llamada “Constitución Económica” que la Carta de 1980 ha estructurado”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván: *crónica sobre la expansión del estado empresario y el retraimiento de la iniciativa privada*, en *Ius publicum*, 2 (1999), p.129.

<sup>32</sup> BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El estado empresario en la constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho* 14 (1987), p.123.

<sup>33</sup> COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *subsidiariedad y Estado empresario...* op. cit, p.73.

<sup>34</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *La actividad económica en la Constitución*, en *Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás*, N°2, 1999, p.120.

## 1.2. Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución:

Consideramos relevante acudir a las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, para conocer el pensamiento de los comisionados sobre el real sentido y alcance del principio de subsidiariedad en el ámbito de la Constitución de 1980.

Lo anterior, es de suma importancia, pues, los autores que adhieren a la interpretación hegemónica, la sustentan principalmente en un interpretación *originalista* de la Constitución, para lo cual, acuden a la Actas, como también, a las discusiones que tuvieron lugar tanto en el Consejo de Estado como en la Junta de Gobierno.

Si bien consideramos relevante acudir a la historia del establecimiento de la norma constitucional, estimamos que aquello no puede ser pretexto para intentar petrificar el contenido del principio de subsidiariedad a la luz de la interpretación que de él se hiciera por parte de los integrantes de la Comisión de Estudios, pues, aquella representa solo una visión del principio, desarrollado a la luz de los documentos pontificios que integran la doctrina social de la Iglesia Católica, y en ningún caso pueden ser considerados como una realidad inmutable, pues, aquello sería incompatible con los principios democráticos y de pluralismo político actualmente existentes en nuestro sistema constitucional.

De la lectura de dicha fuente histórica, podemos advertir que los comisionados decidieron dar un tratamiento en conjunto a los arts. 1° inc.3 y 19 n° 21, pues, entendían que a partir de la libertad económica de los particulares, en tanto expresión de la libertad personal y el carácter excepcional atribuido por el constituyente a la actuación económica empresarial del Estado, quedaba de manifiesto la consagración a nivel constitucional del principio de subsidiariedad.

En este sentido, el comisionado Jaime Guzmán, refiriéndose a la libertad económica de los particulares y el rol que le cabe al Estado en dicho ámbito, plantea que “concuera con el criterio sustentado por la Comisión en cuanto que la iniciativa particular o privada es preferente y que sólo en virtud del principio de subsidiariedad el Estado puede desarrollar aquellas funciones que los particulares no pueden efectuar por sí mismos. Añade que al Estado le corresponden dos grandes tipos de actividades en materia económica: una, aquella que nunca podrían realizar los particulares y dice relación con su calidad de garante del bien común, y la otra, que emprende de manera subsidiaria y que implica aquellas actividades que de suyo podrían efectuar los particulares, pero que no cumplen pese al apoyo prestado por el Estado, y que son necesarias para el país o pertenecen al ámbito del bien común”<sup>35</sup>.

En este mismo sentido, podemos indicar lo señalado por Sergio de Castro, quien en su calidad de Ministro de Hacienda, “manifiesta que el principio fundamental es que el Estado sea subsidiario, por lo cual no cree que eso se pueda lograr si no existe un

---

<sup>35</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, *Actas oficiales de la Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República*, Gendarmería de Chile, Santiago, 1975, p. 2918.



trato absolutamente igualitario para el Estado y las empresa privadas” (sesión 292, p.3008), cuestión que está en clara sintonía con lo expuesto por el comisionado Ortúzar, quien señaló que “lo importante (de la norma) es que estuviera establecida en forma tal que consagre el principio de subsidiariedad, por su texto más que por su enunciado teórico o filosófico”<sup>36</sup>.

Por último, y en sintonía con lo indicado, el comisionado Bertelsen, añade que “(el Estado) no puede, apoyado en el principio de subsidiariedad, conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización, excepto cuando los particulares no pueden o no quieren emprenderlas, caso en el cual, fundado en ese mismo principio, el Estado debe asumirlas por razones de interés nacional”<sup>37</sup>.

De esta manera, para esta orientación, pareciera no existir duda entre los integrantes de la comisión, acerca de la función de reafirmación del principio de subsidiariedad que cumple el art.19 n° 21, estableciendo una actuación subsidiaria del Estado en el ámbito de las relaciones económicas empresariales.

Por su parte, el informe emanado por el Consejo de Estado sobre las discusiones que tuvieron lugar en las sesiones de la Comisión de Estudios, es claro en reafirmar la posición de sus integrantes, pero también, es preciso en transparentar el objetivo político que se buscaba lograr a través de la consagración del principio de subsidiariedad, a saber, señala que “El proyecto tiende a evitar el desarrollo exagerado, privilegiado o abusivo de las actividades empresariales por parte del Estado, lo que significa reconocer el principio de subsidiariedad, conforme al cual el Estado hace lo que los particulares son incapaces de hacer, respetado y haciendo posible la iniciativa privada”<sup>38</sup>.

Por último, le correspondió a la Junta Militar aprobar el informe final emitido por el Consejo de Estado, con la única salvedad de incorporar la exigencia de una Ley de quórum calificado<sup>39</sup> como requisito para que el Estado pueda desarrollar una actividad económica de carácter empresarial, cuestión que en vista a la súper mayoría exigida por dicho tipo de quórum, no hace más, a la luz de lo planteado por la interpretación hegemónica, que transformar el rol subsidiario que le cabe al estado en dichas materias en uno de abstención o de no intervención.

---

<sup>36</sup> *Ibíd*, p. 2910.

<sup>37</sup> ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, *Actas oficiales...* op. cit., p. 2919.

<sup>38</sup> ARANCIBIA MATTAR, Jaime. BRAHM GARCÍA, Enrique. IRARRÁZAVAL GOMIEN, Andrés, *Actas del Consejo de Estado en Chile 1976-1990*, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2008, p.38.

<sup>39</sup> NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980*, en UFT, 1997, p. 120.

### 1.3. Ámbito de aplicación:

Otra cuestión vinculada al principio de subsidiariedad, que no ha sido pacífica en su tratamiento por parte de la doctrina, dice relación con el ámbito de aplicación de dicho principio, o en otras palabras, con la necesidad de dar respuesta a si dicho principio se debe aplicar a todo tipo de materia, o si por el contrario, queda reservada su aplicación a un determinado grupo de temas.

La interpretación hegemónica, ha señalado que por ser un principio de carácter constitucional y por encontrarse consagrada en el capítulo I de las Bases de la Institucionalidad del Estado que sirve de elemento interpretativo para el resto del contenido de la Constitución, la subsidiariedad debe ser aplicada de forma general a cualquier materia que forme parte de la vida social y que se encuentre consagrada en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, se ha señalado, que “en el capítulo I (de las Bases de la institucionalidad), el constituyente ha procurado sintetizar los aspectos más trascendentes de lo que cabe calificar como la idea de derecho que se pretende configurar, a fin de que los demás preceptos aparezcan lógicas concreciones particulares, en relación a la materia específica a que ellos se refieren<sup>40</sup>, de manera que por ser la subsidiariedad uno de los principios fundantes de nuestro ordenamiento jurídico posee una aplicación amplia a cualquier otro precepto constitucional.

Por otro lado, se le atribuye al principio una especial importancia en cuanto a la labor hermenéutica, así se señala que “el interprete de la Constitución, no puede prescindir, al tratar de definir el sentido y alcance de uno cualquiera de sus preceptos, del vigor que mantiene en todo instante y respecto de *toda* materia del Capítulo I, cada una de cuyas reglas repercute en el *total* de la ordenación, a tal punto que ninguna puede desvincularse del peso de la voluntad del constituyente<sup>41</sup>.

Cuestión que ha sido confirmada por el propio Tribunal Constitucional, el cual, refiriéndose al Capítulo I denominado de las Bases de la Institucionalidad ha señalado que aquél “es de un profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”<sup>42</sup>, y, “que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup>SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, V, p.17.

<sup>41</sup> *Ibíd*, p.19.

<sup>42</sup> STC Rol n° 19 de 1983.

<sup>43</sup> STC Rol n° 46 de 1987.

Es así como en teoría, los particulares, siempre que quieran y puedan, quedarán autorizados por el constituyente para realizar cualquier tipo de actividad regulada a nivel constitucional, sin limitarse a aquellas de carácter económico empresariales, pudiendo incluso desarrollar aquellas consideradas como derechos sociales o de segunda generación, tales como la previsión, educación o salud, quedándole prohibido en ese caso incursionar al Estado en ellas.

De este modo, a juicio de Jaime Guzmán, “el Estado es el único que, por definición, es subsidiario en cualquier materia que competa a los particulares, y que éstos no puedan cumplir”<sup>44</sup>, y que “la subsidiariedad es aplicable a todos los campos de la vida social”<sup>45</sup>.

A modo ejemplar, resulta ilustrativo la mención que hace Jaime Guzmán a la aplicación del principio de subsidiariedad, por un lado, en materia de salud pública, donde a pesar de aceptar la intervención del Estado en casos en los cuales el individuo no puede satisfacer sus necesidades médicas por sí solo, termina señalando que esa actuación estatal puede tener lugar “siempre y cuando el Estado fomente un mayor desarrollo de la iniciativa privada en la materia, que le permita reducir progresivamente la intervención estatal directa”<sup>46</sup>, y por otro, en lo referido a educación pública, donde junto a reconocer el derecho preferente que tienen los padres de educar a sus hijos, para lo cual están autorizados en tanto particulares a crear establecimientos educacionales privados que satisfaga sus aspiraciones y necesidades, reafirma el carácter subsidiario del estado, señalando que éste sólo podría abrir y administrar escuelas y liceos públicos en la medida de que los particulares no estén en condiciones de educar por sí mismos a su descendencia, y aún en caso de hacerlo, debiera crear todas las condiciones para que en definitiva sean los particulares quienes lo reemplacen en dicha tarea.

De esta manera, la aplicación de la subsidiariedad en ambos ámbitos, considerados derechos sociales, nos llevaría a las siguientes dos situaciones de abstención o negación del estado: primero, si es que los particulares tienen interés y capacidad para satisfacer por sí solos sus necesidades de educación y de salud se le prohíbe al estado preocuparse de dichas materias, aún cuando contando con recursos institucionales y materiales pudiera contribuir a mejorar dicho nivel de satisfacción, y segundo, en caso contrario, el Estado puede intervenir subsidiariamente, pero siempre y cuando se encargue de crear las condiciones para que sea el particular quien a futuro pueda satisfacer dichas necesidades por su cuenta, es decir, la subsidiariedad interpretada en clave negativa supone la propia negación del Estado.

---

<sup>44</sup> ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *Apuntes de clases...* op. cit., p.53.

<sup>45</sup> *Ibíd*, p.56.

<sup>46</sup> *Ibíd*, p.57.

#### 1.4. Actuación del Estado:

Entre quienes adhieren a la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, se suele distinguir entre dos tipos de actividades o funciones que le corresponden desarrollar al estado, a saber: por un lado, las actividades connaturales o indelegables, y por otro, las actividades subsidiarias.

##### 1.4.1. Funciones connaturales y subsidiarias:

En cuanto a las funciones connaturales, podemos señalar que estas corresponden a un conjunto de actividades que, “por su naturaleza misma jamás podrían ser asumidas adecuadamente por un grupo de particulares, y que conllevan la representación de la comunidad toda”<sup>47</sup>.

En este mismo sentido, otro autor, que utiliza la expresión actividades indelegables para referirse a lo que se ha denominado como funciones connaturales del Estado, señala que “aquellas son expresión de dos grandes fuentes: i) Las que representan a la comunidad toda, y ii) La regulación normativa de las sociedades intermedias entre sí”<sup>48</sup>.

De esta forma podemos señalar que las funciones connaturales del estado son las siguientes:

a). En lo referido a la representación de la comunidad, encontramos:

- Función de defensa nacional<sup>49</sup>: lo cual se explica porque el Estado en tanto sociedad de carácter mayor en el orden temporal, es titular del monopolio de la fuerza institucionalizada, de manera que para preservar el espacio físico y las condiciones de convivencia social, es necesario que el poder estatal concentre y utilice la fuerza en caso de ser necesario. En caso contrario, es decir, de considerarse esta actividad como subsidiaria, serían los particulares quienes teniendo interés y capacidad, ejercerían por su propia cuenta la fuerza, decidiendo de forma arbitraria en que supuestos aplicarla, cuestión que conllevaría a la propia desintegración del Estado.

- Función de relaciones exteriores<sup>50</sup>: esta actividad es reservada al poder político estatal, por cuanto, la conducción de las relaciones internacionales con otros estados supone de un tratamiento uniforme y globalizador, en lo relativo a estrategias y ámbito de influencia, cuestión que solo se puede alcanzar con la utilización de los medios materiales y de inteligencia que detenta de manera exclusiva el estado. En caso contrario, de ser ésta una actividad de carácter subsidiaria, correspondería a los particulares interesados y capaces de desarrollarla, conducir las relaciones

---

<sup>47</sup>Ibíd, p.52.

<sup>48</sup>FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, p.91.

<sup>49</sup> Ibíd, p. 91.

<sup>50</sup> Ibíd, p.91.

internacionales con otros estados, lo cual significaría desconocer la propia existencia del ente estatal.

b). Las que se refieren a la regulación normativa de las sociedades intermedias y de las sociedades entre sí<sup>51</sup>:

Este tipo de funciones connaturales, encuentran su justificación en el hecho de que el Estado por ser la organización de mayor nivel jerárquico al interior de la sociedad y por servir de instrumento para la concreción del bien común, se encuentra obligado a crear un sistema jurídico que regule las actividades de los grupos intermedios y las relaciones entre éstos, pues, como se ha indicado anteriormente, toda sociedad se organiza y estructura a través de dichas sociedades intermedias.

Lo anterior, autoriza al Estado, entre otras cosas, a elaborar su propia Constitución política, dictar normas legales de carácter general y abstracto que regulen la convivencia social, como también, la dictación de normas particulares que permiten hacer efectiva la administración del estado. Por último, y directamente relacionado con el monopolio de la fuerza institucionalizada por parte del poder estatal, éste debe impartir justicia resolviendo los conflictos de relevancia que tengan lugar al interior de la sociedad.

Por otro lado, en cuanto a las funciones subsidiarias del estado, podemos señalar que son “aquellas que, por su naturaleza, podrían de suyo ser asumidas por los particulares, pero que, por circunstancias de hecho, ellos no están en condiciones de realizar adecuadamente<sup>52</sup>, de manera que, idealmente para esta interpretación, cualquier actividad podría ser desarrollada por un particular, como se ejemplificó anteriormente con los casos de salud pública y educación.

Es decir, las funciones subsidiarias del Estado, a nuestro entender, serían aquellas que en teoría podrían ser desarrolladas por particulares, quedando solo excluidas las funciones connaturales anteriormente dichas, pero que por circunstancias personales o materiales que reflejan una falla a nivel de sociedad, no podrían ser realizadas por éstos de forma satisfactoria o completa.

En definitiva, lo que justifica el rol subsidiario del ente estatal, es que éste en cuanto sociedad jerárquicamente superior e instrumento facilitador del bien común, debe desplegar su actividad cuando los particulares, sea individualmente o agrupados en sociedades intermedias, no se encuentren capacitados para realizar una determinada actividad que en teoría deberían ser capaces de realizar por su propia cuenta, representando aquello una deficiencia o falla estructural de la sociedad que debe ser superada por el estado, pues, como hemos indicado anteriormente, la interpretación hegemónica de la subsidiariedad, tiene como ideal político a alcanzar, el hecho de que en un futuro sean los particulares quienes se encuentren capacitados para realizar

---

<sup>51</sup> *Ibíd*, p.91.

<sup>52</sup> ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, *Apuntes de clases...* op. cit., p.55.

cualquier tipo de actividad, relegando al estado al cumplimiento exclusivo de sus funciones connaturales.

#### 1.4.2. Requisitos de intervención del Estado:

La doctrina mayoritaria, ha elaborado un conjunto de requisitos objetivos, que de cumplirse en los hechos, permitirían desplegar la actuación subsidiaria del estado. En este sentido, la importancia de observar dichas exigencias, radica en que sólo de esa manera se podría respetar y asegurar la vigencia del principio de subsidiariedad al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta manera, tales requisitos cumplen la función de orientar a los distintos operadores jurídicos que integran nuestro sistema, especialmente a los encargados de resolver contiendas, a saber, miembros de los tribunales de justicia y de la administración del estado, sobre la importante tarea de decidir en qué supuestos fácticos procederá aplicar el contenido y efectos del principio de subsidiariedad.

Por último, antes de proceder a indicar cuáles son dichas exigencias, es importante destacar que aquellas son de carácter copulativo, lo cual significa que para aplicar el principio de subsidiariedad deben estar presentes en el supuesto fáctico cada uno de los siguientes requisitos<sup>53</sup>:

a). Que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común.

Lo anterior se explica, por cuanto, el Estado en tanto sociedad jerárquicamente superior de la sociedad, ha sido creado por el hombre para servir de instrumento facilitador del bien común, de manera que toda actividad subsidiaria desarrollada por el ente estatal debe estar orientado a la concreción de dicho objetivo.

b). Que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que, vía ejercicio de los derechos emanados del principio de autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines.

Es decir, la actuación subsidiaria del estado, sólo será justificada en la medida de que los particulares no presenten interés en desarrollar un determinado tipo de actividad, o bien, manifestándolo no se encuentren capacitados para desplegarla de manera eficaz.

c). Que el Estado haya agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asumen tales actividades.

El Estado para poder realizar una función subsidiaria en la sociedad, debe necesariamente haber realizado con anterioridad, todo lo que estuviere a su alcance en un sentido material e institucional, para fomentar y posibilitar que hayan sido particulares quienes hubieren realizado dicha actividad de forma completa y directa.

---

<sup>53</sup> FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico...* op. cit., p.91.

Arturo Fermandois, señala que una vez realizada la función subsidiaria, nacen para el Estado dos obligaciones que debe observar:

a). El Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible.

Es decir, la actuación subsidiaria desplegada por el Estado, en ningún caso puede transformarse en una de carácter permanente, por lo que el poder estatal siempre deberá propender a que sean los particulares quienes lo reemplacen, al ser éstos capaces de desarrollar dicha actividad de forma directa.

Por otro lado, la actividad subsidiaria deberá ser realizada de la forma más descentralizada posible, de manera de impedir que el estado asuma dicha función de manera centralizada, pues, aquello supone la creación de cierta institucionalidad pública y la asignación de importantes recursos materiales, que en definitiva, revestirían a dicha función subsidiaria de un carácter permanente.

b). El Estado debe retirarse y cesar su intervención al momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiarias en un nivel compatible y aceptable para el bien común.

Lo anterior no hace más que reafirmar la vinculación que hace la interpretación hegemónica entre subsidiariedad y temporalidad, toda vez, que por definición una actividad subsidiaria desarrollada por el estado no puede desplegarse por más tiempo que aquel representado por la duración de la incapacidad de los particulares de hacerse cargo de la misma por sí solos.

De esta manera, a nuestro entender, se reitera la idea de dichos autores que el bien común se alcanzara cuando sean los privados quienes se encuentren en condiciones de desarrollar todo tipo de actividad al interior de la sociedad, salvo las indelegables del estado.

Sin embargo, estimamos que el propio bien común como el principio de solidaridad que integra la denominada doctrina social de la iglesia católica, y que es utilizada como elemento hermenéutico por la doctrina mayoritaria, obliga al estado a seguir preocupado sobre si efectivamente los particulares podrán realizar dicha actividad de manera adecuada, y aún cuando así sea, debe desplegar toda actividad que les permita alcanzar el mayor grado de plenitud y perfección posible, pues, el estado es garante permanente de un bien común que es siempre es de carácter colectivo, y nunca individual.

### 1.4.3. Características de la intervención del Estado:

Para considerar que la intervención del estado es respetuosa y coherente con los postulados del principio de subsidiariedad, ésta deberá revestir siempre el carácter de excepcional, temporal y reveladora de una falla en la estructura social que debe repararse.

De este modo, podemos señalar en base a lo planteado por Fermeois<sup>54</sup>, que las características de la actuación subsidiaria del Estado son las siguientes:

a). La actuación debe ser de suyo excepcional:

Lo anterior resulta coherente con el postulado principal del principio de subsidiariedad, según el cual, en teoría, los particulares estarían en condiciones de realizar cualquier tipo de actividad en la sociedad, de manera que la actuación subsidiaria del poder estatal sería siempre de suyo excepcional, por cuanto, sólo tendría lugar cuando dicho presupuesto en la práctica no se cumpliera.

b). La actuación debe ser temporal:

Como se indicó anteriormente, la intervención subsidiaria del estado es en esencia de carácter temporal, toda vez que éste tiene la obligación de ponerle fin cuando los particulares logren un estado de perfección que les permita desarrollarla por sus propios medios, incluso más, durante el mismo desarrollo de la actuación subsidiaria, el estado debe propender al retiro de su actividad incentivando y fomentando a los particulares para que sean ellos quien se encarguen de continuar su desarrollo.

c). La actuación debe revelar una falla en la estructura social que debe en definitiva repararse.

Es decir, como el estado es una creación del ser humano utilizado como instrumento para la concreción del bien común, toda actuación subsidiaria de éste se encontrará justificada en la medida que tienda a corregir la falla social existente, representada en el hecho de que los particulares no pueden desplegar por si solos la actividad en cuestión.

Por último, para graficar la aplicación práctica de dichas características, resulta ilustrativo constatar que en palabras de Soto Kloss, la actuación subsidiaria del estado en actividades económicas empresariales, vinculando los artículos 1° inc.3 y 19 n° 21 inc.2 de la carta política, ha de ser i). Secundaria respecto a la primacía que representa la actividad económica privada frente a la actividad empresarial del estado, ii). De extrema excepcionalidad, y iii). De carácter restrictiva en cuanto a su ejercicio e interpretación<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibíd*, p. 90.

<sup>55</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, *La actividad económica...* op. cit., p.125.



## 2. Crítica a la interpretación hegemónica:

Como indicamos al comenzar la exposición de la interpretación hegemónica sobre el principio de subsidiariedad en la Constitución de 1980, dicho carácter ha ido perdiendo fuerza frente a una serie de nuevas interpretaciones que entienden y asignan un valor distinto a algunos de los elementos centrales que configuran la posición dominante.

En este sentido, a nuestro entender, tres son las principales críticas planteadas por esta nueva corriente de pensamiento, las cuales desarrollaremos a continuación, siempre vinculándolas con el objetivo nuclear de la presente investigación. Por último, señalar que, si bien compartimos dichos cuestionamientos, nuestra opinión acerca de la interpretación que estimamos correcta del principio de subsidiariedad será desarrollada en el próximo capítulo.

### 2.1. Reconocimiento exclusivo del principio de subsidiariedad en su faz negativa:

Como señalamos en su oportunidad, la interpretación hegemónica del principio en comento, utiliza como principal recurso para construir su propuesta hermenéutica, los documentos pontificios que componen la denominada Doctrina Social de la Iglesia Católica, desde donde construyen un concepto de subsidiariedad y extraen sus efectos principales.

Sin embargo, se ha criticado, que aquella “representa una interpretación parcial e insuficiente de la Doctrina Social de la Iglesia”<sup>56</sup>, error que se evidencia, entre otras cuestiones, en el hecho de reconocer casi de manera exclusiva una sola dimensión de la subsidiariedad, en particular, su faz negativa, desconociendo su vertiente positiva también consagrada en tales documentos del magisterio católico. Dicha vertiente positiva, fue reconocida por la encíclica *Centessimus Annus*, mediante el denominado principio de solidaridad.

Cabe recordar, como se indicó con anterioridad, que el carácter negativo del principio de subsidiariedad opera como una verdadera regla de competencia entre el individuo, grupos intermedios y Estado. De esta manera, a partir de dicho enfoque negativo, se ha señalado que todo nivel componente de la sociedad civil debe abstenerse de asumir una responsabilidad social mientras haya un nivel inferior que pueda realizarla<sup>57</sup>.

Cuestión, reafirmada por San Francisco Reyes, quien señala que “ninguna sociedad mayor puede asumir legítimamente el campo de atribuciones o de acción de una sociedad menor, porque las sociedades mayores nacen para realizar lo que las inferiores no pueden lograr por sí mismas, y no para absorber a estas últimas. Por tanto,

---

<sup>56</sup>VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado social: análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución Chilena*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2013, p.211.

<sup>57</sup> AIMONE GIBSON, Enrique, *subsidiariedad y planificación...* op. cit., p.48.

el Estado no puede invadir el campo propio de las autonomías de las sociedades intermedias, ni menos de de lo que las personas individuales están en condiciones de llevar a cabo adecuadamente”<sup>58</sup>.

De esta forma, la interpretación dominante, pone énfasis exclusivamente en el aspecto negativo de la subsidiariedad, concretamente en la utilidad política que presta en tanto criterio de atribución de competencias entre los distintos elementos que integran la sociedad. Recordando una y otra vez, que aquello supone que el estado se abstenga de asumir y participar de una actividad, cualquiera sea su naturaleza, que ya está siendo desarrollada por otro nivel social jerárquicamente inferior.

A nuestro entender, aquello representa un ideario jurídico político que busca concretamente la negación del poder estatal en cualquier ámbito distinto al de las denominadas actividades connaturales del Estado, a saber, protección de las fronteras, mantención del orden público, y resguardo de la propiedad privada a través de la creación de un sistema jurídico a fin, impidiéndole asumir algún tipo de iniciativa directa en materias sensibles y relevantes, tanto para el desarrollo de la nación, como para la perfección del ser humano.

Por último, entendemos que dentro del actual contexto político por el cual atraviesa nuestro país, caracterizado por un mayor cuestionamiento de sus instituciones democráticas, no se puede pretender atribuir cierto nivel de petrificación a la interpretación negativa del principio de subsidiariedad, aun cuando a nivel doctrinario sea mayoritaria, pues, como señala Ruiz Tagle, “el principio de subsidiariedad, en nuestra opinión, no alcanza una formulación clara y unívoca desde el punto de vista de su origen teológico, y por eso no puede ser considerado como un principio que tiene un contenido estable en nuestro derecho constitucional”<sup>59</sup>, lo cual nos obliga a equiparar en importancia a la hora de desarrollar un trabajo hermenéutico, la vertiente negativa del principio con su faz positiva, reconociendo además, el carácter flexible que debe tener aquel en una democracia pluralista.

2.2. Transformación de la subsidiariedad en un principio de abstención o de no intervención del Estado:

La interpretación negativa del principio de subsidiariedad desarrollada por la doctrina hegemónica de nuestro país, cuya tesis central es que el Estado no debe cumplir aquellos roles que pueden realizar los individuos o sociedades intermedias, ha traído como consecuencia transformar el principio de subsidiariedad en su genuino sentido expuesto en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, en un principio completamente distinto de no actuación o abstención del estado.

---

<sup>58</sup> SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, *Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 19 (1992) 3, p. 529.

<sup>59</sup> RUIZ TAGLE, Pablo, *principios constitucionales...* op. cit., p. 56.

Esta transformación, a nuestro entender, se debe a la omisión interesada de la vertiente positiva del principio de subsidiariedad por parte de los autores que adhieren a la visión hegemónica, según el cual, “se entiende la subsidiariedad como *un hacer* del Estado. En este sentido, se niega que el aparato estatal tenga una misión meramente supletoria o secundaria, sino que le corresponde *dirigir, vigilar, urgir, castigar, fomentar, estimular, apoyar, coordinar, integrar* y hasta *suplir* tareas con relación a las sociedades intermedias o individuos, conforme a las exigencias sociales de cada medio concreto<sup>60</sup>, desconociéndose de esta forma la misión de socorro que le compete al Estado, como la razón de ser de su propio establecimiento, que consiste en servir de instrumento al ser humano para la concreción del bien común colectivo.

En palabras de San Francisco Reyes, “el abstencionismo, sobredimensiona las exigencias de la subsidiariedad, imponiendo al estado un rol de mero espectador, lo que obviamente es erróneo, ya que el bien común exige la presencia y actuación del Estado velando por el correcto funcionamiento de las sociedades menores, enmendando su desempeño cuando sea suficiente”<sup>61</sup>.

De esta forma, al interpretarse solamente en clave negativa el principio de subsidiariedad, se traiciona el real sentido político y filosófico del planteamiento formulado por la Iglesia Católica, pues, como indicamos en el primer capítulo, de la lectura de los párrafos principales de las encíclicas papales y en vista a las características sociales y políticas que condujeron al magisterio a elaborar su propia doctrina social, a nuestro entender, sólo se puede concebir el contenido esencial del principio de subsidiariedad como una integración equilibrada entre sus vertientes negativa y positiva, sin exaltar una de ellas en sacrificio de la otra.

Esta transformación del principio de subsidiariedad, entendido como el justo complemento de sus vertientes negativas y positivas, en uno de no actuación o abstención del poder estatal, encuentra su manifestación en nuestro medio nacional, en la interpretación que hace la doctrina mayoritaria del artículo 19 n° 21 de la Constitución de 1980, según la cual dicho precepto constitucional reafirmaría la interpretación negativa o abstencionista que se hace del principio de subsidiariedad a la luz de lo dispuesto por el artículo 1° inc.3, según la cual al estado le queda prohibido realizar actividades económicas empresariales si es que existen particulares interesados y capacitados para realizarlas, salvo que sea autorizado por una ley de quórum calificado.

De esta manera, como señala Loo, por un lado, “los postulados normativos en los cuales la doctrina nacional reconoce la presencia del principio de subsidiariedad (artículos 1 inciso 3° y 19 N° 21 y, especialmente, ellos en su conjunto) han sido leídos de un modo excesivamente rígido, extrapolando e identificando en ella un verdadero principio de no intervención del Estado que ha sido confundido con el principio de

---

<sup>60</sup>LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p.44.

<sup>61</sup>SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, *Jaime Guzman...* op. cit., p.532.

subsidiariedad”<sup>62</sup> y por otro, “el vivo desarrollo que ha tenido este principio en el Derecho comparado no ha sido recogido cabalmente por nuestra doctrina, la cual se ha detenido a acentuar el carácter negativo, abstencionista del principio, especialmente en relación con la presencia del Estado en la economía y en la prestación de servicios sociales y de interés general”<sup>63</sup>.

Es por esta razón, que estimamos necesario, resaltar la importancia de complementar la actual interpretación negativa del principio de subsidiariedad con su vertiente positiva, pues, a nuestro entender, es perfectamente posible integrar a la luz del contenido sustantivo de nuestra carta fundamental, ambos elementos esenciales y genuinos del principio de subsidiariedad, graficados por un lado, en el respeto de la libertad y autonomía del individuo y sociedades intermedias para realizar aquellas actividades que deseen y puedan desarrollar efectivamente, y por otro, en el respeto al rol positivo que le corresponde desarrollar al Estado al interior de la sociedad política, que se expresa en dos funciones complementarias: i). colaborar con los particulares en las actividades que éstos ejecutan con el fin de permitirles obtener un mayor nivel de perfección y desarrollo, y ii). Suplir, desplegando una actuación directa, a los particulares cuando estos no puedan asumir actividades socialmente relevantes, ambas actividades que deberá desarrollar cuando sean necesarias en miras a la obtención del bien común colectivo.

### 2.3. Desconocimiento del principio de solidaridad como criterio de complemento de la subsidiariedad:

La interpretación parcial de las encíclicas papales que forman parte de la Doctrina Social de la Iglesia Católica por parte de la doctrina hegemónica, ha generado también el desconocimiento en nuestro medio del principio de solidaridad como complemento necesario de la subsidiariedad.

Dicho principio de solidaridad, como se indicó en el primer capítulo, se encuentra formulado de manera expresa en la encíclica Centesimus Annus, en la cual, su santidad León XII, señala refiriéndose a la obtención del bien común, que para “conseguir tal fin el Estado debe participar directa o indirectamente. Indirectamente y según el principio de subsidiariedad, creando las condiciones favorables al libre ejercicio de la actividad económica, encauzada hacia una oferta abundante de oportunidades de trabajo y de fuentes de riqueza. Directamente y según el principio de solidaridad poniendo, en defensa de los más débiles, algunos límites a la autonomía de las partes que deciden las condiciones de trabajo, y *asegurando* en todo caso un *mínimo vital* al trabajador en paro”<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup>LOO GUTIÉRREZ, Martín, *La disciplina constitucional...* op. cit., p.419. LETRA

<sup>63</sup>Ibíd, p.420.

<sup>64</sup>JUAN PABLO II, *Centesimus Annus...* op. cit., p.20.

Es así, como lo señalan algunos autores, que la interpretación negativa y abstencionista del principio de subsidiariedad que realiza la doctrina mayoritaria, “olvida, en lo fundamental, que la subsidiariedad debe comportar, también, un incentivo a la presencia del Estado en aquellas cuestiones que, siendo de relevancia pública, parecen desatendidas o insuficientemente satisfechas por la iniciativa de los individuos y los grupos intermedios”<sup>65</sup> y “traiciona en su fundamentación el verdadero, cristiano y auténtico significado de la subsidiariedad, la cual, debe conducir a la economía de la solidaridad propia del estado contemporáneo que ha descubierto fórmulas que concilien la libre iniciativa económica con un Estado que puede ser actor”<sup>66</sup>.

En este sentido, para concluir, a nuestro entender, se establece una relación clara y directa entre el sentido del principio de subsidiariedad en su vertiente positiva con el contenido del principio de solidaridad, cuestión aún no del todo conocida en nuestro medio debido a la omisión en la que incurre la doctrina hegemónica, y que permitiría darle un nuevo horizonte interpretativo al principio de subsidiariedad en nuestro sistema jurídico.

En concreto, dicha relación permitiría establecer y fundamentar una actuación directa del poder estatal, por ejemplo, en materia de prestaciones sociales relevantes para la obtención del bien común colectivo, que se expresaría a nuestro entender, en el hecho de que al estado le estaría permitido colaborar con los particulares cuando éstos no se encuentren en condiciones de satisfacer sus necesidades elementales, asegurándoles en ese caso un contenido esencial de satisfacción, quedando establecido aquello como un derecho social que todo individuo podría exigir; cuestión que forma parte del hilo central de la reinterpretación al principio de subsidiariedad que desarrollaremos en profundidad en el capítulo siguiente.

---

<sup>65</sup> LOO GUTIERREZ, Martín, *La disciplina constitucional...* op.cit., p. 398.

<sup>66</sup>VARELA DEL SOLAR, Jorge, *Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*, en Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 16, 1989, p383.

## CAPÍTULO III

### REINTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA: RECONCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

## 1. Originalismo interpretativo radical: interpretación hegemónica como un caso de petrificación constitucional:

Entre las distintas corrientes interpretativas de la Constitución, encontramos la denominada interpretación originalista u Originalismo interpretativo, que podemos definirla como “la corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente”<sup>67</sup>, cuestión, que como señala un autor, se debe a un “hecho histórico-sociológico consistente en la sacralización de los constituyentes”<sup>68</sup>.

Dentro de dicha corriente, es posible distinguir entre un Originalismo moderado por un lado, que se caracteriza por “agrupar una serie de corrientes en torno a la idea de que el espíritu de los constituyentes quedó plasmado en el texto y, por ello, siempre hay que tenerlo como punto de mira”<sup>69</sup>, y un Originalismo radical por otro, cuya tesis central postula que “lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes”<sup>70</sup>.

Resulta relevante destacar que para los defensores del Originalismo radical o a ultranza, “en la Constitución no hay más que aquello que los constituyentes quisieron incluir y de hecho incluyeron: siendo la fórmula más exacerbada de Originalismo aquella que limita las posibilidades de ampliación judicial de la Constitución a aquello que los constituyentes podrían haber contemplado como posible”<sup>71</sup>, de manera que al intérprete, la Constitución le viene dada por la historia, pues, “representa elecciones fundamentales ya hechas por el pueblo, y la tarea de los tribunales consiste en hacerlas efectivas, no en construir nuevos derechos”<sup>72</sup>.

En este sentido, es posible advertir que el fundamento del Originalismo interpretativo, radica en el hecho de que la autoridad de los constituyentes, como expresión de la voluntad soberana del pueblo, para efectos de interpretar la Constitución, no puede ser suplantada por la decisión de un Tribunal basada simplemente en la subjetividad de los jueces, toda vez que aquello implica imponer a la sociedad toda una particular elección de valores efectuada por el intérprete constitucional. Por lo tanto, “el Tribunal Supremo no puede añadir, mediante su labor interpretativa, nada que no hubiera sido previsto o contemplado como posible por los constituyentes. Si lo hace, se está situando al margen de la Constitución, y, por tanto, no juzga conforme a derecho, sino que usurpa el poder del legislativo en tanto que representante del pueblo”<sup>73</sup>.

---

<sup>67</sup>ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p.13

<sup>68</sup>BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Editorial civitas, Madrid, 1989, p.51.

<sup>69</sup>ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución...* op. cit., p.144.

<sup>70</sup>BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 53.

<sup>71</sup>ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución...* op. cit., p.142.

<sup>72</sup>BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 53.

<sup>73</sup> *Ibíd*, p. 55.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos del presente trabajo, lo que estimamos especialmente relevante de considerar es la consecuencia que trae consigo la aplicación del Originalismo radical como método de interpretación constitucional, consistente en la petrificación del contenido material de la Constitución de acuerdo al existente al momento de su entrada en vigencia.

Como señala Alonso García, la teoría de la petrificación, cuyo origen se remonta a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Austríaco para efectos de interpretar la repartición de competencias entre el Estado y los Länder, implica “que las ideas o valores de un determinado momento histórico perduran en el tiempo, haciendo imposible cualquier adaptación o cambio por parte de los tribunales”<sup>74</sup>.

En este sentido, estimamos que la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, constituye un caso evidente de petrificación constitucional, toda vez, que mediante el recurso de acudir de manera constante a las opiniones de los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución por medio del uso de las actas, para resolver cualquier conflicto interpretativo que tenga lugar, en cualquier momento y bajo cualquier contexto socio-político, se ha logrado imponer en la sociedad como una especie de verdad inmutable e incuestionable, por un lado, la existencia de un Estado mínimo liberal que debe limitar su actuar a aquellas actividades socialmente relevantes que los particulares no deseen ni puedan efectuar, y por otro, a rechazar casi de forma automática cualquier proyecto político distinto que cuestione dicho carácter del Estado y que se encuentre en sintonía con los cambios políticos, sociales y culturales experimentados en el país a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1980.

Es por esta razón, que entendemos que el contenido material de la Constitución petrificado a través de la permanente e irreflexiva consulta a la intención original de los constituyentes, se encuentra desvinculado con el actual momento constitucional por el cual atraviesa nuestro país, cuestión que intentaremos demostrar vinculando por un lado, las críticas que formula Dworkin a la legitimidad de la corriente del Originalismo interpretativo en su vertiente radical, y por otro, la caracterización del contexto socio-político existente al momento de la entrada en vigencia de la actual carta fundamental, entendiendo que aquel es el único fundamento de legitimidad que hacía aplicable el contenido material de la Constitución tal como lo propone la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, pero que habiendo éste cambiado rotundamente, corresponde a nuestro entender proponer una nueva interpretación de dicho principio que se encuentre en sintonía con el actual momento constitucional del país.

---

<sup>74</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución...* op. cit., p.143.



Una primera crítica formulada por Dworkin a la interpretación originalista radical, consiste en la dificultad de las fuentes originalistas para localizar y determinar inequívocamente la intención original de los constituyentes, pues, “la referencia a la voluntad o a la intención de los constituyentes sería válida si tal voluntad fuese única, unívoca e históricamente probada”<sup>75</sup>, cuestión, que a su entender, es imposible de alcanzar debido a una serie de dificultades; conclusión que en nuestro caso, hacemos extensibles a las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en tanto principal instrumento de recopilación y exposición del distinto ideario de los constituyentes.

Como una primera dificultad el autor señala el cambio de significado de los términos a lo largo del tiempo, cuestión inevitable de ocurrir a nuestro entender en cualquier sociedad, por cuanto el proceso de atribución de significados a determinadas realidades fácticas a través de términos lingüísticos se caracteriza justamente por ser flexible y variable en el tiempo, de manera que perfectamente personas de distintos rangos etéreos, aún cuando formen parte de una misma sociedad, pueden atribuir un significado distinto a una realidad idéntica.

A continuación señala una segunda dificultad que consiste en la imposibilidad de reconducir a una unidad la voluntad de un órgano multipersonal integrado por individuos que no comparten necesariamente en plenitud un ideario en el amplio espectro de materias que se abordan al momento de elaborar una nueva carta política. Dworkin al respecto indica que “si la intención original ha de ser una y sólo una, sin posibles contradicciones o modulaciones, entonces habría de seleccionarse únicamente una de entre las diversas opiniones expresadas en la asamblea”<sup>76</sup>, cuestión, de extrema dificultad en nuestro caso, toda vez que algunos de los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución pertenecían a distintas colectividades políticas, y por lo tanto defendían, quizás no en su esencia pero sí en el detalle, idearios políticos distintos sobre cuestiones jurídicas de importancia<sup>77</sup>.

Por último, una tercera dificultad advertida por el autor, consiste en la incertidumbre existente en torno a determinar con absoluta exactitud a qué fuente en particular se refiere el Originalismo interpretativo, por cuanto, en nuestro caso, por ejemplo, podríamos preguntarnos si aquella fuente de interpretación originalista corresponde a las Actas de las sesiones de discusión entre los constituyentes previa revisión y modificación por parte del Consejo de Estado y de la Junta Militar, o por el

---

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald, *The Bork Nomination*, en *New York Review of Books*, 1987, p.6.

<sup>76</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 70.

<sup>77</sup> Dichas diferencias de opinión entre los miembros de la Comisión de Estudios existieron a tal punto que algunas de las normas constitucionales relativas a materias de trascendental importancia tuvieron que ser votadas entre los miembros y aprobadas con el voto en contra de algunos comisionados. Tal situación tuvo lugar, por ejemplo, durante la sesión n° 46 que tuvo por objeto discutir los *finés del Estado*, en la cual una propuesta del comisionado Jaime Guzmán sobre la redacción del actual artículo 1 de la Constitución, fue aprobada con los votos en contra de los comisionados Ovalle y Evans. Sobre el particular, véase SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, V, p.52.

contrario, si refiere a aquellas actas definitivas resultantes de las alteraciones realizadas por dichos órganos.

La segunda crítica planteada por Dworkin, consiste en señalar que la petrificación que implica el Originalismo no es legítima ni desde el punto de vista social ni desde el puramente interpretativo<sup>78</sup>.

Como indicamos en su oportunidad, la aplicación de la teoría originalista supone la petrificación de los valores e ideas de la sociedad imperantes al momento de la elaboración de la Constitución por parte de los constituyentes, a través de su uso como método interpretativo de la Carta Fundamental.

Ante esta realidad, García de Enterría, plantea “que tal resultado petrificador bastaría probablemente para descalificar la teoría originalista, por cuanto, una sociedad (o, mejor, el intérprete del Derecho de una sociedad) no puede permanecer atada de pies y manos, permanentemente vinculada a las intenciones concretas de los constituyentes: el Derecho, como toda creación social, evoluciona inevitablemente según los cambios políticos, sociales, culturales, etc; y detener en el tiempo los criterios interpretativos es, desde mi punto de vista, peligroso, porque separa al intérprete de la realidad a las que las normas han de aplicarse, fomentando la partición de lo jurídico en dos mundos separados: el del juez, rígido y obsoleto, y el de la realidad del tráfico y la práctica jurídica, vivo y adaptable”<sup>79</sup>.

En este sentido, el mismo autor agrega, que “es necesario, por tanto, concluir afirmando, de nuevo, la falta de legitimidad de la petrificación (auténtica tiranía de la Historia) que entraña el Originalismo, por ignorar un descubrimiento común a todas las jurisprudencias de cualquier materia jurídica, su carácter evolutivo, la necesidad de introducir en la interpretación y aplicación de un mismo precepto inmutable variables derivadas de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados”<sup>80</sup>.

Pero el Originalismo interpretativo, a nuestro entender, no es sólo carente de legitimidad en los ámbitos de la sociedad política como de la interpretación constitucional, sino que lo es primeramente en materia de moral, por cuanto, su desarrollo se funda en una premisa filosófica a nuestro entender errada, consistente en la creencia de que existe “una” moral, positiva y única que se encuentra impregnada en la legislación nacional, transformándose desde ahí en una única moral objetivamente válida, y que por tanto debe ser impuesta a todo individuo que integre la sociedad en cualquier tiempo y bajo cualquier circunstancia; pretensión que debe ser rechazada, toda vez que no se condice, por un lado, con el ideal de que el Derecho sirva como instrumento integrador de las distintas ideas y valores coexistentes en una comunidad políticamente organizada, y por otro, con la tradición democrática de nuestro país forjada sobre la base del respeto a la libertad y al pluralismo político.

---

<sup>78</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 91.

<sup>79</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española de 1978*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 203.

<sup>80</sup> *Ibíd*, p. 203.

En este orden de cosas, resulta a nuestro parecer, carente de legitimidad por obedecer a un momento constitucional distinto al que atraviesa en la actualidad nuestro país, la petrificación del carácter subsidiario del Estado que la interpretación hegemónica extrae del contenido del artículo 19 n° 21 de la Constitución Política de la República.

Dicho precepto constitucional considerado como la piedra angular de lo que los autores han convenido en denominar como “Orden Público Económico”, por un lado, asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, y por otro, garantiza que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

De esta manera, la doctrina hegemónica, interpretando dicha norma en armonía con lo dispuesto por el Artículo 1° inc. 3, establece la primacía o preponderancia que le cabría a los particulares en el desarrollo de actividades económicas, en desmedro del rol que debe asumir el Estado en dicha materia, quedando relegado al desarrollo de aquellas actividades económicas consideradas socialmente relevantes que los particulares no quieran o no puedan llevar a cabo. Tal carácter subsidiario del Estado, quedaría reafirmado en la obligación de contar con una ley de quórum calificado para permitir la actuación del Estado en materia económica a través de una empresa pública.

Sin embargo, el estudio de las características esenciales del contexto político-social existentes al momento de la elaboración de la Constitución por parte de los integrantes, nos demuestran que la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, desde una perspectiva histórica, sólo se justificaba en la medida de que tales circunstancias específicas subsistieran, de manera que su aplicación constante, aún en periodos en los cuales dicho contexto se viera sustancialmente alterado como ocurre en la actualidad, a nuestro entender, conlleva la petrificación del conjunto de valores e ideas sustentados por los constituyentes al momento de elaborar la Constitución, careciendo, por lo tanto, dicha interpretación de la legitimidad necesaria para ser aplicada en nuestros días.

En este sentido, el contexto socioeconómico que a nuestro entender justificó la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, y por tanto, la existencia de un Estado subsidiario mínimo, correspondió a la etapa de nuestra historia que abarca desde el año 1938 al 1973, y que ha sido caracterizada por el historiador Gabriel Salazar como el “Estado empresarial y nacional desarrollismo”<sup>81</sup>, que a través de la “estatización de la masa de dinero emitido por el Banco Central como de la compra e importación de los medios de producción, sumado a la chilenezación o

---

<sup>81</sup> SALAZAR, Gabriel, *Historia de la acumulación capitalista en Chile (Apuntes de clases)*, Ediciones Lom, Santiago, 2003, p. 140.

nacionalización del sector exportador”<sup>82</sup> logró transformar el antiguo Estado Liberal oligarca en un Estado “empresarializado”.

Proceso histórico que tuvo como culminación el gobierno de la Unidad Popular, en el cual, en palabras de un economista afín a la interpretación hegemónica, “el control de los medios de producción pasaba en forma creciente al Estado, mediante nacionalizaciones, expropiaciones, requisiciones e intervenciones. Como resultado, la participación empresarial directa del Estado en el valor de la producción para todos los sectores económicos de actividad alcanzaba a más del 70% en 1973, con excepción de aquella para el sector industrial, que ascendía a un 40%”<sup>83</sup>.

Inmerso en dicho contexto, desde la perspectiva constitucional se procedió por parte del gobierno de la época, a idear un mecanismo que les permitiera revertir dicha dominación estatal en el ámbito económico, razón por la cual, se vincula el contenido del artículo 1° inc.3 con el artículo 19 n° 21 incs. 1° y 2°, le atribuyeron un carácter subsidiario a la actuación del Estado en dicho rubro, el cual les fue especialmente útil para sentar las bases de un nuevo sistema económico basado en el respeto irrestricto a la propiedad privada y a la preeminencia de los particulares en el desarrollo de actividades empresariales, haciendo imposible, de esta forma, mediante la consagración de dicho principio, el retorno a una economía socialista.

Dadas las excepcionales circunstancias descritas, a nuestro entender, la aplicación de la interpretación hegemónica sólo se encuentra justificada dentro de dicho contexto original y en la medida en que dichas circunstancias específicas se mantengan inalteradas, careciendo de toda justificación y legitimidad su aplicación en un contexto distinto, como el que se comienza a desarrollar en nuestro país de manera paulatina una vez producido el golpe de estado y que encuentra su máxima concreción en nuestra sociedad actual, caracterizado por la concentración excesiva de los medios de producción en manos de privados.

En efecto, la dictadura militar apenas instalada en el poder, “inició un proceso intenso de privatización de las empresas públicas creadas por ley. En el periodo comprendido entre 1974 y 1989, se privatizaron cerca de 600 empresas. El propósito, en un primer momento, fue privatizar las empresas estatales que durante el periodo 1970-1973 pasaron a control del Estado y aquellas adquiridas por éste último, para lo cual, CORFO, que manejaba los intereses del Fisco en ellas, estableció una política para la privatización de sus empresas, mediante licitaciones públicas o ventas directas”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibíd*, p. 142.

<sup>83</sup> BÜCHI, Hernán, *La transformación económica de Chile: el modelo del progreso*, Editorial El Mercurio Aguilar, Santiago, 2009, p. 32.

<sup>84</sup> Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de analizar presuntas irregularidades en las privatizaciones de empresas del Estado ocurridas con anterioridad a 1990. En [http://www.archivochile.com/Chile\\_actual/21\\_est\\_ide/chact\\_estidea0001.pdf](http://www.archivochile.com/Chile_actual/21_est_ide/chact_estidea0001.pdf) [visité, 6 de agosto] de 2014.

En este sentido, dicho proceso de privatización, causó tres efectos relevantes, que caracterizan el actual contexto nacional, dando cuenta de las diferencias estructurales que presenta en comparación con aquél que justificó en su momento la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad. Dichos efectos son, “en primer lugar, produjo una enorme concentración de la propiedad en manos de privados, en segundo lugar, ha generado abusos de posición dominantes en mercados relevantes, y por último, en tercer lugar, produjo una relevante concentración de la renta en manos de privados”<sup>85</sup>.

Como consecuencia directa de lo anterior, la participación del Estado como agente económico, en la actualidad, se encuentra limitada a las 33 empresas públicas creadas por ley<sup>86</sup> existentes, las cuales por mandato expreso del constituyente, deben realizar las actividades empresariales, por regla general, sometándose a la legislación común aplicable a particulares, por lo cual se encuentran en igualdad de acción con las empresas privadas, debiendo ambas competir bajo las mismas condiciones por la captación de mercados.

De esta manera, podemos concluir, que dicho contexto que justificó en un momento determinado de nuestra historia nacional la creación de un Estado subsidiario mínimo, no existe de manera alguna en la actualidad, razón por la cual, a nuestro entender, el pretender aplicar la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad en la actualidad carece absolutamente de justificación, por obedecer a una realidad material distinta, y de legitimidad por cuanto su desarrollo constituye un evidente caso de petrificación del contenido material de la Constitución de acuerdo a la intención y objetivos planteados por los constituyentes, siendo necesario entonces proponer una nueva interpretación del principio de subsidiariedad que obedezca a la caracterización efectuada del nuevo momento sociopolítico.

Para lograr aquello, estimamos necesario, en primer lugar, reinterpretar el contenido del Art. 19 n° 21 de la Constitución Política de la República, particularmente en lo referido a lo dispuesto en su inciso segundo, adecuándolo a la nueva realidad nacional. En este orden de ideas, a nuestro parecer, dicho precepto debe ser comprendido como una regla de carácter competencial, en el sentido, de que el constituyente exige un quórum reforzado para autorizar al Estado a realizar actividades económicas empresariales, superando de esta manera su antigua interpretación que le atribuye la función de excluir al Estado de toda actividad de interés general. Dicha exigencia nos parece del todo razonable, por cuanto por un lado, se logra un mayor resguardo para evitar la situación que existía antes de la entrada en vigencia de la Constitución, y por otro, se logra establecer una relación de colaboración pública-privada en el desarrollo de una actividad de interés general, criterio que a nuestro entender, y como lo propondremos más adelante, debe ser el criterio interpretativo que supere la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad.

---

<sup>85</sup> Informe de la Comisión investigadora... op. cit., p.3.

<sup>86</sup> Registro de empresas públicas de la Superintendencia de Valores y Seguros. En <http://www.svs.cl/portal/principal/605/w3-propertyvalue-18556.html> [visité, 6 de agosto] de 2014.

A mayor abundamiento, y en sintonía con lo concluido anteriormente, la necesidad de impedir la petrificación de un Estado subsidiario mínimo tal como lo plantea la interpretación hegemónica, se transforma en una tarea aún más imperiosa, puesto que los autores que defienden dicho planteamiento hermenéutico le atribuyen al principio de subsidiariedad en su vertiente negativa un carácter general en cuanto a su ámbito de aplicación, debiendo regir cualquier materia que forme parte de la vida social.

De esta manera, en nuestro ideario, resulta especialmente preocupante impedir que dicho carácter negativo del Estado se petrifique en materia de derechos sociales. En este sentido, advertimos, al igual que en materia económica, una profunda desconexión existente entre la intención original de los constituyentes plasmada al momento de elaborar la Constitución, con la expresada en la actualidad por la ciudadanía, que se caracteriza justamente por una constante demanda de mayor actuación y relevancia del Estado, especialmente en materia de derechos sociales.

Como indica Bassa Mercado, “en materia de derechos sociales, Chile cuenta con dos ejemplos recientes que muestran cómo la sociedad ha presionado por una mejor garantía y protección de sus derechos. Respecto al derecho a la educación, el desarrollo legislativo reciente obedece en forma inmediata a las fuertes presiones ejercidas por los estudiantes secundarios sobre el gobierno, abogando por el aseguramiento de la calidad de la educación pública, como asimismo, el movimiento estudiantil que se desencadenó en 2011 ha puesto de nuevo el foco público sobre la forma en que el actual sistema educacional satisface el derecho fundamental a la educación. Por otro lado, lo propio ha sucedido en materia de derecho a la salud con la promulgación de la Ley N° 19.966, de Acceso Universal a Garantías Explícitas, que ha permitido el establecimiento de un sistema universal de cobertura de un número creciente de enfermedades”<sup>87</sup>.

Por último, una tercera crítica formulada por Dworkin al Originalismo interpretativo radical, consiste en negar la realidad constitucional que existen y deben existir cláusulas abiertas, negando incluso el concepto mismo de constitución.

Una Constitución, en palabras de García de Enterría, “debe contener, y de hecho contiene, términos generales y amplios, y no por capricho, sino porque no puede entrar a regular en detalle todos y cada uno de los aspectos de la vida social y política, e igualmente porque es un marco general y común que no debe imponer una concreta y determinada opción política, permitiendo, por tanto, diversas interpretaciones en función de diferentes alternativas político-sociales<sup>88</sup>, en síntesis, toda Constitución debe permitir diversas interpretaciones que reflejen el pluralismo político existente al interior de la sociedad, no siendo posible perpetuar una visión determinada a través de la interpretación originalista a ultranza.

---

<sup>87</sup> BASSA MERCADO, Jaime, *La evolución en la protección constitucional de los derechos sociales vía interpretación constitucional*. En AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p. 96.

<sup>88</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española...* op. cit., p.226.

En este sentido, lo expresado por García de Enterría, se encuentra en sintonía con las denominadas cláusulas abiertas de la Constitución, las cuales se caracterizan porque es al juez constitucional a quien le corresponde dotarlas de contenido según el cambio de las circunstancias experimentados al interior de la sociedad, haciendo posible de esta manera, el ideal de renovación y actualización constante del contenido material de la carta política, cuestión, que en concepto de Dworkin, no tiene lugar en el Originalismo interpretativo, por cuanto, aquella corriente interpretativa afirma que el contenido de las normas constitucionales ha de ceñirse exclusivamente con la intención original de los constituyentes al momento de la entrada en vigencia de la Constitución.

En sintonía con la crítica recién formulada, se cuestiona al Originalismo por cuanto atentaría en contra del concepto mismo de Constitución, la cual “ha de ser relativamente estable; si ha de serlo, entonces ha de tener un carácter *abierto y adaptable*, capaz de perdurar a lo largo de generaciones y de cambios políticos sociales”<sup>89</sup>, puesto que “las constituciones no son reglas abstractas y descarnadas, sino derecho vivo, incardinado en la sangre, en las creencias y en los intereses del pueblo, instrumentos por ello *vivientes y evolutivos*”<sup>90</sup>.

De esta manera, a nuestro entender, resulta perjudicial para efectos de asegurar el carácter de abierto y evolutivo que debiera tener nuestra Constitución, el recurrir a la interpretación originalista radical, pues aquello implica desconocer la existencia en ella de cláusulas abiertas, como son por ejemplo, la dignidad humana, la servicialidad y el bien común, que nos permitirían adecuar el contenido material de la carta al actual momento sociopolítico del país.

Para concluir, si bien en nuestro país prevalece el Originalismo interpretativo radical, estimamos esperanzador que un ministro del Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete judicial de la Constitución, haya acogido en la generalidad las críticas anteriormente formuladas a la corriente originalista. En efecto, el magistrado ha señalado lo siguiente: “en materia de hermenéutica constitucional, la trascendencia del elemento histórico es descartada en la doctrina constitucional contemporánea, que se orienta centralmente en la búsqueda de la finalidad de la norma, situada dentro de un sistema normativo, cuya concreción dependerá de las necesidades jurídicas, a su vez condicionadas e influidas por el contexto sociopolítico y cultural de cada época. De esta suerte, las convicciones íntimas de los redactores del texto original de la Carta de 1980 aparecen subordinadas a la finalidad y razón de la norma, tal cual ésta se entiende y aplicada en las diversas circunstancias. En segundo lugar –y para manifestarlo de una vez por todas-, los presupuestos mínimos de un Estado Constitucional y democrático son incompatibles con la atribución del carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 83.

<sup>90</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española...* op. cit., p.203.

<sup>91</sup> STC N° 970 de 2007, voto disidente ministro Vodanovic.

## 2. Apertura de los métodos de interpretación constitucional:

Antes de proceder a exponer la propuesta hermenéutica objeto del presente trabajo, resulta necesario indicar cuáles son los métodos interpretativos en que ella se fundará.

En este sentido, la propuesta interpretativa se desarrollará sobre la idea central de que es necesario entender que el valor específico de la Constitución consiste en que aquella es una norma cualitativamente distinta a las demás, pues es portadora de unos determinados valores materiales esenciales que han de construir el orden de convivencia política al interior de la sociedad.

En este orden de ideas, García de Enterría, señala que “la constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un *orden de valores materiales* expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales del derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir, o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando ante todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva”<sup>92</sup>.

Continúa el autor, destacando que “estos valores no son simple retórica, no son simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”<sup>93</sup>, de manera que constituyen, por ello, “los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma”<sup>94</sup>.

No obstante compartir el presupuesto consistente en que la unidad del ordenamiento jurídico se construye sobre la base de un conjunto de valores materiales, no creemos justificado y legítimo para nuestro caso, identificar aquellos con los existentes al momento de la entrada en vigencia de la Constitución, entre los cuales se encuentra el valor de un Estado subsidiario mínimo en los términos antes expuestos. Por el contrario, entendemos que toda actividad hermenéutica en el campo constitucional, debe partir desde la idea central de que es necesario, para la legitimidad de la democracia y del propio ordenamiento jurídico que la sustenta, el hacer efectivo en los hechos el carácter de abierto y evolutivo que ha de tener necesariamente la Constitución de 1980, sobre todo por la circunstancia de que en la actualidad coexisten distintas visiones, y por tanto valores, sobre el rol que debiera jugar el Estado dentro de la nueva realidad nacional.

---

<sup>92</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española...* op. cit., p.144.

<sup>93</sup> *Ibíd*, p.144.

<sup>94</sup> *Ibíd*, p. 145.



En este orden de ideas, nos parece coherente con lo planteado, la denominada “teoría de la Constitución sin Derecho Natural” de Haeberle, quien propone que lo esencial de la Constitución, más que elaborar una concepción del hombre, sería “construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto”<sup>95</sup>.

Plantea el autor, que “lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de las posibles alternativas, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria, evitando la petrificación de una situación dada”<sup>96</sup>. En este sentido, la función que le corresponde al intérprete jurisdiccional de la Constitución, consiste “en realizar aquellos valores que tiendan a perpetuar la *apertura* de la sociedad, de forma que ninguna idea ni grupo social queden imposibilitados de raíz de llegar a impactar en el conjunto de la sociedad”<sup>97</sup>.

De esta manera, la finalidad de la teoría de Haeberle consiste en evitar la petrificación de una determinada y particular visión al interior de la sociedad, en concreto, aquella que representa los valores materiales recogidos por los constituyentes al momento de la entrada en vigencia de la Carta, cuestión que se logra, mediante la labor hermenéutica constitucional llevada a cabo por el intérprete jurisdiccional, consistente en asegurar a la sociedad toda, por medio de dichos valores materiales, un “espacio abierto” de disputa en el cual se puedan representar todas y cada unas de las visiones sobre determinados valores existentes en la sociedad.

Este planteamiento ha sido perfeccionado por Ely, cuyo modelo “se basa en la sustitución de los valores sustantivos, fórmula absurda por subjetiva, por la de los procedimentales que son objetivos: el único valor a proteger es el que asegura que los juicios de valores sustantivos que se produzcan en la arena política son los que auténticamente quiere la mayoría de los ciudadanos, de forma que no se tergiverse ese juicio sustantivo de la mayoría”<sup>98</sup>, en definitiva, lo que se busca es asegurar la participación real de todos en un proceso político diverso y abierto.

En este sentido, dicho autor, acepta la idea del activismo judicial, en el sentido de que entiende que la labor jurisdiccional del juez constitucional dentro del derecho constitucional contemporáneo no debe limitarse, en términos de Montesquieu, a ser la boca que pronuncia las palabras de los constituyentes, cuestión que compartimos. Sin embargo, niega legitimidad a la constitucionalización de valores sustantivos o materiales vía interpretación constitucional, pues, aquello conlleva necesariamente a que el juez constitucional tome opción por una de las distintas concepciones sociales concretas, que, por la rigidez que generaría, tendería a cerrar otras opciones minoritarias, o dicho “espacio abierto” en concepto de Haeberle.

---

<sup>95</sup> HÄBERLE, Peter, *Verfassung als öffentlicher prozess*, 1978, p.93.

<sup>96</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución Española...* op. cit., p.144.

<sup>97</sup> ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la constitución...* op. cit., p.329.

<sup>98</sup> *Ibíd*, p.337.

Si bien comprendemos la importancia de la discusión que ha generado en la moderna teoría constitucional la denominada jurisprudencia de los valores, en particular, la pertinencia de constitucionalizar valores sustantivos o materiales vía interpretación del juez constitucional, entendemos que dicho debate excede con creces el objetivo del presente trabajo, cuestión por la cual no nos pronunciaremos al respecto. Sin embargo, estimamos legítimo y deseable la constitucionalización de valores de carácter adjetivos, como lo son el democrático y participativo, tal como lo propone Ely.

En este sentido, dicho autor, plantea que “la única misión del juez constitucional es la de defender el valor democrático o procedimental, manteniendo abiertos los mecanismos democráticos del proceso político y garantizando el libre acceso de mayorías y minorías en igualdad de condiciones a dicho proceso democrático”<sup>99</sup>.

En efecto, y para concluir el presente apartado, podemos aseverar que los mecanismos interpretativos desde los cuales se construirá nuestra propuesta, corresponden, por un lado, a lo que Haeberle denominó “espacio abierto”, y por otro, la constitucionalización del valor adjetivo de la “democracia participativa” en términos de Ely, en el entendido de que en la actualidad en nuestra democracia conviven distintas visiones acerca del carácter subsidiario del Estado, no siendo en caso alguno la única existente aquella correspondiente a la intención original de los constituyentes, tal como proponen quienes adhieren al Originalismo interpretativo, debiendo necesariamente ser considerada tal circunstancia de pluralismo político por el interprete constitucional al momento de efectuar su labor interpretativa.

---

<sup>99</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación...* op. cit., p. 103.

### 3. Propuesta Interpretativa: consagración del principio de solidaridad:

El artículo 1 inc. 3° de la Constitución Política de la República, dispone que “*el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*”.

Al analizar el contenido de dicha norma constitucional, podemos extraer dos premisas esenciales para efectos de la fundamentación del presente trabajo. La primera, consiste en el hecho de que el Estado reconoce que la sociedad, en tanto ente colectivo, se organiza y estructura en base a los denominados grupos intermedios, razón por la cual, en los términos del constituyente, se los ampara, y la segunda, que nos indica que el Estado les garantiza a dichos cuerpos intermedios la adecuada autonomía para cumplir los fines que éstos se hubieren propuestos.

En este sentido, podemos señalar, que la primera premisa no es más que la afirmación de que la existencia de la sociedad es anterior al establecimiento del Estado, entendiendo a aquél como una estructura jurídica representativa de la sociedad políticamente organizada, de manea que el Estado encuentra su legitimación en el hecho de servir de instrumento para que la sociedad alcance el bien común, afirmación que por su obviedad no ofrece mayor novedad.

En cambio, la que sí aporta un elemento relevante al presente análisis, es la segunda premisa señalada, en cuanto nos obliga a indicar el sentido y alcance de la vinculación que realiza el constituyente entre garantizar una adecuada autonomía y los fines propios de los grupos intermedios.

En este orden de cosas, a nuestro entender, lo que se extrae de aquello es el reconocimiento por parte del constituyente de la libertad que tienen los particulares para realizar actividades que se caracterizan por obedecer a un interés exclusivamente privado, en la medida de que su concreción importa e involucra solamente a los individuos que la ejecutan y no a la sociedad entera.

De esta manera, el constituyente de 1980, busca la concreción de dos objetivos fundamentales, por un lado, que los privados tengan resguardada una esfera de libertad necesaria para decidir qué fines o intereses privados consideran importantes de realizar y qué medios se han de utilizar para conseguir tales propósitos, y por otro, impedir que dicha libertad se vea amenazada o vulnerada por efecto de la actividad desplegada por otro particular en la búsqueda del desarrollo de otro interés privado, o por el Estado en la concreción de un interés general. De manera, que el Estado, como un primer límite a su actuación, no puede intervenir en aquellas actividades realizadas por particulares que se caracterizan por buscar la realización de un interés estrictamente privado, por cuanto, en caso contrario, estaría vulnerando la adecuada autonomía que el constituyente le ha garantizado a los grupos intermedios para realizar sus propios fines particulares.

A continuación, es necesario considerar lo dispuesto en el artículo 1 inc. 4° de la Constitución, en la medida en que su contenido se encuentra estrechamente vinculado con lo dispuesto en su inc. 3° recientemente transcrito.

En efecto la Carta dispone que *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

Luego, estimamos necesario, centrar nuestro análisis del contenido de dicha norma constitucional en dos expresiones concretas utilizadas por el constituyente, por un lado, nos referimos a *“crear las condiciones sociales”* y por otro, a *“que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*.

En este sentido, estimamos, que la expresión *crear las condiciones sociales* alude a una realidad material concreta consistente en el desarrollo al interior de la sociedad de *“ciertas actividades”* que hagan posible el objetivo expresado por el Constituyente de permitir a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad alcanzar su máximo nivel de desarrollo posible, descartando la posibilidad de que dicha expresión haga alusión a una cuestión abstracta como son los valores, en el entendido de que estos sirvan como instrumento para favorecer el desarrollo de las personas.

Por otro lado, entendemos que con la segunda expresión utilizada por el constituyente, en efecto, *“que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*, se alude a la existencia de un interés colectivo, compartido por todos y cada uno de los integrantes de la sociedad, que denominaremos *“interés general”*. En este sentido, dicho interés general es común a todos los integrantes de la comunidad nacional, por cuanto, en la medida de que dichas condiciones sociales le permitan a cada uno de ellos alcanzar su máximo desarrollo personal, todos los individuos estarán interesados en que tales condiciones se desarrollen al interior de la sociedad.

De esta manera, atribuyéndole el significado anteriormente indicado a dichas expresiones, podemos concluir lo siguiente: que al interior de nuestra sociedad existen ciertas actividades materiales que son de interés general, por cuanto permiten alcanzar a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor grado de desarrollo espiritual y material posible, razón por lo cual, será interés de todos que tal tipo de actividades sociales se realicen de la forma más eficiente y completa posible, sobre todo cuando aquellas involucren la satisfacción de ciertos derechos que la Constitución ha asegurado a todas las personas, como ocurre, por ejemplo, con dos actividades materiales de interés general especialmente relevantes en el actual contexto constitucional del país, a saber, la actividad educacional y sanitaria.

Podemos aseverar entonces, que de la vinculación del contenido de los incisos 3° y 4° del artículo 1 de la Constitución Política de la República, queda de manifiesto la existencia al interior de nuestra sociedad de actividades que obedecen a dos tipos de intereses distintos, por un lado, actividades que se caracterizan por buscar un interés estrictamente privado, que sólo pueden ser realizadas por los propios particulares, y otras que persiguen la concreción de un interés general, común a todas las personas que integran la comunidad nacional, cuya realización debe ser compartida entre particulares y Estado, tal como indicaremos a continuación.

En efecto, tratándose de actividades caracterizadas por perseguir un interés general, a nuestro entender, deben regirse por el denominado “deber de contribución” consagrado en el artículo 1 inc.4° de la Carta en los siguientes términos: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir”*.

En este sentido, estimamos, que el contenido de tal deber de contribución se caracteriza por recoger dos premisas fundamentales para efectos del presente trabajo hermenéutico, a saber, la primera, consistente en que el Constituyente le impone al Estado un deber positivo de actuación, especificado en el término “contribuir”, y la segunda, que aquello implica que el Estado debe realizar una actividad en conjunto a otro ente, en este caso, en colaboración con un particular.

En este orden de ideas, creemos que el denominado deber de contribución recogido en la Constitución, consagra el principio de solidaridad, el cual comprende un deber de “ayuda recíproca” que recae sobre el Estado y los privados en el desarrollo de actividades que representen el interés general de la sociedad, ya que en una sociedad democrática la concreción del bien común es una responsabilidad compartida entre todos los elementos que la integran. De esta manera, el principio de solidaridad en tanto deber de ayuda recíproca, nos permite configurar un nuevo criterio regulador de la convivencia social, consistente en la “colaboración pública privada en la realización de actividades de interés general” que permita alcanzar a la sociedad el anhelado bien común.

Resulta interesante advertir, que mediante el desarrollo de dicha colaboración pública privada fundada en el principio de solidaridad, se logra superar la principal consecuencia negativa que trae consigo la aplicación de la interpretación hegemónica del principio de subsidiaridad, consistente en la exclusión del Estado de aquellas actividades socialmente relevantes realizadas por particulares, por cuanto, con este nuevo parámetro de colaboración, ni la actividad del Estado ni la del privado, quedan excluidas a priori, sino por el contrario, se debe propender a su complementación.

Es así, como la actuación del Estado dentro de dicho parámetro de colaboración, ha de ser, por un lado, de carácter “permanente”, porque si bien la colaboración de los privados en actividades de interés general es constitucionalmente deseable, aquello constituye propiamente tal un ideal a conseguir, de manera que en ningún caso la existencia de colaboración de un privado constituye un requisito sine qua non para que

el Estado pueda realizar por sí mismo una actividad de interés general, cuestión, que no obsta a que en la medida en que exista un privado interesado en colaborar lo efectúe posteriormente, y por otro, de carácter “general”, por cuanto el mandato de actuación otorgado por el constituyente comprende toda actividad caracterizada por la búsqueda de un interés general.

Ahora bien, otra cuestión interesante de destacar, consiste en que la utilización del nuevo parámetro de colaboración pública privada, le permite recobrar a los poderes ejecutivo y legislativo, en tanto órganos colegisladores, la capacidad de decidir caso a caso bajo qué forma o en qué magnitud se realizará la colaboración del Estado en el desarrollo de actividades de interés general, no quedando predeterminado por el carácter subsidiario del Estado tal como lo propone la doctrina hegemónica, sino por el contrario, puede decidir democráticamente colaborar en una actividad de interés general a través de una política pública focalizada en sintonía con el Estado subsidiario mínimo, o hacerlo mediante una política pública de carácter universal que garantice una prestación social a todos los integrantes de la comunidad nacional, influyendo aquello positivamente en la revalorización de la democracia y de sus instituciones políticas a través del desarrollo constante de un debate democrático de mayor densidad y apertura destinado a decidir, conforme a las circunstancias cambiantes del país, la forma en que debe colaborar el Estado tratándose de actividades representativas de un interés general, asegurando de esta manera el carácter abierto y evolutivo que debe tener todo sistema constitucional.

De esta manera, la aplicación democrática del parámetro de colaboración pública privada, debe tener las características de “dinámico y flexible”, por cuanto la decisión de adoptar una u otra forma de colaboración por parte del Estado en una actividad de interés general debe adecuarse a las circunstancias específicas y actuales por las que atraviesa el país, superando de este modo la visión sobre la actuación del Estado mínimo subsidiario que impone la interpretación hegemónica, la que muy por el contrario, se caracteriza por ser rígida y estática, pues, entiende que la actuación pública debe obedecer al resultado de una repartición aritmética de la población, la cual en la mayoría de las veces, en desmedro del interés general, favorece injustamente los intereses de privados.

Por otro lado, es importante que dicha colaboración facilite una “complementariedad pública privada”, cuestión, que permitiría una superposición entre la colaboración que realiza un privado con la que efectúa el Estado, logrando que aquellas sean complementarias y en ningún caso auto excluyentes en cuanto a los destinatarios favorecidos con tales actuaciones se refiere. En este sentido, es perfectamente posible, que si un privado se encuentra realizando una actividad de interés general, pueda también el Estado colaborar en ella, aún cuando ambas actuaciones involucren un mismo espectro de beneficiarios.

De esta manera, por ejemplo, tratándose de la educación como una actividad de interés general, el hecho de que privados puedan colaborar en la prestación del derecho a la educación a través de establecimientos que ofrezcan un proyecto educativo diverso para quienes lo puedan pagar, nada impide, a diferencia de lo planteado por la doctrina hegemónica, que el Estado también colabore en la satisfacción del derecho a la educación ofreciendo a tales personas un proyecto educativo público alternativo, de manera que se supera la prohibición que en virtud de la actual interpretación del principio de subsidiariedad recae sobre el Estado en el sentido de que sólo debe desplegar su actuación respecto de aquellos que por distintas circunstancias no pueden acceder a un establecimiento educacional privado, de manera que el Estado podría desplegar una política universal que garantice el derecho a la educación a todos los integrantes de la comunidad nacional, sobre todo si aquello contribuye a obtener una mayor satisfacción de dicho derecho.

Lo anterior, nos permite desterrar una especie de mito que habita en el sentido común de la población, consistente en que por el hecho de permitir que el Estado actúe en una actividad de interés general necesariamente se verá restringida la libertad de los particulares, temiendo una especie de estatización de la vida, conclusión, totalmente errada, por cuanto, por ejemplo, en nuestro caso hipotético, los privados siempre conservarán su libertad, primero, para realizar por su propia cuenta y de acuerdo a su propio ideario proyectos educativos de carácter particular, y segundo, para decidir si lo conveniente de acuerdo a sus creencias o sistema valorativo es educarse en un establecimiento educacional privado o público, autonomía que en nada se ve afectada o disminuida por el solo hecho de que el Estado también pueda colaborar en materia educacional.

A mayor abundamiento, podemos señalar que no es solamente factible que el Estado colabore en una actividad de interés general a través del desarrollo de una política pública universal, tal como lo hemos ejemplificado con el caso de la educación, sino que también es deseable que aquello ocurra en atención a lo dispuesto por el propio constituyente, por un lado, en el artículo 1 inc. 4º, donde dispone que “El Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, y por otro, en el artículo 1 inc. 5º, donde se indica que es deber del Estado también “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidad en la vida nacional”, cuestión última, que no solamente se limita a asegurar la igualdad de todos ante la ley, sino que también requiere una actuación del Estado para lograr en el hecho una efectiva igualdad de oportunidades entre todos.

En este sentido, resulta interesante de advertir que la Constitución ha reconocido la validez de la actuación del Estado a través de una política pública universal en dos materias de claro interés general que consagran importantes derechos sociales en nuestro país, cuestión que demuestra la validez de nuestro planteamiento interpretativo, en efecto, nos referimos al derecho a la seguridad social y al derecho a la protección de la salud.

Respecto al derecho a la seguridad social, el Constituyente en su artículo 19 n° 18, ha señalado que “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de *todos* los habitantes al goce de *prestaciones básicas uniformes*”, cuestión que implica, que la colaboración del Estado en dicha actividad de interés general ha de ser de carácter universal por cuanto debe estar dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de ciertas prestaciones sociales, que se caracterizan por constituir un mínimo igualitario para todos los individuos.

Cuestión que se encuentra en perfecta armonía con los principios contemporáneos del derecho de la seguridad social, tal como lo indica el Tribunal Constitucional, “la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva; ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva; y iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia”<sup>100</sup>.

Por otro lado, el Constituyente en el artículo 19 n° 9, ha consagrado el derecho a la protección de la salud en los siguientes términos: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, de manera que a través de una política pública de carácter universal respecto de una materia de claro interés general, el Estado, recogiendo la idea de liberalismo igualitario, colabora garantizando a todos un mínimo sanitario decente.

En otro orden de cosas, a nuestro entender, la colaboración que efectúa el Estado en el desarrollo de una actividad de interés general conforme el principio de solidaridad, encuentra su fundamento normativo, en tres principios esenciales de nuestra Constitución, a saber, el principio de la dignidad humana, el principio de la servicialidad del Estado y, por último, el principio del bien común. En efecto, la Carta Fundamental, dispone en su artículo 1 inc. 1 y 4 respectivamente, que “las personas nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos”, y que “el Estado está al *servicio* de la persona humana y su finalidad es promover el *bien común*”.

De esta manera, respecto del principio de la dignidad humana, se ha dicho que dicha cualidad de la persona está dada por “la calidad intrínseca y distintiva reconocida en cada ser humano que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable”<sup>101</sup>, principio que a nuestro entender, debe propender al mejoramiento material de la vida de los individuos, otorgando “protección al ser

---

<sup>100</sup> STC n° 1710 de 2010.

<sup>101</sup> INGO WOLEGANC, Starlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Séptima edición revisada y actualizada, Livraria do dvogado Editora, Porto Alegre, 2009, p.67.



humano en su integridad, incluyendo su vida, su integridad física y psíquica, su libertad, su seguridad y su desarrollo”<sup>102</sup>.

Por otro lado, en lo relativo al principio de servicialidad del Estado, podemos indicar que su importancia para efectos del presente trabajo, radica en reafirmar dos premisas meridianamente centrales de nuestra propuesta interpretativa: por un lado, el reconocimiento de que es la persona humana el ente más importante al interior de la sociedad, y por otro, el destacar el carácter instrumental del Estado, en tanto organización jurídica de una sociedad políticamente organizada, que sirve de medio a la sociedad para alcanzar la concreción efectiva del bien común.

Finalmente, el último principio que fundamenta la colaboración del Estado en actividades de interés general, consiste en el del bien común, el cual, en términos del constituyente, se trata de la finalidad propia del Estado.

En este sentido, es importante destacar que la expresión “promover” utilizada por el constituyente, alude a la necesidad de que el Estado tome la iniciativa para la realización o logro del bien común, cuestión, que a nuestro juicio, valida lo que hemos estado diciendo, en orden a reconocer el deber positivo de actuación que le compete al Estado conforme el reconocimiento constitucional del principio de solidaridad. Por último, es deseable destacar la vinculación directa que en nuestra consideración existe entre el desarrollo de actividades de interés general y la concreción del bien común, el cual, si bien comprende también el interés de cada individuo reflejado en la realización de las actividades que en un comienzo caracterizamos por obedecer a un interés estrictamente privado, a nuestro juicio está representado más propiamente con la idea de un interés general, compartido por toda la comunidad, en tanto representa el interés de todos de que se desarrollen al interior de la sociedad aquellas actividades que permiten asegurar el máximo desarrollo de todos los habitantes de la comunidad nacional, y que por otro lado, es distinto a la simple suma de todos los intereses privados.

Finalmente, en otro orden de ideas, resulta necesario desvirtuar la hipótesis planteada por quienes adhieren a la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, en el sentido de asimilar la actividad de servicio público, mediante la cual se concretizan materialmente los derechos sociales garantizados por el constituyente, con la actividad empresarial del Estado<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> STEWARD, Rébecca, *Los derechos económicos, sociales y culturales y el Derecho internacional: breve recuento de lecciones aprendidas*. En AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (coordinador) *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2012, p. 96.

<sup>103</sup> A este respecto véase: ROBERTO GUERRERO, *La Constitución Económica*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, 179, p. 88; HUIDOBRO SALAS, Ramón, El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la comisión de estudios de la nueva constitución, en *Revista de Derecho Público* Universidad de Chile, 43-44, 1988, p. 100; SOTO KLOSS, Eduardo y REYES ROMÁN, Germán, *régimen jurídico de la administración del Estado*, editorial jurídica de Chile, Santiago, 190, p. 24.

Para estos efectos, seguiremos a Garretón y Pardow<sup>104</sup>, quienes proponen cinco criterios de distinción entre servicios públicos y empresas públicas, o en otras palabras, entre actividad de servicio y actividad empresarial.

Un primer criterio de distinción lo encontramos en su distinto *origen*, así por un lado, para crear servicios públicos solo se requiere de una ley ordinaria, comprendida dentro de la reserva legal simple, siendo además de iniciativa exclusiva del Presidente de la República conforme al artículo 65 inc. 4 n° 1 de la Constitución, mientras que para crear empresas públicas, se requiere de una ley de quórum calificado, quedando comprendida en la reserva legal calificada, conforme lo dispuesto en el artículo 19 n° 21 de la Carta.

En este sentido, en nuestra apreciación, el hecho de que la Constitución exija solamente una ley ordinaria para permitir que el Estado desarrolle actividades de servicios, demuestra que para el constituyente la prestación de servicios sociales forma parte del giro común u ordinario de la actividad del Estado, pues, en caso contrario, de considerar a aquella como una actividad de carácter restringida, hubiera exigido un mayor consenso democrático al momento de decidir sobre su desarrollo, tal como ocurre por ejemplo, con la decisión de crear empresas públicas, que, como hemos indicado, queda sometida a la aprobación de una ley de quórum calificado.

Un segundo criterio distintivo, consiste en la *finalidad* de uno y otro, así, en lo que respecta a los servicios públicos aquella consiste en satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua, cuestión recogida por la Ley orgánica constitucional de bases de la administración del Estado, la que en su artículo 28, señala que los servicios públicos están encargados de “satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. En cambio, la finalidad de las empresas públicas consiste en realizar actividades económicas que permitan generar ingresos públicos al fisco, siendo por lo tanto, a nuestro entender, el ánimo de recibir una retribución económica a cambio, es decir, un ánimo de lucro, el elemento distintivo más claro entre ambas actividades, toda vez que uno de los principios que informa el desarrollo de los servicios públicos en la actualidad, es justamente, el de gratuidad en su acceso.

En tercer lugar, en cuanto a su *régimen jurídico*, ambas actividades se diferencian, por cuanto, el desarrollo de servicios públicos o de actividades de servicio se encuentra regido por el Derecho público, en cambio, la realización de actividades empresariales a través de empresas públicas se rige por el Derecho común, tal como lo dispone de manera expresa la Constitución en el artículo 19 n° 21 inc. 3, donde dispone que “tales actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares”, dejando a salvo la posibilidad de regirse por el Derecho público, solo para casos excepcionales, donde también se requerirá ley de quórum calificado que lo autorice.

---

<sup>104</sup> VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo. PARDOW LORENZO, Diego, *derribando mitos sobre el Estado empresario*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 1, 2008, pp. 142 y 143.

En relación directa con el punto anterior, en cuarto lugar, encontramos otro criterio de distinción consistente en la existencia o no de *poderes jurídicos*, toda vez, que los servicios públicos, por el hecho de regirse por un régimen público, se encuentran investidos de potestades públicas exorbitantes de diversa índole, en cambio, las empresas públicas que realizan actividades empresariales, por someterse a un régimen privado, carecen de dichos poderes jurídicos.

Por último, en quinto lugar, también existe una diferencia entre ambos respecto a su *organización*, por cuanto, los servicios públicos se organizan jerárquicamente a través de la conducción de un Director del servicio público respectivo, mientras que las empresas públicas, en el desarrollo de sus actividades empresariales utilizan idéntica estructura, en cuanto a gobiernos corporativos se trata, que las empresas privadas.

De esta manera, a nuestro entender, tales criterios nos permiten restarle validez al argumento defendido por la doctrina hegemónica, quedando meridianamente demostrado que no es posible asimilar, sometiéndolas a un mismo régimen jurídico, a la denominada actividad de servicio del Estado desarrollada vía servicios públicos, con la actividad empresarial del mismo realizada por empresas públicas.

En síntesis, para concluir la presente propuesta interpretativa, podemos señalar que la colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general en cuanto expresión del principio de solidaridad, que se caracteriza tal como lo indicamos en su oportunidad, por ser dinámica, flexible y no excluyente, en el sentido de que permite la concreción de una política pública universal, desde el punto de vista del Estado, y en lo relativo específicamente al aseguramiento y prestación de derechos sociales, debe desplegarse en la práctica necesariamente a través de una política pública universal llevada a la práctica mediante la figura del servicio público de *acceso gratuito* y regido por el Derecho público.

#### 4. Compatibilidad entre la propuesta interpretativa de consagración del principio de solidaridad y los Derechos Sociales:

Una última cuestión que nos queda por abordar, refiere a la necesidad de comprobar la compatibilidad que existe entre la propuesta interpretativa de reconocimiento del principio de solidaridad a nivel constitucional, en los términos en que se expuso en el apartado anterior, y los denominados derechos sociales, entendiendo por aquellos, “una subcategoría dentro de los derechos fundamentales que persiguen la satisfacción de las necesidades elementales de las personas en ámbitos como la salud, trabajo, vivienda o la educación, o todas aquellas exigencias referidas a la justicia social”<sup>105</sup>.

Para tal propósito, demostraremos que el núcleo central de nuestra propuesta, consistente en reconocer un deber positivo de actuación del Estado materializado en el nuevo parámetro de colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general al interior de la sociedad, es coincidente con la fundamentación de los derechos sociales, en cuanto a su contenido y sujeto pasivo, sostenida tanto por, i) la doctrina contemporánea; ii) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y iii) Sentencias del Tribunal Constitucional Chileno.

En primer lugar, en cuanto al sujeto pasivo de los derechos sociales, los autores coinciden en que el principal obligado sería la sociedad, representada por el Estado. Lo anterior encontraría su fundamento normativo en el artículo 5 inc. 2° de nuestra Constitución, que dispone que “*es deber de los órganos del Estado*” respetar y promover los derechos fundamentales. Sin embargo, como hemos propuesto una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general, dentro de las cuales se encuentra la prestación de los derechos sociales, debemos reconocer también a los particulares como posibles sujetos pasivos, de manera que cabe admitir en la materia, la aplicación de la denominada doctrina del efecto horizontal de los derechos, fundamentada en nuestro medio, a partir de lo dispuesto en el artículo 6 inc. 2° de Carta, en tanto dispone que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como *a toda persona*, institución o grupo”.

Por otro lado, en lo relativo al contenido de los derechos sociales, algunos autores como Alexy, enmarcan a estos dentro de los llamados derechos a prestaciones en sentido estricto, señalando que “este tipo de prestaciones estaría situado dentro de los llamados derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio, las que se descomponen en derechos a organización y procedimiento; derechos a protección y derechos a prestaciones propiamente tales, o en sentido estricto”<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> PISARELLO PRADOS, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías...* op. cit., p.11.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Tratado de Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.149.

Dicho carácter prestacional que le cabe a los derechos sociales, ha sido también sostenido por Holmes y Sunstein, quienes han señalado que “todos los derechos fundamentales, independiente de su categoría, tienen una dimensión subjetiva como una dimensión objetiva, siendo el elemento prestacional parte de la dimensión subjetiva”<sup>107</sup>.

Si bien, pareciera existir cierto consenso en la doctrina en orden a atribuirle a los derechos sociales el carácter de derecho prestacional, no existe acuerdo, en torno a la cuestión de si es posible o no determinar con precisión cuál es el contenido obligacional específico de tales derechos fundamentales, de manera que sobre dicho punto coexisten distintas visiones.

De esta manera, por ejemplo, tenemos a autores como Nogueira, que plantean que dicho contenido obligacional en materia de derechos sociales, “estaría integrado de obligaciones de conducta, por un lado, y de obligaciones de resultado, por otro. Las obligaciones de *conducta*, tanto activa como pasiva, implican un cierto comportamiento a realizar por el Estado parte, y todos sus órganos y autoridades, consistente en realizar determinadas acciones o abstenerse de otras. Por otro lado, las obligaciones de *resultado* dicen relación con el cumplimiento de determinados objetivos que aseguren la realización del contenido específico de cada derecho”<sup>108</sup>.

En cambio, otros como Ansuátegui, estiman que dicho contenido obligacional estaría integrado por “obligaciones estatales de *respeto*, de *protección* y de *promoción*. Las obligaciones de respeto consisten básicamente en obligaciones de abstención, de no afectar con sus acciones el contenido de los derechos sociales; las obligaciones de protección son aquellas que buscan evitar que terceros puedan afectar, por acción u omisión, los derechos sociales de otros; y, finalmente, las obligaciones de promoción son aquellas que exigen realizar todas las acciones positivas para remover obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impidan el goce efectivo de los derechos”<sup>109</sup>.

En este sentido, a pesar de que no exista consenso en la doctrina contemporánea, en torno a determinar con precisión cuál es el contenido obligacional específico de los derechos sociales entendidos como derechos de prestación, estimamos que no obstante aquella realidad, lo relevante para efectos del presente trabajo, consiste en concluir que todas las propuestas sobre la materia se construyen desde un premisa común, que consiste en la afirmación de que el Estado tiene un deber positivo de actuación en materia de derechos sociales.

---

<sup>107</sup> HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 12.

<sup>108</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*. En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coordinador) *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú*. Librotecnia, Santiago, 2010, p. 23.

<sup>109</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco, *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*. En RIBOTTA, Silvina y ROSSETTI, Andrés (editores): *Los derechos sociales en el Siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p.20.

En segundo lugar, respecto al fundamento de los derechos sociales en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, debemos partir indicando, que por aquél entendemos “un conjunto coherente de principios, normas y estándares relativos a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, inherentes a la persona, que se caracterizan por su *universalidad, indivisibilidad e interdependencia*”<sup>110</sup>, “constituyendo un piso mínimo para garantizar la dignidad, libertad, seguridad y derechos de los individuos y grupos”<sup>111</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo de los derechos sociales, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, no cabe duda de que tal calidad le corresponde exclusivamente al Estado. Lo anterior se debe a que en el ámbito internacional quien suscribe los distintos instrumentos internacionales sobre materia de derechos sociales es el correspondiente Estado parte, por lo que le corresponderá a él asumir las obligaciones contraídas en dichos pactos. De esta manera, los principales tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Chile que le imponen distintas obligaciones en materia de derechos sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 5 inc. 2° de la Carta Política, son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración universal de derechos humanos, y por último, la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.

Por otro lado, en cuanto al contenido obligacional de los derechos sociales, podemos advertir que el Estado de Chile, mediante el principal instrumento internacional sobre la materia, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2, “*se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”.

A mayor abundamiento, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, se han creado dos principios de gran importancia que deben ser observados por los Estados partes al momento de dar cumplimiento al contenido de los derechos sociales, estos son, por un lado, el principio de progresividad, y por otro, el principio de no regresividad.

En este orden de ideas, el principio de progresividad, alude al hecho de que el Estado se obliga a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos sociales, es decir, a partir del reconocimiento de que en la generalidad de los casos los recursos monetarios con los que cuenta un Estado no son suficientes para garantizar la plena satisfacción de los derechos sociales a toda la población, se establece que dicha obligación debe ser cumplida por los Estados partes de manera progresiva en el tiempo. De manera que el sentido de dicho principio consiste en reconocer las diversas realidades socio

---

<sup>110</sup> STEWART, Rébecca, *Los derechos económicos...* op. cit., p.19.

<sup>111</sup> *Ibíd*, p.19.

económicas de los Estados parte, de manera que en ningún caso la escasez de recursos monetarios por parte del Estado constituirá una razón suficiente para alegar el incumplimiento de una obligación internacional, tal como lo señala Leinberg, “no es suficiente que el Estado simplemente invoque la falta de recursos como excusa para justificar un incumplimiento de sus obligaciones en materia de Derechos sociales”

Por otro lado, el principio de no regresividad, “exige a los operadores jurídicos un estricto escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente cuando situaciones de crisis económicas y sociales disminuyen el ámbito de atributos que contiene el derecho, ya sea en cantidad o calidad, o garantizan en menor medida los derechos fundamentales que lo que ya contemplaba el ordenamiento jurídico”<sup>112</sup>, cuestión de especial relevancia tratándose de los grupos más vulnerables de la población.

Por último, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de especial relevancia en el establecimiento de directrices para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes en materia de derechos sociales, ha consagrado en su Observación general n° 3 del año 1990, “la obligación de los Estados parte de asegurar la satisfacción de los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos”<sup>113</sup>, para lo cual se considerarán “la existencia de factores determinantes para la aplicación de cada derecho, como la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad, la calidad, la adaptabilidad y la idoneidad”<sup>114</sup>.

Nos parece especialmente relevante que dicho órgano imponga a los Estados la obligación de asegurar la satisfacción de ciertos niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos sociales consagrados en los instrumentos internacionales a que hemos hecho mención, por cuanto, por un lado, permite fortalecer la obligación que asumen los Estados parte en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, consistente en adoptar las medidas que estimen necesarias, asimilándola a la obligación de asegurar propia de los tratados internacionales sobre derechos civiles y políticos, y por otro, intensifica en mayor grado la compatibilidad entre nuestra propuesta de consagración a nivel constitucional del principio de solidaridad, con el deber positivo de actuación que le cabe al Estado en materia de derechos sociales conforme al Derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, en lo relativo al sujeto pasivo en materia de derechos sociales, el Tribunal Constitucional de Chile, en sus más recientes sentencias sobre la materia, ha reconocido tal calidad tanto al Estado como a los particulares, situación compatible con el parámetro propuesto de una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general.

---

<sup>112</sup> *Ibíd*, p.53.

<sup>113</sup> *Ibíd*, p.24.

<sup>114</sup> *Ibíd*, p.25.

En este sentido, el tribunal en el denominado caso “Isapres”<sup>115</sup>, referido a la efectiva protección del derecho social a la protección de la salud, ha señalado que “el derecho a la protección de la salud involucra *conductas activas* de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”, cuestión interesante de destacar por cuanto le atribuye a los derechos sociales una importante función de atribución de legitimidad sustantiva al sistema constitucional contemporáneo.

Por otro lado, tal como lo propusimos anteriormente, para el tribunal la *dignidad humana* y el *bien común* representan los fundamentos de la colaboración pública privada en la satisfacción del derecho social a la protección de la salud, señalando que “no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos constitucionales a la *dignidad de la persona humana*, sino que esa obligación recae también en los particulares”<sup>116</sup>, indicando que las instituciones privadas, “tienen asegurados sus derechos en la Constitución, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al *bien común*, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud”<sup>117</sup>.

A mayor abundamiento, en lo relativo a la dignidad de la persona humana, el órgano jurisdiccional ha señalado que “de la *dignidad* que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre aquellos atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia”<sup>118</sup>, cuestión, que en concepto del tribunal limitaría la libertad contractual de que gozan los particulares, señalando que “las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en los términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19 n° 9 de la Constitución”<sup>119</sup>.

En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional en lo referido al contenido de los derechos sociales, ha señalado que éstos “son tales (es decir, derechos) y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”, cuestión que constituye el mayor aporte efectuado por el tribunal en dicha materia, por cuanto, al reconocerles la calidad de derechos supera la antigua opinión mayoritaria en

---

<sup>115</sup> STC Rol N° 976 de 2008, considerando 29. En el mismo sentido, respecto del derecho a la seguridad social, véase, STC N°s 1.218 y 1.287 de 2008, en el considerando 23 de ambas sentencias.

<sup>116</sup> *Ibíd*, considerando 34.

<sup>117</sup> *Ibíd*, considerando 37.

<sup>118</sup> *Ibíd*, considerando 23.

<sup>119</sup> *Ibíd*, considerando 34.



nuestro medio que los consideraba sólo como normas programáticas representativas de meras expectativas sociales.

A mayor abundamiento, se reconoce por parte de dicho órgano jurisdiccional el carácter de derecho prestacional que le cabe a los derechos sociales, disponiendo que en ellos “el núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos”<sup>120</sup>, derechos de prestaciones que deben “garantizar *el acceso de todos* los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas”<sup>121</sup>, reconociendo la necesidad de que la colaboración que preste el Estado en materia de derechos sociales se concrete mediante políticas públicas universales desplegadas a través de la figura del servicio público.

Por último, el tribunal al señalar que “los derechos de segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”, afirma, en consideración a lo dispuesto por el artículo 6° de la Constitución, “la supremacía formal y material de los valores, principios y normas y su vinculación general a todo órgano, persona, institución o grupo”<sup>122</sup>, “de suerte que aunque es necesario el desarrollo legislativo de tales derechos, habrá siempre un *núcleo esencial* indisponible para el legislador”<sup>123</sup>, de manera que poner en duda la practicabilidad de los derechos sociales, por la circunstancia de no disponer de los recursos financieros necesarios, “es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiéndose así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”<sup>124</sup>.

En definitiva, en consideración a lo expuesto anteriormente, podemos concluir con absoluta certeza la compatibilidad de los fundamentos de nuestra propuesta interpretativa de consagración del principio de solidaridad en nuestra Constitución, con los de las sentencias del tribunal constitucional en materia de derechos sociales, cuestión, que se une a la compatibilidad ya demostrada tanto con los de la doctrina contemporánea como con los del Derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>120</sup> *Ibíd*, considerando 26.

<sup>121</sup> *Ibíd*, considerando 24.

<sup>122</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Jurisprudencia del tribunal constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales*, En Revista de derecho público de la Universidad de Chile, n° 63, 2000 p.96.

<sup>123</sup> *Ibíd*, p. 96.

<sup>124</sup> STC N° 976 de 2008, considerando 28.

## **Conclusiones.**

1. En nuestro país a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se fue construyendo un consenso entre los distintos actores políticos partícipes de nuestra institucionalidad democrática, sobre la necesidad y conveniencia de que el Estado de Chile asumiera un rol “subsidiario” en el desarrollo de actividades de interés general relevantes para la concreción del bien común. Dicho acuerdo, ha quedado plasmado en la que hemos denominado interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, construida en un primer momento, por los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, y defendida luego, una vez recuperada la democracia, con gran éxito por la mayoría de los autores de nuestra doctrina nacional, a tal punto que en la actualidad dicho carácter subsidiario del Estado es uno más de los distintos elementos que configuran la actual hegemonía cultural del país.

2. Dicha interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, se construye a partir de un conjunto de encíclicas papales que integran lo que se ha denominado como la Doctrina Social de la Iglesia Católica, la cual erigiéndose como una alternativa al liberalismo y totalitarismo imperante en la Europa del siglo XX, exalta los principios de la autonomía y dignidad de la persona humana, postulando como máxima irrefutable, que no es lícito que las sociedades mayores realicen aquellas actividades socialmente relevantes que las menores pueden desarrollar de manera autónoma, concluyendo la necesidad de que exista en toda sociedad un Estado de carácter subsidiario, en tanto aquél representa a la sociedad mayor por antonomasia. A partir de dicho planteamiento, se ha extrapolado la misma conclusión a nuestro medio nacional, consagrando de esta manera una interpretación del principio de subsidiariedad que se caracteriza por limitar la actuación del Estado únicamente a aquellas actividades que los particulares no pueden o no quieren realizar, construyendo de este modo un Estado abstencionista a quien le es prohibido asumir una actuación directa en aquellas materias que representan un interés general para la sociedad.

3. Sin embargo, tal interpretación hegemónica, se ha construido a partir de una lectura parcialmente interesada de las encíclicas que constituyen la Doctrina Social de la Iglesia Católica, toda vez que únicamente considera al principio de subsidiariedad en su vertiente negativa, que es aquella que plantea un Estado subsidiario con competencia limitada para desarrollar solamente aquellas actividades desechadas por los particulares, no recogiendo la vertiente positiva de dicho principio, concretizada en la Doctrina del Magisterio Católico, en el denominado principio de solidaridad, y que enfatiza la necesidad de una actuación directa por parte del Estado garantizando un mínimo esencial en la satisfacción de los derechos conforme la exigencia de observar el principio de dignidad de la persona humana.

4. A pesar de lo anterior, los autores que adhieren a la interpretación hegemónica, procediendo a través de una interpretación originalista de la Constitución, ciñéndose casi como un dogma de fe a la intención expresada por los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, han sostenido el reconocimiento del principio de subsidiariedad en su vertiente negativa en nuestra actual Carta Política, fundando tal consagración en la vinculación entre los artículos 1 inc. 3° y 19 n° 21 de la Constitución, quedando establecido a nivel constitucional el carácter subsidiario del Estado de Chile, cuyas actuaciones necesariamente deben ser excepcionales y temporales, haciendo aplicable tal situación a cualquier actividad de la vida social regulada por el constituyente, desconociendo de esta manera, que su elaboración obedeció única y exclusivamente a la necesidad de revertir la dominación del Estado en la economía nacional a fines de la década del 80, y de impedir a perpetuidad, el retorno a un economía centralizada y socialista.

5. Por tal razón, la interpretación hegemónica, constituye un caso de petrificación constitucional, por cuanto su aplicación en la actualidad en un contexto nacional profundamente distinto al que justificó la elaboración de tal propuesta, caracterizado por un lado, por la concentración de los medios de producción de la economía en manos de privados, y por otro, por la constante demanda de la ciudadanía por desplegar una mayor actuación del Estado en materias de derechos sociales, principalmente en materia de educación y salud, significa perpetuar determinados valores e ideas dominantes al momento de la elaboración de la Constitución, pero totalmente desconectadas con la actual realidad política constitucional por la que atraviesa nuestro país.

6. Debido a lo anterior, la interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad imperante en nuestro medio, es incompatible con la consagración y satisfacción efectiva de los denominados derechos sociales de carácter universal en nuestra Constitución tal como se demanda en la actualidad por parte de la ciudadanía, cuestión que nos obliga a proponer un nuevo criterio que regule la actuación de los distintos elementos integrantes de nuestra sociedad, y que en definitiva, permita al Estado actuar conforme lo requieren las actuales circunstancias sociales imperantes en nuestro país.

7. Para lograr dicho objetivo, estimamos necesario comprender que el denominado deber de contribución recogido en la Constitución consagra un principio de solidaridad, el cual comprende un deber de “ayuda recíproca” que recae sobre el Estado y los privados en el desarrollo de actividades que representen el interés general de la sociedad, puesto que en una sociedad democrática la concreción del bien común es una responsabilidad compartida entre todos los elementos que la integran. De esta manera, el principio de solidaridad en tanto deber de ayuda recíproca, nos permite configurar un nuevo criterio regulador de la convivencia social, consistente en la “colaboración pública privada en la realización de actividades de interés general” que permita alcanzar a la sociedad el anhelado bien común.

8. Dicho principio de solidaridad, expresado en una colaboración pública privada en el desarrollo de actividades de interés general, permite superar la actual interpretación hegemónica del principio de subsidiariedad, particularmente en lo referido a la exclusión del Estado de aquellas actividades socialmente relevantes realizadas por privados, por cuanto, conforme al principio de solidaridad, ni la actividad del Estado ni la de los privados quedan excluidas a priori, sino que por el contrario, se debe propender a su complementación. Es por esta razón, que dicha colaboración ha de ser por un lado, flexible y dinámica, en tanto permita adecuar la colaboración del Estado de acuerdo a las necesidades actuales del país, y por otro, complementaria o no excluyente, en el sentido de permitir que la colaboración del Estado en una materia de interés general pueda abarcar el público comprendido por la colaboración de los privados en la misma materia, permitiendo de este modo el desarrollo de políticas públicas de carácter universal, sobre todo cuando aquello involucra la satisfacción de derechos sociales.

9. Dicha propuesta, permitirá además revitalizar las instituciones democráticas de nuestro país, otorgando mayor importancia y densidad al debate democrático, por cuanto, los poderes ejecutivo y legislativo, en tanto órganos colegisladores, podrán decidir caso a caso cual constituye la colaboración más eficiente que puede prestar el Estado según las necesidades del país y las características propias de la actividad a desarrollar, pudiendo de esta manera, actuar colaborando a través de una política pública focalizada bajo la lógica de subsidios estatales, o bien, mediante una política pública universal, especialmente destinada al aseguramiento para toda la población de los denominados derechos sociales a través de la figura del servicio público que se caracteriza por la gratuidad en su acceso.

10. Por último, el núcleo central de nuestra propuesta interpretativa, a saber, la necesidad de configurar un nuevo parámetro de regulación de la vida social a través de una colaboración pública privada en la concreción de actividades que representen el interés general de la sociedad mediante el reconocimiento a nivel constitucional del principio de solidaridad, es compatible con el fundamento expresado en materia de derechos sociales, tanto por, la doctrina contemporánea, el Derecho internacional de los derechos humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, cuestión que demuestra la validez de nuestra propuesta, siendo por tanto, perfectamente posible de aplicar a la nueva realidad material del país.

## BIBLIOGRAFÍA

### ARTÍCULOS DE REVISTAS:

- AIMONE GIBSON, Enrique, *Subsidiariedad y planificación*, en *Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile*, 44-45 (1979), pp. 39-49.
- ASTORGA SEPÚLVEDA, Cristóbal, *Las raíces escolásticas del principio de subsidiariedad*, en *Revista de Derecho y Humanidades*, 12 (2000), pp. 251-262.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, *El Estado empresario en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 14 (1987) 1, pp. 115-120.
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Visión académica de la Constitución Económica de 1980*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 62 (2000), pp. 88-95.
- CELIS DANZINGER, Gabriel, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación Constitucional*, en *Revista del Magister y Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile*, 1 (2007), pp. 43-74.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Subsidiariedad y Estado empresario (Análisis Crítico de la jurisprudencia Más Relevante)*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 66 (2004), pp. 251-255.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio, *El bien común en el ejercicio de algunos derechos fundamentales*, en *Revista Chilena del Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 28 (2001) 2, pp. 227-
- FARÍAS KANACRI, Alejandro, *El derecho a desarrollar actividades económicas y su regulación*, en *Persona y Sociedad de la Universidad Alberto Hurtado*, 14 (2000) 3, pp. 157-165.
- GUERRERO BECAR, José Luis, *La Libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 N° 21 y la Constitución Económica*, en *Persona y Sociedad de la Universidad Albert Hurtado*, 14 (2000) 3, pp.141-145.
- GUERRERO BECAR, José Luis, *Regulación Constitucional del orden económico: La experiencia chilena: Constitución Política de la República de 1980* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1991), p. 214.
- GUERRERO DEL RÍO, Roberto, *La Constitución Económica*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 6 (1979) 1-4, pp. 83-88.

- HUIDOBRO SALAS, Ramón, *El derecho a desarrollar cualquier actividad económica en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 43-44 (1988), pp. 98-116.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín, *La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 33 (2009) 2, pp. 398-402.
- Massini Correas, Carlos Ignacio, *Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 39-40 (1986), pp. 51-58
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Marco Constitucional del Estado Empresario: una concreción del principio de subsidiariedad*, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Edeval, 1999), I, pp. 368-373.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique: *La libertad económica y su protección*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 28 (2001) 2, pp. 299-301.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo, *Acción interventora económica de la Administración y principio de subsidiariedad*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 39-40 (1986), pp. 317-320.
- RIVEROS REYES, Jorge, *Los principios aplicables respecto del papel institucional del Estado frente a los derechos y deberes de las personas*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 57-58 (1995), pp. 147-155.
- RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *Principios Constitucionales del Estado Empresario*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 62 (2000), pp. 54-57.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 39-40 (1986), pp.59-71.
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, *Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 19 (1992) 3, pp. 532-535.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, 39-40 (1986), pp.33-49.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *La actividad económica en la Constitución*, en *Ius Publicum de la Universidad Santo Tomás*, 2 (1999), p.119- 125.

- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo - PARDOW LORENZO, Diego, *Derribando mitos sobre el Estado Empresario*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 35 (2008) 1, pp.135-156
- VARELA DEL SOLAR, Jorge, *Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 16 (1989) 2, pp. 379-385.
- YRARRÁZABAL COVARRUBIAS, Arturo, *Principios Económicos de la Constitución de 1980*, en *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 14 (1987) 1, pp. 97-112
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, *El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria*, en *Estudios Constitucionales*, 9 (2011) 1, pp. 37-64.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Constitución Económica y Estado empresario*, en *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, Santiago, 63 (2000) 1, pp. 339-342.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Derechos económicos, sociales y culturales: Naturaleza y justiciabilidad. Elementos para una discusión*, en *XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007), pp. 100-105.

LIBROS:

- AGUILAR CARVALLO, Gonzalo, *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, (Santiago, Librotecnia, 2012)
- BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la constitución vigente y los Derechos Sociales* (Santiago, Lexis Nexis, 2008)
- CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980: Características generales, garantías constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988)
- CONTRERAS PELÁEZ, Francisco, *Derechos sociales: teoría e ideología* (Madrid, Tecnos, 1994)
- CRISTI BECKER, Renato - RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo, *La República en Chile: teoría y práctica del constitucionalismo republicano* (Santiago, LOM, 2000)
- ERAZO LATORRE, Ximena - PASTASSI, Laura - SANTOS, Antonia, *Exigibilidad y realización de derechos sociales* (Santiago, LOM, 2010)

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), II
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006)
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: regulación, tributos y propiedad* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008)
- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006)
- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Libertad de empresa y no discriminación económica: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones del Tribunal Constitucional de Chile, 2012)
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo - ACHURRA GONZÁLEZ, Marcela - DUSSAILLANT BALBONTÍN, Patricio, *Derecho Político: Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1995)
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), IV
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Libre iniciativa económica y estado social: análisis al estatuto de la libertad de empresa en la constitución Chilena* (Santiago, Legal Publishing, 2013)

SENTENCIAS:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA ROL N° 976-97, DE 26 DE JUNIO 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SENTENCIA ROL N° 1710, DE 6 AGOSTO 2010.