

digital

# O DIREITO ACTUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS NO LIMIAR DE UMA NOVA ERA

Direcção

**Rubén Miranda Gonçalves**

**Fábio da Silva Veiga**

Coordenação

**Catarina Santos Botelho**



PORTO



*O DIREITO ACTUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS  
NO LIMIAR DE UMA NOVA ERA*

© Universidade Católica Editora . Porto  
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal  
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt  
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

*Coleção* · e-book  
*Coordenação gráfica da coleção* · Olinda Martins  
*Capa* · Olinda Martins  
*Fotografia da capa* · Brandi Redd on Unsplash  
*Direção* · Rubén Miranda Gonçalves e Fábio da Silva Veiga  
*Coordenação* · Catarina Santos Botelho

Data da edição · novembro 2017  
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo  
ISBN · 978-989-8835-33-8

Todos os direitos reservados aos editores da obra. Nenhuma parte da obra poderá ser reproduzida sem o consentimento expreso dos diretores.  
Os Diretores e a Coordenadora não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores representadas nos respectivos artigos.

# LOS DERECHOS SOCIALES Y LA SOCIEDAD. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

SOCIAL RIGHTS AND CIVIL SOCIETY. THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

**Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**

Universidad de Santiago de Compostela

**Sumario: 1. Introducción; 2. Europa y el estado social: la cuestión histórica-cultural sobre la relación sociedad y pobreza; 3. El “anti-estamentarismo” de la Revolución francesa; 4. El estado social, como fruto del liberalismo; 5. El estado, como único ente obligado a la protección social de los individuos; 6. El papel de la sociedad y el constitucionalismo social; 7. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional chilena; 8. El principio de subsidiariedad en la constitución de 1980; 9. Conclusiones; Bibliografía**

## **1. Introducción**

Frecuentemente, el debate sobre la exigibilidad directa de los derechos sociales gira alrededor de un supuesto implícito, que otorga la responsabilidad del cumplimiento de este tipo de derechos de forma principal, o incluso única, al estado. Pocas veces se tiene en cuenta que la sociedad puede tener un importante papel en el logro de los objetivos propios del constitucionalismo social.

El presente trabajo, en consecuencia, busca rescatar el papel de la sociedad en el logro de los objetivos de este aspecto del constitucionalismo, y en el mismo sentido, reconocer esta cuestión no sólo como un asunto de caridad, sino como una cuestión plenamente constitucional.

## **2. Europa y el estado social: la cuestión histórica-cultural sobre la relación sociedad y pobreza**

La historia del estado social de derecho tiene sus primeros antecedentes en la historia constitucional del siglo XIX<sup>1</sup> y se desarrolla con plenitud en el siglo XX. Para nuestros efectos, resulta de interés estudiar uno de los elementos que explican la aparición de este concepto en el constitucionalismo europeo-continental. Es un hecho que, en comparación con el otro gran ejemplo del constitucionalismo occidental –el derecho constitucional norteamericano– la mentalidad constitucional europeo-continental se muestra mucho más favorable a la inclusión de deberes positivos a cargo

---

<sup>1</sup> Nos referimos en particular a la Constitución francesa de 1848, así como el primer sistema obligatorio de seguridad social (el creado por el canciller Otto von BISMARCK en la Alemania del siglo XIX). Por otro lado, también debe considerarse al *Welfare State* inglés, en el período que va desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX.

del estado. Ello sería la razón de por qué, según sostiene GLENDON, los constitucionalistas continentales posteriores a la segunda guerra mundial, de todas las tendencias políticas, suplieron las tradicionales libertades negativas con ciertas obligaciones o derechos sociales y económicos afirmativos. “Los principales partidos conservadores europeos, por ejemplo –agrega–, aceptan el subsidios de crianza de familias y la financiación de la salud, el empleo y el seguro de vejez en niveles que para la mayoría de los estadounidenses resultarían apenas creíbles”<sup>2</sup>. En el mismo sentido, CASPER constata la presencia de esta tendencia, de manera transversal, tanto en las tendencias autoritarias como en las democráticas del pensamiento político constitucional europeo, desde finales del siglo XVIII<sup>3</sup>.

Esta tendencia se debe a diversos factores. En lo que interesa a este trabajo, diversos autores apuntan a la temprana emergencia en el viejo continente de la idea de que la comunidad social es responsable de la suerte de sus miembros. Se trata, en parte, de una transposición, al estado moderno, de la noción feudal que un soberano debía cierta protección a sus dependientes, a cambio de su servicio y lealtad<sup>4</sup>. Adicionalmente, todas las formas de protección social que se conocen y practican en la actualidad pueden ser asignadas a etapas históricas específicas. Algunas de estas instituciones se remontan a la Edad Media temprana; otras –como los hospitales urbanos, fundaciones caritativas, o proyectos de vivienda social– pueden ser asignados a la época del nacimiento de las ciudades medievales, a los inicios del comercio, y la formación de las primeras grandes fortunas en los siglos XV y XVI. Unas terceras son el producto de la influencia de poderes sociales, tales como las iglesias de la época moderna y, sobre todo, el estado territorial temprano-moderno, que implementó un nuevo concepto de "trabajo", combatió la "ociosidad", y creó centros penitenciarios y casas de trabajo<sup>5</sup>. Más cerca, esta tendencia se refleja en los programas de los principales partidos políticos europeos, un gran grupo animado, sea por el pensamiento social cristiano, sea por principios socialistas o socialdemócratas<sup>6</sup>.

El sustrato cultural evidenciado en las anteriores citas explicaría, a nuestro juicio, la “naturalidad” con la que el constitucionalista europeo-continental –a diferencia de su par norteamericano– ha estimado al estado social y a los derechos sociales, no sólo como

---

<sup>2</sup> GLENDON, M.A. “Rights in twentieth-century constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), pp. 520–525. Véase también CASPER G. “Changing concepts of constitutionalism: 18th to 20th Century”, *The Supreme Court Review* 1989, p. 312. Agrega la autora que esa lista sería sorprendente para un lector norteamericano, acostumbrado a la desconfianza contra la intervención del estado en cuestiones sociales, y a la ausencia de garantías positivas en la Constitución norteamericana. El estado de bienestar norteamericano, señala, deja las pensiones, seguros y otros beneficios a la organización privada, principalmente a través de los lugares de trabajo.

<sup>3</sup> CASPER G., *op. cit.*, p. 312

<sup>4</sup> GLENDON M.A., *op. cit.*, pp. 524–525

<sup>5</sup> STOLLEIS, M., *Origins of the German welfare state. Social policy in Germany to 1945*, Springer, Berlin, New York, 2013.

<sup>6</sup> GLENDON M.A., *op. cit.*, pp. 524–525

un deber moral o político del estado, sino como parte integrante del constitucionalismo contemporáneo y, por tanto, como un deber jurídico constitucional de aquél.

Sin embargo, existe una diferencia sutil –a nuestro juicio, no siempre suficientemente estudiada– entre asignar esta responsabilidad a la sociedad, por una parte, y hacerlo al poder político, por otra. Tal vez una de las formas de apreciar esa diferencia es la comparación entre lo que sucedía en nuestra materia en el medioevo – o, más cerca, el Antiguo Régimen<sup>7</sup>–, en contraposición a lo que ocurrió a partir de la Revolución francesa.

### **3. El “anti-estamentarismo” de la Revolución francesa**

En términos muy generales, durante la Edad Media el poder político revestía en Europa un carácter “incompleto”, esto es, la incapacidad de cubrir y controlar todas las manifestaciones y conductas sociales, al centrarse sólo en ciertas áreas de lo público. El príncipe medieval

“se ocupa [sólo] de lo que necesita para mantener firmemente el poder, es decir, de la milicia, de la administración pública, de los impuestos, de la represión y coacción para el mantenimiento del orden público, pero no es el gran titiritero que pretende controlar y mover todos los hilos de las relaciones económicas”<sup>8</sup>.

Por el contrario, la misma época se caracteriza por un pluralismo social fomentado por la necesidad de asegurar la subsistencia de las personas y la protección de sus bienes, en un entorno hostil y sin poderes políticos fuertes. La existencia de diferentes agrupaciones, gremios y otros cuerpos intermedios es lo que acompañó la vida de Europa hasta el fin del Antiguo Régimen.

Sin embargo, esa pluralidad social desaparece con el proceso político iniciado con la Revolución de 1789. Esto porque este acontecimiento se guio no sólo por un ideal de libertad política –dirigido en contra del Rey absoluto<sup>9</sup>-- sino también por un fuerte componente anti-estamentario<sup>10</sup>. El afán de libertad respecto de la situación social del

---

<sup>7</sup> Como dice GROSSI P., *Europa y el derecho*, Crítica, Barcelona, 2008, el orden sociopolítico derribado por la Revolución Francesa en 1789, que en Francia se suele llamar Antiguo Régimen, “conservaba aún varias reliquias jurídicas medievales, que fueron mezclándose con muchas y cada vez más numerosas novedades”. De esta manera “un orden jurídico nuevo aparecerá neta y totalmente sólo con la gran revolución”

<sup>8</sup> GROSSI, *op. cit.*

<sup>9</sup> Algunos autores destacan cómo los revolucionarios franceses combatieron al Rey absoluto, pero no dieron término al proceso de concentración del poder que había comenzado aún antes de la Revolución francesa, que del monarca terminó siendo transferido al parlamento y, en definitiva, al estado. Véanse al respecto TOCQUEVILLE, A., *El antiguo régimen y la revolución*. 3 ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006; y FURET, F., *Pensar la Revolución Francesa*, Petrel, Barcelona, 1980.

<sup>10</sup> Aunque para muchos parece ser lo mismo, creemos que se puede ser “igualitario” sin ser necesariamente “anti-estamentario”. La actual Constitución chilena, al tiempo que asegura la igualdad de todos frente a la ley, enfatiza la importancia de los “grupos intermedios de la sociedad” (art. 1º)

Antiguo Régimen provocó en los revolucionarios franceses una confusión entre la crítica de los privilegios y el rechazo de todos los cuerpos intermedios<sup>11</sup>.

De esta manera, la Revolución elimina la compleja sociedad estamental —como dice GROSSI, fragmentada en muchas formaciones comunitarias particulares— y deja frente a frente a los ciudadanos y el estado. La sociedad pasa a convertirse en una estructura simple y compacta, "rigurosa e inescindiblemente unitaria" en virtud de lo que este autor denomina "la hoz de la igualdad"<sup>12</sup>. MERRYMAN, por su parte, señala cómo, junto con abolirse o recortarse las obligaciones y relaciones sociales feudales y religiosas, el estado intervino en la regulación de las relaciones familiares, se abolieron las autonomías y se privó de poder regulador a gremios y corporaciones: "[e]l universo legal, antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el estado monolítico"<sup>13</sup>.

Lo anterior no podía sino profundizar la desprotección del individuo frente al poder político, y la concentración del poder en manos del estado. La disolución de la compleja sociedad medieval implicó también la desaparición de todas aquellas entidades civiles intermedias, de origen no estatal, que hasta el fin del periodo medieval daban cobijo y socorro a los ciudadanos en estado de necesidad. Como afirma Álvaro D'ORS:

"El liberalismo, enarbolando la bandera de la libertad individual contra las ataduras tradicionales de la sociedad, fue disolviendo todos aquellos grupos sociales naturales que, de un modo u otro, agrupan orgánicamente a las personas, y dejó así, frente a frente [...] al individuo desarmado contra el poder creciente y absorbente del estado [...]. Desaparecidas, en cambio, aquellas trabas [...], el estado derivó hacia el totalitarismo, y sujetó con la garra de su planificación técnica la masa servil de hombres que habían canjeado la libertad concreta, garantizada por un sistema de grupos naturales, por la libertad teórica del liberalismo. Esto es algo en lo que nunca se insistirá con exceso: que el liberalismo ha producido el totalitarismo estatal de la manera más consecuente"<sup>14</sup>.

#### **4. El estado social, como fruto del liberalismo**

En consecuencia, el surgimiento del estado social tiene una relación mucho más directa con el liberalismo del siglo XVIII de lo que parece a simple vista, al dejar al individuo aislado, frente a frente con el estado. En consecuencia, no se trata sólo de que el abuso del liberalismo capitalista del siglo XIX haya originado la necesidad de un

---

<sup>11</sup> GARAPON, A. y PAPADOPOULOS, I., *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Bogotá, 2006.

<sup>12</sup> GROSSI, *op. cit.*

<sup>13</sup> MERRYMAN, J. H., *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1995

<sup>14</sup> D'ORS, A., "La libertad". *Ensayos de teoría política*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979

constitucionalismo social que equilibrara al constitucionalismo clásico<sup>15</sup>. Es el propio liberalismo de los siglos XVIII y XIX el que siembra los elementos necesarios para que, en el futuro, sea el estado *–y sólo el estado–* quien se preocupe de la subsistencia material de sus súbditos.

En ese sentido, ROSANVALLON llega a sugerir que no es el capitalismo, con sus contradicciones y la lucha de clases que le acompaña, el que da la clave del estado providencia, sino la propia evolución del estado-nación moderno que, de asegurar la vida y propiedad de las personas *–de acuerdo a la formulación clásica de LOCKE y HOBBS–*, pasa a asegurar la propia existencia de sus súbditos, gracias a la influencia del movimiento democrático e igualitario. El autor concluye que "[s]in duda, ambas formas de organización [el "estado protector o gendarme" y el "estado benefactor"] se apoyan en las mismas instituciones: pero ello se debe a que se fundamentan en una misma concepción del individuo y de sus relaciones con el estado"<sup>16</sup>.

En el mismo sentido, BÖCKENFÖRDE describe al Estado de derecho formal que imperó en Alemania hasta el final de la República de Weimar como un estado "burgués", que confirma la distribución de bienes en vez de transformarla, que abre camino a los fines de lucro, y también *–como consecuencia de la supresión de los antiguos vínculos feudal-estamentales y corporativos–*, a la desigualdad social de los individuos<sup>17</sup>.

## **5. El estado, como único ente obligado a la protección social de los individuos**

A nuestro juicio, es esto lo que explica que en una mayoría de los pensadores políticos<sup>18</sup> y jurídicos de nuestra cultura jurídica, se suponga que es el Estado *–y sólo el estado–* quien debe hacerse cargo de las necesidades materiales de sus súbditos. Mientras el constitucionalismo anglosajón parece ignorar *–en tanto encargo de rango*

---

<sup>15</sup> En este sentido, MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997; y LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1986

<sup>16</sup> ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado Providencia*, Civitas, Madrid 1995. El autor menciona, respecto de Francia, los informes del Comité de Mendicidad de la Convención Constituyente, establecido por LA ROCHEFOUCAULD LIANCOURT en 1790, que preconizaban un programa destinado a multiplicar la masa de propietarios *–por medio del trabajo y sobre todo de la venta de propiedades nacionales–* y, a la vez, poner en marcha mecanismos de asistencia pública para indigentes. Menciona también el informe *Barreré* del 11 de mayo de 1794, según el cual, en síntesis, se oponen como incompatibles, por un lado, la acción del estado en materia de economía y beneficencia social y, por otro, la caridad practicada hasta ese momento por la aristocracia.

<sup>17</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>18</sup> Véase al respecto CURRIE, D. P., "Positive and Negative Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, pp. 867–868, quien recoge las ideas diversos pensadores, como Anatole FRANCE y Thomas Hill GREEN, referidas a la necesidad de un mínimo de asistencia estatal para lograr la libertad real *–y no sólo "política"–* de las personas. En Chile, destaca al respecto LETELIER, V., "Los Pobres", *Anales de la Universidad de Chile*, p.143, quien también aboga por la intervención del estado en favor de los más débiles, y opone esa acción al liberalismo de la época.

constitucional— las labores del estado frente a los desfavorecidos, la tendencia cultural de nuestra tradición europeo-continental ha entregado al estado la preocupación por sus miembros más débiles.

Desde un punto de vista contemporáneo, una de las expresiones más influyentes de esta visión se encuentra en la teoría de la “procura existencial”, de origen alemán. El concepto de la “procura existencial” fue acuñado por FORSTHOFF en un trabajo publicado en 1938 con el título *Die Verwaltung als Leistungsträger*, relativo a una serie de bienes necesarios para una existencia humana plena. Con él se pretende designar una función estatal esencial en un estado social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente<sup>19</sup>.

En términos generales, a partir de esa teoría, se sostiene que la supervivencia de las personas en las sociedades modernas es tarea del estado, como resultado de la pérdida de un “espacio vital dominado”, pre-social, que era lo que antes de nuestras actuales formas de organización política, habría garantizado la subsistencia de las personas. Al no contar con esa fuente de sustento, el individuo depende para su diario vivir de la actividad estatal.

Así por ejemplo, HESSE sostiene que, en las condiciones actuales, la libertad de los ciudadanos no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal, sino que depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el estado de la procura existencial y del aseguramiento social:

“Si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el estado simplemente haya de respetar. La procura por el estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector”<sup>20</sup>.

ALEXY, por su parte, al construir su razonamiento en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, señala que:

---

<sup>19</sup> MAURER, H., *Derecho administrativo alemán*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. De ahí, como explica PEREIRA MENAUT, A.-C., *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2003), se derivan conceptos tales como el mínimo vital o *Dasein*. Para un desarrollo clásico del concepto en la literatura jurídica española, véase GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3 ed., Alianza, Madrid, 1977.

<sup>20</sup> HESSE, K., “Significado de los derechos Fundamentales”. *Manual de derecho constitucional*, (Eds.) Benda, Ernst, Maihofer, Werner, Vogel, H. y Hesse Konrad y Heyde, traducido por Antonio López Pina, 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001

“La segunda tesis [que justifica la exigibilidad de los derechos sociales] es: bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un «ámbito vital dominado por ellos», sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”<sup>21</sup>.

De esta manera, una mayor influencia del estado en la colectividad, con ocasión de las cuestiones sociales, ha terminado siendo una característica de los sistemas constitucionales europeo-continental<sup>22</sup>. Los derechos sociales son piezas fundamentales de esta construcción.

## **6. El papel de la sociedad y el constitucionalismo social**

Pero la reducción del asistencialismo a la acción estatal olvida que la sociedad civil, de forma autónoma y voluntaria, también puede intervenir y contribuir de forma exitosa a la satisfacción y defensa de mínimos materiales de vida. De ahí la importancia del *principio de subsidiariedad*, con el que, de acuerdo a D’ORS, se alude a “la defensa de los grupos menores, de los grupos naturales intermedios entre el individuo, teóricamente defendido por el liberalismo, y el estado, eficazmente encumbrado por el socialismo”<sup>23</sup>. En nuestra opinión, ese principio de subsidiariedad es una potente base para fundar y consolidar un sistema en donde la propia sociedad pueda asumir importantes tareas de beneficencia y ayuda social, cubriendo aquellos sectores que el estado no ha considerado o no puede abarcar.

Este supuesto ha sido considerado en la doctrina. GLENDON propone un complemento entre los enfoques del sistema de bienestar norteamericano<sup>24</sup> y del sistema europeo, para superar las debilidades de cada uno: en el primero, el descuido por los miembros más débiles de la sociedad, que podría ser asumido a través de una mayor intervención estatal; en el segundo, la sobrecarga fiscal y, a largo plazo, la insostenibilidad presupuestaria del régimen, que podría ser aliviada con una mayor intervención de los privados en materia social<sup>25</sup>. MONTORO ROMERO, por su parte,

---

<sup>21</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007

<sup>22</sup> DAMAŠKA, M. R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986. El autor se refiere en términos generales al estatismo característico del constitucionalismo europeo. Véase también PEREIRA MENAUT, A.-C., “A constituição como direito. A supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 75, pp. 243-244, 1999

<sup>23</sup> D’ORS, *op. cit.*

<sup>24</sup> El sistema norteamericano es, técnicamente hablando, un tipo de sistema de bienestar. Véase HEYWOOD, A., *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. En el mismo sentido, ESPING-ANDERSEN, G., *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990

<sup>25</sup> GLENDON *op. cit.* La OCDE, al medir los esfuerzos económicos por país en materia de asistencia social, considera que, cuando se considera el papel de las prestaciones sociales privadas y el impacto del

critica la expresión “estado de bienestar” pues da a entender que todo el bienestar puede provenir sólo del estado<sup>26</sup>.

Nosotros no pretendemos defender la excelencia de un determinado sistema de bienestar, sea que otorgue o no una mayor o menor predominancia a la actuación del estado o de la sociedad; cuestión que, por otro lado, entendemos como un asunto que está fuera de un análisis jurídico de esta cuestión. Simplemente queremos destacar que la posibilidad de que la atención de lo social sea cuestión no sólo del estado, si no de la sociedad, también debiera ser considerado por los especialistas de nuestra materia, en el diseño de las doctrinas constitucionales sobre este punto. Esto porque, si bien la consagración de un principio de estado social o derechos sociales prestacionales vinculantes también en su aspecto positivo, no se opone necesariamente a una intensa participación de la sociedad en labores de bienestar, sí puede hacerlo, cuando este principio es entendido por la doctrina o jurisprudencia constitucional como una asignación al estado, de forma exclusiva y excluyente, de la tarea de enfrentar las necesidades sociales de los ciudadanos.

## **7. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional chilena<sup>27</sup>**

Es por lo anterior que una de las novedades que aporta la Constitución chilena de 1980 es, por una parte, la consagración del principio de subsidiariedad<sup>28</sup> y, por la otra, la inexistencia de un principio de estado social o de derechos sociales vinculantes en su aspecto prestacional. Esto produce que esta Carta fundamental, a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos y europeos, otorgue un especial papel a la sociedad en la satisfacción de sus propias necesidades. Se contemplan derechos sociales como la salud, la educación y la seguridad social, pero lo que se protege por el recurso de amparo constitucional –denominado en Chile “recurso de protección”<sup>29</sup>— es la participación de privados en la prestación de los servicios respectivos, así como los aspectos negativos usualmente asociados a dichos derechos.

---

sistema tributario, los niveles de gasto social se vuelven similares en todos los países de la OCDE, y mientras que Francia sigue siendo el país de mayor gasto social estatal, los Estados Unidos se mueve en la clasificación a la segunda posición”. Véase el documento de 2014: “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX)”, Noviembre de 2014. Disponible en Internet: <http://www.oecd.org/social/expenditure.htm>. Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

<sup>26</sup> MONTORO ROMERO, R., “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, *REIS*, 79, p.11, 1997

<sup>27</sup> Dada la extensión de este estudio, no nos referiremos a la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno que reconoce este principio. Las principales sentencias al respecto son los roles 226-1995 y 352-2002.

<sup>28</sup> Art. 1º, inciso 3º de la Constitución chilena.

<sup>29</sup> Artículo 20 de la Constitución chilena.

Siguiendo las explicaciones de uno de los autores intelectuales de la Constitución de 1980<sup>30</sup>, esto se debe a la intención de establecer una marcada distinción entre Estado y sociedad, por una parte, y por otra, el intento de defender la independencia de ésta frente al poder político:

“La sociedad es, en efecto, el elemento humano del Estado en toda la riqueza del fenómeno sociológico cuya realidad presupone la organización de aquel. [...] En otras palabras, el fenómeno sociológico que se expresa en la sociedad civil sigue teniendo muchas otras manifestaciones diversas de la concepción del bien colectivo, las que abarcan infinidad de comportamientos y procesos que quedan al margen de la esfera del Estado”<sup>31</sup>.

Cabe entonces analizar qué entendió el constituyente chileno de 1980 por “principio de subsidiariedad”<sup>32</sup>. En síntesis, este principio implica, alternativamente, en un sentido, que el Estado no debe tomar a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos; y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla<sup>33</sup>.

Pieza fundamental de este diseño constitucional es la idea de “cuerpos o grupos intermedios”, que intenta introducirse en la polaridad estado-individuos que usualmente domina la discusión ideológica usual en este tipo de materias. Dice SILVA BASCUÑÁN que

“[a]lejándose [...] de la visión del racionalismo liberal en toda su abstracción, la Constitución comprende acertadamente que la sociedad en la cual el Estado se asienta, se estructura y se mueve, se integra no sólo por una pluralidad de individuos, sino por 1) personas, 2) familias y 3) cuerpos intermedios. Consideramos que la clara diferenciación entre la sociedad y el Estado, de la que la Carta de 1980 está penetrada, envuelve el rechazo de los diversos totalitarismos y de todas las ideologías transpersonalistas que los generan y sostienen, y hace conjuntamente posible distinguir con claridad a su vez al Estado y a la sociedad civil, por una parte, y, por otra, a la clase política, las élites, la idiosincrasia, la vocación, la preparación para la política, las fuerzas

---

<sup>30</sup> Se suele considerar como los redactores de la Constitución al grupo de juristas que integraron la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” o más comúnmente, “Comisión Ortúzar”, que se estableció oficialmente en noviembre del año 1973 y que redactó el primer borrador de la Constitución. Sin embargo, antes de su aprobación definitiva, el trabajo de estos académicos pasó posteriormente por los filtros del Consejo de Estado, entidad de carácter más político y, finalmente, de la propia Junta militar de Gobierno, que gobernó al país hasta la vuelta de la democracia.

<sup>31</sup> SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M.P., Tratado de derecho constitucional, Tomo IV: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997

<sup>32</sup> Los juristas que asesoraron al régimen militar en esta materia se decantaron claramente por una visión católica de este principio, de acuerdo a las formulaciones del magisterio pontificio de Pío XII y otros Papas. Para un desarrollo del principio de subsidiariedad desde esta perspectiva, en las consecuencias relativas a la acción del Estado sobre la sociedad civil, véase: SOTO KLOSS, E., “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, 39/40, pp. 40 y ss., 1986

<sup>33</sup> SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO, *op. cit.*

que quieren influir en la dirección, el sistema político, en fin, al cuerpo llamado a ser el puente capaz de lograr que el Estado proyecte y traslade su acción sobre los componentes de la sociedad civil, porque son los derechos de éstos los que alcanzan primacía sobre el Estado y a ellos éste está llamado a servir”<sup>34</sup>.

Por su parte, SAN FRANCISCO REYES señala, en cuanto a las consecuencias del principio de subsidiariedad, que

“1. Las personas y comunidades deben gozar de autonomía necesaria para poder realizar por si misma los fines que le son propios y las actividades de que son capaces.

2. Las comunidades superiores deben ayudar a la iniciativa particular de cuantos se desenvuelven bajo su autoridad, sin destruirlos ni absolverlos.

3. Las sociedades superiores deben suplir las deficiencias de las personas y de las comunidades menores, en cuanto su capacidad resulte insuficiente para promover el bien común y mientras perdure tal situación. Y para que este principio funcione correctamente son necesarias dos condiciones que deben concurrir copulativamente: Primera, que la iniciativa ciudadana tenga sentido social. Con esto quiero afirmar que los particulares deben estar conscientes de su responsabilidad social y deben obrar en consecuencia. Segunda, que el Estado no limite su acción con perjuicio de los mis débiles y garantice las iniciativas individuales”<sup>35</sup>.

Sin embargo, los requisitos para que sea el Estado, y no las organizaciones de la sociedad, el que intervenga en determinada actividad son muy exigentes pues, como dice FERNANDOIS, “debe tenerse presente en todo momento que la intervención estatal en actividades propias de las sociedades intermedias es de suyo excepcional, temporal, y revela una falla en la estructura social que debe en definitiva repararse”. En particular, debe tratarse de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general. Además, el Estado debe haber agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, “porque lo contrario revela un vacío y una falla de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana”.

Producida la intervención estatal, nacen dos obligaciones esenciales que deben cumplirse:

“i. 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. Luego, la acción estatal subsidiaria deberá ejercerse de la manera más descentralizada posible.

---

<sup>34</sup> SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO, *op. cit.*

<sup>35</sup> SAN FRANCISCO REYES, A., “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, 19, 3, p. 533

ii. El Estado debe retirarse y cesar su intervención el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general”<sup>36</sup>.

En conclusión, FERMANDOIS estima que el principio de subsidiariedad no garantiza ni la presencia estatal ni la privada; sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (RR.EE., Defensa, etc.). En este sentido, el Estado puede ampliarse y el particular retraerse cada vez que se estime que éstos no están cumpliendo adecuadamente con el fin que se propusieron y este objetivo, política o tareas sea relevante para el bien común, y viceversa<sup>37</sup>.

## **8. El principio de subsidiariedad en la constitución de 1980**

Lo expuesto reviste una gran importancia para nuestra materia. Bajo el esquema impuesto por la Carta fundamental chilena de 1980, como anunciamos antes, las garantías constitucionales no buscan tanto afirmar la acción del estado en materia de derechos sociales —aunque tampoco la impiden—, sino más bien asegurar la presencia y actividad complementaria de los particulares en cuestiones relativas a educación, salud y seguridad social. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad, Jaime GUZMÁN, sostenía que

“Lejos de considerar que el estado se menoscaba por disminuir su tamaño o su actividad, como consecuencia de crecer la iniciativa particular en todos los ámbitos que le están potencialmente abiertos, quienes postulamos el principio de subsidiariedad creemos que tal realidad beneficia al país, y también favorece un estado más eficiente en sus trascendentales tareas propias e indelegables [...]. Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria. Aun cuando nuestra actual o futura realidad social exija que, por algún tiempo breve o largo, el estado asuma la mayor parte de las prestaciones educacionales o de salud, ello no implica que esta acción pierda su rasgo subsidiario mientras se circunscriba a lo que el país necesita y los particulares no están en condiciones de abordar; o sea, a su extensión legítima [...]. En síntesis, el estado subsidiario [...] [b]usca y anhela las condiciones que posibiliten esa reducción [del estado] como uno de sus objetivos más preciados, por representar la contrapartida de incentivar una mayor vitalidad creadora y participativa del cuerpo social”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, A., Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2001

<sup>37</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, A., “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta, evolución constitucional*, (Ed.) José Francisco García García, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014

<sup>38</sup> Senado de la República de Chile (1990, Intervención del Senador Jaime GUZMÁN, p. 15). *Cursivas nuestras*.

Por su parte, BERTELSEN advierte, como tendencia de fondo de la Constitución de 1980, la existencia de una orientación doctrinal común, expresada en diversos documentos que sirvieron de antecedente a esta Carta. En virtud de dicha orientación doctrinal, al estado corresponde un papel subsidiario —lo que se traduce en un reconocimiento amplio de los derechos y libertades fundamentales—, de modo que cada persona pueda decidir su vida, y en una participación del sector privado en las prestaciones destinadas a hacer efectivos los derechos sociales<sup>39</sup>.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad no tiene en la Constitución de 1980 una articulación constitucional expresa y se sostiene en la regla de reconocimiento de los grupos intermedios y del deber de amparo estatal de su adecuada autonomía, que está definido por la Constitución en el art. 1 inc. 3º, antes referido<sup>40</sup>. FERMANDOIS señala que el constituyente complementó ese precepto con “diversas garantías individuales concretas, operativas, reclamables del Estado y de toda persona institución o grupo, mediante acciones constitucionales”<sup>41</sup>.

Entre ellas, se encuentran el artículo 19 N° 15, que asegura a todas las personas “el derecho de asociarse sin permiso previo”; el artículo 19 N° 11, que otorga a las personas “la libertad de enseñanza”, y que “incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”; el numeral 12, inciso 5º, del mismo artículo, que declara que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”. También debemos considerar el art. 19 n° 21, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, garantía que por su naturaleza envuelve permiso a la persona para asociarse en empresas, microempresas o establecimientos comerciales; y el 19 N° 5º, que reconoce el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. En su inciso final, esta norma permite a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas constituirse como tales, con los derechos que les reconocen las leyes actualmente en vigor. Finalmente, en carácter limitativo, el artículo 23º de la Ley Fundamental complementa la expresión “adecuada autonomía” del artículo primero inciso tercero, imponiendo las sanciones que la ley determine a “los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce (adecuada), interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> BERTELSEN REPETTO, R., “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 14, 1, p. 59

<sup>40</sup> GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P., *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2014

<sup>41</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico* (op. cit.)

<sup>42</sup> FERMANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico* (op. cit.). El autor atribuye esta norma a la intención de los autores de la Constitución de separar los planos político y gremial, acotando la actuación de los partidos políticos.

En materia de derechos sociales prestacionales, el principio de subsidiariedad se completa con aquellas normas constitucionales que se refieren a los principales derechos sociales prestacionales (art. 19 n°9, seguridad social; art. 19 n° 18; y educación, art. 19 n° 11), y que en general otorgan protección sólo a sus aspectos negativos. Nos referimos fundamentalmente a los artículos 19 n° 9, inciso final, referido al derecho a la salud (“[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”)<sup>43</sup>; y 19 n° 11, sobre libertad de enseñanza<sup>44</sup>. El derecho a la seguridad social, en toda su configuración (art. 19 n° 18), carece de la protección de esta acción constitucional<sup>45</sup>.

En otras palabras, en su texto actual, puede concluirse que la Constitución de 1980 no otorga al estado, en exclusiva, el cumplimiento de los derechos sociales. Esto es coherente con la incidencia del principio de subsidiariedad y el entendimiento del papel que corresponde a la propia sociedad en el cumplimiento de las metas que libremente se imponga.

Por tanto, constituye un error el reducir el alcance del principio de subsidiariedad sólo a la defensa de la actividad privada de carácter lucrativo realizada a su amparo<sup>46</sup>; o, por el contrario, el invertir su significado para estimular la ocupación de lo social por el aparato público. El principio de subsidiariedad no debe ser visto como un arma arrojadiza y partisana a favor o en contra, sea del libre-mercado, sea del estatismo. Su sentido más profundo es, por el contrario, defender a la sociedad de estos extremos y permitirle atender a sus propias necesidades de manera libre y responsable.

## **9. Conclusiones**

El principio de subsidiariedad es un recordatorio de que la sociedad civil posee las capacidades necesarias para atender una parte importante de sus propias necesidades materiales. Este principio no se opone necesariamente a la existencia de un constitucionalismo social, en el que existan áreas de lo social que sean asumidas por el estado. A lo que se opone el principio de subsidiariedad es a una absorción permanente

---

<sup>43</sup> En Chile coexisten servicios públicos de salud y empresas privadas que otorgan seguros de salud, y la elección entre ambos sistemas es excluyente: el beneficiario solo puede atenderse en el sistema en el que escoja cotizar, sea este público o privado.

<sup>44</sup> Destacan en esta norma los incisos segundo y cuarto: “[l]a libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”; y “[l]os padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, respectivamente.

<sup>45</sup> De esta norma, cabe destacar los incisos que disponen que “[l]a acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias” (inciso segundo); y que “[e]l Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social” (inciso final). En Chile el sistema de seguridad social, salvo excepciones puntuales, se encuentra administrado por empresas privadas conocidas como AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones) cuya labor es rentabilizar las cotizaciones sociales de los afiliados.

<sup>46</sup> En este sentido, SAN FRANCISCO REYES, *op. cit.*, pp. 537–538

y omnicomprendiva de dichas tareas por el poder público, que es como el principio de estado social es usualmente entendido en parte de la doctrina comparada. Desde este punto de vista, el principio de subsidiariedad en la Constitución chilena, es un ejemplo de cómo una Constitución puede lograr el ideal de lo justo social confiando en que la propia sociedad también es capaz de atender sus propias necesidades en esta materia. A la inversa, el principio de estado social, o el entendimiento de los derechos sociales prestacionales como derechos directamente vinculantes, en teoría no impiden la acción de la sociedad en materia de derechos sociales. Pero la acción autónoma y libre de la sociedad en esta materia sí podría ser incompatible con un estado social que absorbe de forma excluyente, en sí mismo, la atención de los problemas de la desigualdad y pobreza y que relega la actuación de la sociedad a supuestos excepcionales y limitados.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 14, 1, pp. 49–62, 1987. Disponible en línea en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649593.pdf>,
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000
- CASPER, Gerhard (1989): “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, *The Supreme Court Review*, pp. 311–332, 1989
- CURRIE, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, pp. 864–890, 1986, DOI: 10.2307/1599586.
- DAMAŠKA, Mirjan R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986
- D'ORS, Álvaro, “La libertad”. *Ensayos de teoría política*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J, 1990
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2001
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta, evolución constitucional*, (Ed.) José Francisco García García, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 213–242, 2014

- FURET, François, *Pensar la Revolución Francesa*, Petrel, Barcelona, 1980.
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Bogotá, 2006.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2014
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3 ed., Alianza, Madrid, 1977
- GLENDON, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, 59, pág. 519–538, 1992
- GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*. Traducción castellana de Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos Fundamentales”. *Manual de derecho constitucional*, (Eds.) Benda, Ernst, Maihofer, Werner, Vogel, H. y Hesse Konrad y Heyde, traducido por Antonio López Pina, 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001
- HEYWOOD, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- LETELIER, Valentín, “Los Pobres”, *Anales de la Universidad de Chile*, pp. 137–144, 1896, DOI: 10.5354/0717-8883.1957.18979.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1986
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012
- MERRYMAN, John. H., *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1995
- MONTORO ROMERO, Ricardo, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, *REIS*, 79, pp. 9–41, 1997
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, “A constituição como direito. A supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 75, pp. 219–277, 1999
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2003
- ROSANVALLON, Pierre, *La crisis del Estado Providencia*, Civitas, Madrid, 1995
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, 19, 3, pp. 527–548, 1992

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Tratado de derecho constitucional, Tomo IV: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997

SOTO KLOSS, Eduardo, “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad”, *Revista de Derecho Público*, 39/40, pp. 33–49, 1986, DOI: 10.5354/0719-5249.1986.43680.

STOLLEIS, Michael, *Origins of the German welfare state. Social policy in Germany to 1945*, Springer, Berlin, New York, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*. 3 ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006