

Augusto Quintana Benavides

El principio de subsidiariedad

Agradezco profundamente la iniciativa del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile de organizar una reflexión colectiva en torno a las reformas que sería necesario introducir a la Carta Fundamental y, eventualmente, la fisonomía que podría tener una Nueva Constitución.¹ Cuando se nos planteó a los profesores del Departamento la posibilidad de elegir algún tema, de inmediato se me ocurrió abordar el Principio de Subsidiariedad. La razón de esta elección estriba en que, si nos atenemos a las pasiones, hay dos visiones antagónicas que se entrecruzan y anulan mutuamente: aquellos que defienden acérrimamente el principio de subsidiariedad, enfatizando sesgadamente la existencia de copiosos deberes de abstención para el Estado, versus aquellos que son partidarios de purgar o suprimir todo vestigio de dicho principio en nuestra Carta Fundamental. Por eso me pareció pertinente abordar este tema, para ver si acaso es posible encontrar algunos puntos de convergencia. En lo personal, estimo que esto último siempre es posible entre personas racionales y razonables.

El principio de subsidiariedad es un principio moderno

El principio de subsidiariedad es un principio moderno, pero posee dos antecedentes que se remontan a la Edad Media:

- a) La controversia entre el Sacro Imperio Romano Germánico y las ciudades del norte de Italia. Estas últimas, reconociendo su membresía al Imperio, pugnaban por una mayor autonomía frente a éste y, de esa manera, asegurar su libertad (política).² De esta época data la reivindicación distinción entre las sociedades “menores” (la ciudad) frente a las sociedades “mayores” (el Imperio).

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

1 Mis agradecimientos se extienden a la alumna doña Margarita Aguirre Carrasco, quien me proporcionó una transcripción de la ponencia original, la que sirvió de base a la redacción final de este artículo.

2 Skinner desarrolla ampliamente el pensamiento de distintos autores del *quattrocento* italiano, o humanismo “cívico”, tales como Leonardo Bruni, Coluccio Salutati y Bartolo de Sassoferrato, que exaltaron las virtudes “cívicas” y el cultivo de la libertad. Véase en SKINNER, QUENTIN, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, Tomo I (Fondo de Cultura Económica, México, 1985, primera reimpresión de 1993).

- b) El segundo antecedente se encuentra en la capacidad regulatoria, directiva y supervisora de las Corporaciones medievales respecto de sus miembros, en cuya virtud, para desempeñar un oficio era menester pertenecer a un gremio o corporación. Este régimen corporativista se extendió por un tiempo prolongado y, en el caso francés, hasta la supresión de los gremios mediante la Ley Le Chapelier, de 1791, en plena Revolución Francesa.

Sin embargo ninguno de estos dos antecedentes da cuenta de aquello que hoy denominamos “principio de subsidiariedad”. En efecto, la noción moderna de este principio surge con motivo de las Encíclicas Sociales de la Iglesia católica, a partir del año 1891, con la encíclica “Rerum novarum” y, muy especialmente, el año 1931 con la encíclica “Quadragesimo anno”. Esta última introduce dos grandes ajustes a los antecedentes previos: En primer lugar, sustituye la relación “Imperio-ciudad” por la de “Estado-grupos intermedios” (y/o personas) y, en segundo término, propicia el fortalecimiento los grupos intermedios –perseguidos por la ideología revolucionaria-burguesa y silenciados por la ideología liberal- pero ya no en desmedro de la libertad de las personas sino frente a la intervención estatal.

Sin perjuicio de la presencia de eventuales vestigios de vasos comunicantes con el fascismo italiano, la reivindicación de los “grupos intermedios” frente al poder intervencionista del Estado es expresión de la idea del Magisterio social de la Iglesia de marcar una diferencia con el régimen de Benito Mussolini, pues la ideología fascista, antes que nada, pretendía ensalzar la omnipotencia del Estado y estatuir las bases de un régimen totalitario.³

También la doctrina social de la Iglesia católica, a través del principio de subsidiariedad, quiso justificar la necesidad de una decisiva acción estatal para solucionar la denominada “cuestión social” y, por ende, propiciar un rol (activo) del Estado para enfrentar las condiciones de miseria en la cual se encontraban los obreros y desposeídos, precisamente a consecuencia de aquellos que, empapados de la ideología liberal, abogaban por un Estado mínimo y ausente, por ejemplo como el que pregona Robert Nozick.⁴ En este sentido, la mayor novedad del principio “moderno” de subsidiariedad no es el énfasis en la denominada “fase negativa” o en el deber de abstención por parte del Estado, sino –por el contrario– en hacer frente a la ideología liberal e inducir al Estado a actuar decisivamente en la solución de los graves problemas sociales derivados del capitalismo. De esto hablaremos a continuación.

Fases del principio de subsidiariedad

La formulación de este principio se condensa en la existencia de dos fases entrelazadas.

3 En este mismo sentido, consúltese LOO GUTIÉRREZ, MARTÍN, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen XXXIII, Valparaíso, 2009, pp. 391 y ss.

4 NOZICK, ROBERT, *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

La primera, es la fase “negativa” o “pasiva”, la cual se traduce en un “deber de abstención” por parte del Estado. Este deber del Estado se traduce específicamente en el reconocimiento de la autonomía de las personas y de los grupos intermedios para el cumplimiento de sus fines específicos. Esta abstención, para que sea jurídicamente efectiva, requiere la existencia de una norma (constitucional) de naturaleza prohibitiva, es decir, que se le imponga fehacientemente al Estado un deber de abstención o derechamente una prohibición de realizar una determinada actividad.

La fase “positiva”, “activa” o “dinámica” se traduce, al contrario, en un “deber de acción”, es decir, al Estado le asiste el deber de actuar o de intervenir. Esta acción del Estado puede ser de dos tipos: indirecta o directa. La “acción indirecta” se traduce primordialmente en una función de fomento o de promoción; mientras que la “acción directa” se hace efectiva mediante una transferencia de bienes, en la producción de bienes o en la prestación de servicios.

¿Cuál es el tratamiento que la actual Constitución brinda a estas dos fases del principio de subsidiariedad y, en su caso, qué de ello podría recogerse en una Nueva Constitución? Para responder a estas interrogantes formularemos, a continuación, dos tesis.

Dos tesis en torno a la recepción y consagración del principio de subsidiariedad en su fase negativa (deber de abstención por parte del Estado)

En esta ocasión deseamos formular dos tesis de relevancia jurídica. Probablemente estas tesis no serán de la entera satisfacción de quienes se encuentren en la antípoda del principio de subsidiariedad, pero quizás sea un buen primer paso para concitar la convergencia política y jurídica necesaria para asentar una Nueva Constitución.

Primera Tesis: La actual Constitución no asegura el principio de subsidiariedad en su fase negativa

Es relativamente pacífico que la Constitución vigente asegura el principio de subsidiariedad en su fase positiva o activa. Expresión de lo anterior son los deberes jurídicos de acción que la Constitución impone al Estado en diversas disposiciones y, entre ellas, los incisos cuarto y quinto del Artículo 1º. El primer inciso aludido dispone que el Estado “está” (que, a estos efectos, es similar a decir “debe estar”) 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 material y espiritual posible. La naturaleza imperativa de estas funciones estatales se refuerza en el inciso quinto del mismo artículo al disponer que “es deber del Estado” resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de

la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El Estado, al tenor de estas disposiciones, se encuentra en la obligación jurídica de cumplir lo prescrito en estas normas y el cumplimiento de estos deberes no pende de si los particulares o un grupo intermedio desean y/o pueden realizar las tareas referidas. Es más, la Constitución en diversos pasajes contiene varios deberes adicionales para el Estado, verbigracia, el Estado legislador debe arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos (Artículo 19 N° 3, CPR), deber de velar para que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y deber de tutelar la preservación de la naturaleza (Artículo 19 N° 8, CPR), el deber “preferente” del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud (Artículo 19 N° 9, CPR), deber del Estado de promover la educación parvularia (Artículo 19 N° 10, CPR), deber del Estado de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación (Artículo 19 N° 10, CPR), etc.

Sin embargo, la actual Constitución, entendida como una norma jurídica de derecho positivo no contiene ninguna norma que imponga una prohibición al Estado para actuar en forma directa o indirecta en ninguna materia. Es decir, en ninguna de sus disposiciones la Constitución impone al Estado una prohibición de actuar en materia alguna, o algún deber de abstención. En otras palabras, no es efectivo que la Carta Fundamental resguarde el principio de subsidiariedad en su fase negativa o pasiva.

Es posible que llame la atención esta tesis, más aún si ésta es formulada en forma clara y asertiva, existiendo no poca literatura de autores conocidos que, sin citar disposición alguna que consagre una prohibición de actuar o un deber de abstención que penda sobre el Estado. El común denominador de todos aquellos que afirman que el principio de subsidiariedad se recoge en nuestra Constitución es la omisión de citar cuál es la conducta que resulta prohibida al Estado o cuál es la abstención que deba honrar. Así, por ejemplo, nos permitiremos citar a los siguientes autores:

- a) José Luis Cea afirma que, para dar cuenta de la “nítida orientación valórica” de la actual Carta Fundamental, menciona el principio de subsidiariedad del Estado, *“reconocida como Base Institucional y concretada, principal aunque no solamente, en el ámbito de la protección de la salud, la enseñanza y la gestión empresarial”*.⁵ El profesor Cea, sin embargo, no precisa cuál es la prohibición que conmina al Estado.
- b) Alejandro Silva Bascuñán afirma que la Constitución pretende que se respete el principio de subsidiariedad, *“el cual implica alternativamente, en un sentido, que el Estado no tome a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las*

5 CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, p. 30.

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".⁶ Empero, ¿qué norma restringe al Estado la realización de actividades que en buenas condiciones puedan realizar las personas? En similares términos, ¿qué norma constitucional condiciona la satisfacción de las necesidades colectivas por parte del Estado a que los particulares no estén en condiciones de hacerlo?

- c) Arturo Fermandois, en una visión más ideológica que las anteriores, sostiene la existencia de tres requisitos para que proceda la intervención del Estado (o de otra sociedad mayor), a saber:

- "a) *Que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general.*
- 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 las autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines.*
- c) *Que el Estado haya 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 falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana*".⁷

Pero este autor se despreocupa totalmente de indicar en forma clara y fehaciente la fuente jurídica de todas las condiciones y requisitos que, a juicio suyo, pesarían sobre el Estado para realizar cualquier actividad.

Más allá de estas opiniones doctrinarias, lo cierto es que la Constitución en ninguna de sus disposiciones establece condiciones o requisitos ni menos impone prohibiciones al Estado para que desarrolle actividad alguna.

Conviene en este punto efectuar un distingo. La Constitución no establece la existencia de actividades prohibidas al Estado, pero sí establece "límites" a la acción del Estado. Estos límites a la actividad del Estado, en lo que interesa al presente artículo, son primordialmente tres:

- a) El Artículo 5º, CPR, en su inciso segundo, establece como límite al ejercicio de la soberanía "*el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*". Este límite se aplica no sólo a los órganos del Estado sino que también al pueblo.

6 SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2ª edición, 1997, p. 52).

7 FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001, p. 73.

- b) El Artículo 1° inciso 3°, CPR, en cuya virtud la acción del Estado se encuentra limitada por el respeto a la “adecuada autonomía” de los grupos intermedios para el cumplimiento de sus propios fines específicos. Esto significa que, salvo que medie una causal fundada en la misma Constitución, el Estado no podría intervenir, por ejemplo, una empresa que fabrica chocolates, pero nada impide que el Estado, previa autorización del legislador con quórum calificado (Artículo 19 N° 21 inciso segundo, CPR), constituya una empresa estatal del mismo giro. Es decir, la acción del Estado se encuentra limitada respecto de los grupos intermedios, pero nada impide que desarrolle las mismas actividades de éstos.
- c) No puede dejar de mencionarse los límites formales que derivan del Estado democrático y constitucional del Derecho, establecidos especialmente en los Artículos 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, en relación con el denominado “principio de juridicidad”. Ahora bien, la circunstancia que para la formación de la voluntad estatal se requiera adoptar un determinado procedencia y se exijan ciertos quórum especiales o la concurrencia de más de un órgano estatal, no empece nuestra afirmación central, ya que esta pluralidad de voluntades, con o sin determinadas mayorías calificadas, se emite dentro de un procedimiento orientado precisamente a la formación de la voluntad estatal y una vez manifestada ésta, de conformidad a la Constitución y la leyes, no encuentra otro límite que los indicados con antelación.

En suma, la Constitución asegura claramente el principio de subsidiariedad en su fase positiva, activa o dinámica, pero no hace lo mismo con el principio de subsidiariedad en su fase negativa o pasiva. En otras palabras, el Estado está afecto a numerosos deberes de acción, sin que la Constitución haya dispuesto alguna condición para ejercer una determinada actividad, o que deba abstenerse de realizar alguna y menos aún la existencia de actividades prohibidas.

Segunda Tesis: Es razonable reconocer el principio de subsidiariedad en una Nueva Constitución

¿Es razonable que un futuro Constituyente considere al principio de subsidiariedad? Nuestra respuesta es afirmativa. Y podría hacerlo, a nuestro juicio, en tres materias distintas.

A. Importancia del principio de subsidiariedad en la proyección territorial del Estado

Como decíamos al inicio de este artículo, el principio de subsidiariedad tiene sus raíces en la Edad Media, cuando las ciudades del norte de Italia pugnaban por obtener del Sacro Imperio Romano Germánico un estatuto de autonomía para así asegurar su libertad. En este sentido, el principio de subsidiariedad propicia una efectiva descentralización política y administrativa. Para ello es menester asignarle atribuciones y

funciones propias a entes entidades territoriales que cuenten con personalidad jurídica y patrimonio propias y, lo más importante, que la investidura de las autoridades de dichas entidades territoriales se ajuste al principio democrático.

Creemos que en Chile están dadas las condiciones para una efectiva descentralización política y administrativa, para así dar cabida –al fin– al ideario de José Miguel Infante en los albores de nuestra vida republicana, truncado tempranamente en la batalla de Lircay del año 1830. Esta descentralización apunta a una mayor realización de la libertad, en los mismos términos que la favorece el principio de subsidiariedad.

Pero esta proyección territorial no debemos concebirla únicamente dentro del territorio de la República de Chile, pues este mismo principio nos orienta cómo proyectar nuestro país en la región (América Latina) y el mundo. Es decir, la relación que media entre las sociedades menores con las sociedades mayores es aplicable a la relación que puede darse entre el Estado nacional y los organismos supranacionales.

Tomemos dos ejemplos: En primer lugar, el Tratado de la Unión Europea, firmado en la ciudad de Maastricht en el año 1992, que reconoce expresamente el principio de subsidiariedad en la relación que media entre la Unión Europea y los distintos Estados nacionales signatarios y, un segundo ejemplo, es la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional, establecida en el Tratado aprobado en la ciudad de Roma el año 1998. En este último caso, la actual Constitución chilena dispone expresamente, en su Disposición Transitoria Vigésimocuarta, que Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte y que ésta será subsidiaria de la primera, en los mismos términos establecidos en el Estatuto de Roma.

B. Incidencia del principio de subsidiariedad para el reconocimiento de potestades públicas y/o de autonomía normativa a ciertas asociaciones y comunidades

En la medida que se extiende la idea de que Chile es un Estado multicultural y que, en la convivencia social, existen asociaciones y comunidades con identidad propia y un fuerte sentido de pertenencia, emerge la posibilidad de considerar la existencia de entidades que cuenten con una cierta autonomía normativa. Un par de ejemplos podría orientar esta reflexión. En primer término, existen ciertos grupos intermedios que bregan por ejercer potestades heterónomas respecto de sus afiliados y que el ejercicio de tales atribuciones cuente con reconocimiento social. Esto es lo que sucede con los colegios profesionales que, desde el año 1981, bregan por recuperar la tuición de la ética profesional. Así, la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005, agregó nuevas oraciones al inciso cuarto del Artículo 19 N° 16 de la Constitucional, el cual a la sazón dispone lo siguiente: “*Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros.*”

Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley". Esta norma debe entenderse en relación con lo prescrito en la Disposición Transitoria Vigésima, en cuya virtud mientras no se creen los referidos tribunales especiales, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios. Estos tribunales especiales, por cierto, aún no se crean. Más allá de esta mora legislativa, lo cierto es que existe la pretensión de un grupo intermedio, en este caso lo colegios profesionales, que consideran natural y obvio que el ordenamiento jurídico les dote de potestades públicas para juzgar la conducta ético-profesional, incluso de profesionales que no pertenezcan a ningún colegio profesional. El fundamento de esta pretensión es, precisamente, esa idea medieval de que las corporaciones podían desempeñar una función de policía interna.

Un segundo ejemplo, no menos complejo que el anterior, es la reivindicación de los grupos indígenas de nuestro país, en orden a que sus usos y costumbres sean reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional. En otras palabras esta reivindicación importa el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas como fuente del derecho, distinta de la potestad normativa que naturaleza estatal. A este respecto, si bien el inciso primero del Artículo 6° de la Constitución pudiera estar restringiendo el ámbito del Derecho al denominado "derecho estatal", al disponer que los órganos del estado deben someter su acción a las normas constitucionales y a las (demás) normas dictadas conforme a éstas. Es decir, la actuación de los órganos del Estado deben someter su acción a "normas", entendiéndose por tales las que son aprobadas por los órganos del Estado que ostenten potestades normativas.

Sin embargo, en general, la doctrina avala la existencia de otras fuentes del derecho distintas de las normas jurídicas y, entre ellas, a la costumbre, incluso en el ámbito constitucional. Por consiguiente, ¿sería válida la pretensión de ciertas comunidades de regirse por sus propios usos y costumbres? En principio, nuestra respuesta es que ello es perfectamente viable, en la medida que tales usos y costumbres sean compatibles con los principios, valores y reglas constitucionales. Si la Constitución configura nuestra "patria", entonces lo que resulta coherente con ésta es jurídicamente viable. Es probable que se extienda la idea de pluralismo y de respeto a la diversidad, pretensiones como éstas comiencen a extenderse incluso a otros tipo de comunidades, tengan o no una base territorial. La pregunta de fondo es si es plausible la cohabitación entre el derecho estatal y los usos y costumbres de diversas comunidades. Si nos atenemos a lo que enseña el principio de subsidiariedad la respuesta tendría que ser positiva.

C. Es preferible, con arreglo al principio de subsidiariedad, una acción indirecta a una acción directa del Estado

Está fuera de discusión el rol que le asiste al Estado de servir a la persona. Así lo dice expresamente la Constitución en diversas partes y, en especial, el inciso cuarto de

su Artículo 1°. Evidentemente que la labor servicial que le asiste al Estado se podría desplegar de diversas maneras. El punto que puede abrir debate es si acaso existe o es razonable que exista algún tipo de limitación o restricción de carácter general a la acción directa del Estado, o específicamente en alguna materia.

Para responder adecuadamente esta interrogante es preciso descartar de partida dos posibilidades de inacción. A este respecto, ¿es razonable prohibir al Estado la realización de alguna actividad directa que se justifique por exigencia del Bien Común? La respuesta es un categórico “no”, pues aceptar una prohibición de esta naturaleza importaría una infracción grave al “bien común”.

Una segunda cuestión es si resulta razonable supeditar la acción directa del Estado en una materia que los particulares puedan y deseen acometer. Nuestra respuesta es nuevamente negativa y con igual fuerza asertiva, ya que no basta la mera voluntad y capacidad de los particulares para excluir la acción directa del Estado. Es necesario explicar esta última respuesta indicando que es tan legítimo que el Estado cumpla una labor de asistencia social, como que tenga una empresa pesquera y explote el mar chileno, aun cuando existan (y sabemos que existen) particulares que desean realizar la misma actividad.

Sin perjuicio que, a continuación se abordará más en profundidad este último punto, es conveniente enfatizar que el punto de partida no puede ser la imposición de una prohibición *a priori* al Estado, sea genérica o respecto de una determinada materia. Tampoco puede decirse que el paradigma de lo aconsejable sea que el Estado se abstenga de ciertas actividades si es que los particulares deseen ejecutar idéntica actividad y, a la par, puedan llevarla a cabo. Este no puede ser la premisa de partida si la actividad estatal es una exigencia del bien común, así calificada por las autoridades competentes. A los efectos de profundizar la propuesta a debatir en relación con las acciones directas del Estado, sería útil tener a la vista algunos ejemplos posibles:

- 1) ¿Es razonable que el Estado construya, mantenga, administre hospederías para personas en situación de calle, existiendo por ejemplo, entre otras tantas instituciones, el Hogar de Cristo que actualmente cumple esa función?
- 2) ¿Es razonable que el Estado destine probablemente mayores recursos a la construcción de hospitales mediante el sistema de concesión de obra pública que hacerlo de forma directa?, ¿Es razonable gastar más recursos estatales para conseguir exactamente el mismo fin?
- 3) A propósito del litio, una riqueza natural que tenemos en abundancia y que es de naturaleza estratégica, ¿es razonable que sea el Estado el que explote, extraiga el litio o es más conveniente que lo hagan particulares como acontece hasta el día de hoy?

Estos tres ejemplos sobre materias distintas sirven para ilustrar de qué significa una intervención directa del Estado, para diferenciarla de actividades indirectas como el

fomento o promoción a través de subsidios, exenciones tributarias o la construcción de la infraestructura necesaria.

A este respecto, como hemos dicho con antelación:

- 1° Si una acción es exigencia del bien común, no es admisible ninguna prohibición o restricción *a priori* de la acción del Estado.
- 2° No es razonable privar o restringir constitucionalmente las atribuciones de los organismos competentes, de manera que sea el legislador, en principio, tenga amplio margen para disponer una forma de acción directa o indirecta del Estado. Es decir, es el legislador quien debe expresar la voluntad contingente de si la actuación del Estado, en una determinada materia, habrá de ser directa o indirecta.

Sin perjuicio de lo anterior, ¿es razonable plantearse si en la Constitución podría disponerse una modalidad de acción indirecta del Estado de naturaleza preferente? En la medida: - Que sea un principio relativo contingente. Una vez el biólogo y profesor de nuestra Casa de Estudios, don Humberto Maturana, explicaba en una entrevista por qué no le gustan los principios y decía que no le gustan los principios porque siempre existe la tendencia a absolutizar uno de ellos y a pensar que solo ese principio debe regular la conducta humana. En efecto, si la actividad estatal queda sujeto a un solo principio, existe el riesgo cierto que se producen excesos, distorsiones o disfuncionalidades. El filósofo Isaiah Berlin ofrecía una visión coherente con esta aprehensión en relación con la disputa que existe entre los partidarios de la “Libertad” y de la “Igualdad”, en cuya virtud pretender erigir un sistema exclusivamente sobre la base de la igualdad, sacrificando otros derechos o valores, conduce inexorablemente a una visión de la sociedad de naturaleza totalitaria. No puede haber, por tanto, un principio absoluto, los principios son, por definición, complementarios con otros principios concurrentes y, a la par, deben formularse en términos tales que permitan su adecuación a la realidad y una aplicación flexible.

De esta opinión era el denominado Grupo de Estudios Constitucionales, comúnmente conocido como Grupo de los 24, quienes, en plena dictadura, trabajaron en un proyecto constitucional alternativo. Es relevante tener presente la visión de estos juristas: *“Las normas de rango constitucional en lo económico-social deben, por tanto, ser lo suficientemente amplias y flexibles, como para hacer posible la aplicación de diversos esquemas económicos en el marco de una institucionalidad de carácter democrático en que es normal que se produzca alternancia en el poder político”*.⁸

Me atrevo a decir que parte significativa del recelo que existe en relación con el principio de subsidiariedad, en su fase negativa o pasiva, es la pretensión de sus partidarios de erigirlo como “el” principio rector de la actividad estatal. Esta tendencia absolutista y sin matices genera distorsiones y, en definitiva, socava el prestigio de este principio.

8 CHAPARRO N., PATRICIO (editor), *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Corporación Grupo de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 1992, p. 38.

Relación indispensable del principio de subsidiariedad con los principios de solidaridad, eficiencia y eficacia

Finalmente, no parece insano que la Constitución prescriba cuáles son los principios rectores de la actividad estatal, pero es preciso que se consagren en la norma constitucional de forma complementaria, todos ellos con similar fuerza inspirativa, y sin que de la aplicación de ellos se siga una norma de conducta incontrarrestable. Estos principios deben estar claramente orientados a la satisfacción del bien común y no pueden erigirse en una camisa de fuerza que lo impida o dificulte.

Entre aquellos principios que debieran orientar la actividad del Estado se consideran, además del principio de subsidiariedad en sus dos fases, los principios de “solidaridad”, “eficiencia y “eficacia”.

En este sentido, preguntarse por la acción directa es preguntarse en torno a cuáles son las prioridades de dicha intervención. Eso es la solidaridad. La actual Constitución consagra este principio en forma expresa en diversas normas (Artículos 3º, 115 y 122, CPR) y, además, se encuentra implícito en el Artículo 1º, en sus incisos cuarto (el Estado “*debe contribuir a crear las condiciones que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización material y espiritual posible*”) y quinto (el deber del Estado “*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación*”).

Preguntarse por la eficiencia es inquirir respecto de cómo se maximizan los recursos estatales (humanos, materiales y financieros), generalmente exigüos en relación, para procurar satisfacer las enormes tareas que deben acometerse y, por lo tanto, es obligación del funcionario público procurar que esos recursos escasos se inviertan de la manera más eficiente para conseguir, al menor costo, el fin que se persigue. Eficiencia sería, entonces, la correcta ordenación de los medios para la consecución de un fin. Así, al momento de definir si ha de emplearse el mecanismo de las concesiones de obra pública para la construcción de hospitales o que sea Estado quien, sin intermediarios, ordene su construcción acudiendo al mecanismo de la deuda pública directa y formal, es lógico preguntarse cuál es la alternativa más eficiente. La eficiencia actualmente se consagra implícitamente en el inciso cuarto del Artículo 1º cuando emplea la voz “posible” para definir el contenido de la obligación del Estado. La respuesta a lo que es posible surge tras un ejercicio de maximizar los recursos disponibles. Este principio es uno de los “principios técnicos” que fundan la organización básica de la Administración y que se encuentran establecidos en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su Artículo 3º, en concordancia con lo dispuesto en el inciso primero del Artículo 38 de la Constitución.

El Estado debe procurar que sus acciones sean eficaces. Eficacia es la aptitud para conseguir el resultado deseado, Es imposible exigirle al Estado que, en todas las

actividades que emprenda sea eficaz, es decir, que siempre obtenga el fin esperado. Sin embargo, al momento de decidir si acaso emprender una acción directa o una indirecta, los órganos del Estado deben tener presente la eficacia de la misma. Esto es especialmente relevante en lo que concierne a plazos y a la aptitud de poder ejercer potestades públicas para la concesión de un fin. Un ejemplo actual podría ser útil para ilustrar. Me refiero a las dificultades que poseen las empresas de transmisión eléctrica para construir líneas de transmisión que pasen por predios públicos y privados, de suerte que los afectados suelen presentar reclamaciones que dilatan la construcción de la obra. La eficacia es, al igual que la eficiencia, unos de los principios técnicos que fundan la organización básica de la Administración del Estado.

Conclusiones

1. Es razonable aplicar el principio de subsidiariedad para hacer posible una efectiva descentralización política y administrativa del país. Y para ordenar de mejor modo nuestra inserción en la comunidad internacional.
2. También es útil el principio de subsidiariedad para dotar o reconocer el ejercicio de potestades públicas a diversas asociaciones y, a su vez, para conferir autonomía normativa a comunidades con fuere sentido de pertenencia e identidad, tales como los pueblos originarios, siempre, por supuesto, dentro del marco constitucional.
3. In fine, en coherencia con lo afirmado, estimo plausible consagrar el principio de subsidiariedad en sus dos fases (negativa y positiva) en una Nueva Constitución, como uno de los principios que orientan la actividad estatal. En virtud de este principio, sería preferible una acción indirecta a una acción directa del Estado, en la medida que ello sea concordante con los principios de solidaridad, eficiencia y eficacia, de suerte que siempre las autoridades competentes (legislador y Administración) puedan optar por una acción directa del Estado, por razones fundadas, si así lo exige el bien común. En suma, la opción entre las acciones directas e indirectas se reduce a un ejercicio de fundamentación. Esto último es de especial importancia, pues cualquiera sea la fórmula que se adopte, la consagración de principios en la Constitución es para favorecer el bien común, y no para disponer de trabas o impedimentos para su mejor diligenciamiento.